

La Exit tax nella disciplina tedesca alla luce dei casi De Lasteyrie du Saillant e N

di

Randolf Schnorr¹

Traduzione a cura di Antonella Di Sandri e Paola Marongiu, Dottorande in Diritto Tributario Europeo presso l'Università di Bologna²

1. Introduzione

Nelle due fondamentali sentenze *De Lasteyrie du Saillant* e *N*, la Corte di Giustizia ha dovuto affrontare le spinose questioni della determinazione e dell'applicazione dell'imposta sulle plusvalenze maturate dalle partecipazioni societarie, quando i titolari delle partecipazioni stesse trasferiscono la residenza da uno Stato Membro all'altro³.

La Corte di Giustizia ha chiarito che la disciplina della tassazione in uscita comporta un trattamento svantaggioso per i soggetti che esercitano il legittimo diritto di libera circolazione, rispetto ai soggetti contribuenti residenti nel territorio di uno Stato. In tal modo può limitare l'esercizio della libertà di stabilimento prevista dall'art. 48 del Trattato CE⁴.

Secondo la Corte, le disposizioni intese ad assicurare una tassazione coerente sulle plusvalenze delle partecipazioni, maturate durante il periodo di residenza del contribuente nel territorio di uno Stato Membro, possono tuttavia essere giustificate da ragioni imperative di interesse generale.

¹L'autore é giudice presso il Niedersächsische Finanzgerichtshof di Hannover ed ha conseguito il titolo di Dr. habil. presso il Tax Law Institute dell'Università di Bonn.

² La Dott.ssa Antonella Di Sandri ha tradotto l'Introduzione ed il paragrafo 2.1; la Dott.ssa Paola Marongiu ha curato la traduzione della restante parte dell'articolo.

³ Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa [C-9/02](#), de Lasteyrie du Saillant, Racc. 2004, pag. I-2409; Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa [C-470/04](#), N, Racc. 2006, pag. I-7409.

⁴[Trattato CE](#).

Il presente articolo analizzerà dapprima gli effetti che tali sentenze hanno comportato nella disciplina della tassazione in uscita applicata in Germania nei confronti degli azionisti persone fisiche.

Poiché il governo tedesco ha già emanato, con decorrenza dall'anno finanziario 2007, una nuova disciplina della exit tax nei confronti degli azionisti persone fisiche, destinata ad applicarsi, con effetto retroattivo, a tutti i casi pendenti a tale data, sarà necessario differenziare tra la vecchia e la nuova legge.

La disciplina novellata della exit tax nei confronti delle persone fisiche si inserisce nel contesto delle iniziative, adottate dal legislatore tedesco, finalizzate ad adeguare il preesistente regime della exit tax ai principi dell'ordinamento comunitario. Le modifiche alla disciplina della tassazione in uscita nei confronti delle persone fisiche, sono inserite nel corpo del SEStEG⁵, (normativa sul regime della Società Europea), che, oltre a prevedere la disciplina fiscale della Società Europea (SE), disciplinata nella Direttiva sul regime fiscale delle fusioni, modificata nel febbraio del 2005⁶, recepisce la Direttiva del 26 ottobre 2005⁷ sulle fusioni transfrontaliere delle società a responsabilità limitata e la decisione della Corte di giustizia SEVIC⁸.

In aggiunta alla disciplina tedesca sulla "exit tax" applicata nei confronti degli azionisti persone fisiche, deve essere tenuto presente anche il regime speciale della exit tax applicata alle persone fisiche ed a quelle giuridiche a seguito del trasferimento all'estero di beni aziendali. Per le persone giuridiche, la disciplina tedesca differenzia ulteriormente tra trasferimento dei singoli beni aziendali e trasferimento delle persone giuridiche nel loro complesso, con disposizioni particolari per la Società europea.

2 Le exit taxes applicate agli azionisti persone fisiche

⁵ Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften ([SEStEG](#)) vom 7. Dezember 2006, BGBl. I, nr. 52, 12 dicembre, 2006 (Legge tedesca sull'introduzione della Società Europea e sulle modifiche di ulteriori norme tributarie).

⁶ [Direttiva 2005/19/CE](#) del Consiglio, 17 febbraio 2005, che modifica la [Direttiva 90/434/CEE](#) del Consiglio, del 23 luglio 1990.

⁷ [Direttiva 2005/56/CE](#) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali .

⁸ Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, [C-411/03](#), Sevic Systems, Racc. 2005, pag. I-10805.

2.1 La previgente disciplina tedesca della exit tax contenuta nell'articolo 6 della legge tributaria applicabile ai rapporti internazionali

Come già accennato in premessa, il governo tedesco ha reagito alle sentenze *De Lasteyrie du Saillant* e *N* emanando una nuova disciplina, a decorrere dall'anno finanziario 2007, della tassazione in uscita applicata alle persone fisiche titolari di azioni che si trasferiscono in un altro Stato membro o un Stato appartenente allo Spazio Economico Europeo (SEE), disciplina che si applicherà retroattivamente anche a tutti casi pendenti a tale data. (si veda l' art 21 (13) paragrafo 2 della AStG legge tributaria applicabile ai rapporti internazionali, così come novellata)⁹.

La precedente disciplina della exit tax, prevista nell'art. 6 della AStG¹⁰, non distingueva tra gli azionisti che si trasferivano in un altro Stato dell'Unione Europea o in un Paese appartenente allo SEE. La norma prevedeva che se un contribuente persona fisica era stato sottoposto a tassazione in Germania, su tutti i redditi ovunque prodotti, per almeno 10 anni prima di trasferirsi fiscalmente in un altro Paese, e che per effetto di tale trasferimento all'estero non era più tassato in Germania secondo il principio dell'utile mondiale, era assoggettato ad imposta per le plusvalenze latenti relative alle azioni possedute in società di capitali residenti in Germania, nelle quali egli deteneva o aveva detenuto, direttamente o indirettamente, partecipazioni, nella misura minima dell'1%, nei cinque anni antecedenti il trasferimento. L'integrazione del presunto realizzo prescindeva dal fatto che l'azionista si fosse trasferito in un Paese con una fiscalità più bassa. La stessa presunzione si applicava anche all'azionista che, pur senza trasferirsi in un altro Paese, trasferiva a titolo gratuito le proprie azioni a persone che vivevano nel Paese estero, quali ad esempio la moglie o i figli.

A norma dell'art. 6 della legge tributaria che regola il regime fiscale dei rapporti internazionali¹¹, l'imposta sul reddito era dovuta sulla base di una dichiarazione e, dietro prestazione di una cauzione, che poteva essere rateizzata per un periodo massimo di cinque anni, successivi al momento della nascita del debito di imposta, qualora la riscossione immediata fosse risultata eccessivamente onerosa per il contribuente. Se le azioni venivano

⁹ [Art 21 \(13\) paragrafo 2 AStG.](#)

¹⁰ [Art. 6 AStG a.F.](#)

¹¹ [Art. 6 \(5\) AStG a.F.](#)

cedute durante il periodo di pagamento in acconto, le rate stesse venivano adeguatamente modificate.

Dopo la sentenza *De Lasteyrie du Saillant* del 11 marzo 2004¹², in Germania si iniziò a discutere e a considerare gli effetti che tale decisione avrebbe comportato sul vigente regime della exit tax. Alla luce del paragrafo 65 della sentenza *De Lasteyrie du Saillant*, si sostenne che la Corte aveva esplicitamente lasciato aperta la questione se la coerenza del sistema fiscale nazionale potesse giustificare una tassazione di tutte plusvalenze latenti da parte dell'originario Paese di residenza¹³. Secondo la difesa del governo francese, le norme controverse nella sentenza *De Lasteyrie du Saillant*, miravano esclusivamente ad ostacolare l'evasione fiscale, e non a garantire la generale tassabilità di tutte plusvalenze, nel caso di trasferimento della residenza fiscale fuori dal territorio della Francia, posto che le plusvalenze in questione erano già state maturate durante l'ultimo periodo di residenza nel territorio francese. Si può sostenere che le norme tedesche, di più ampia portata, non mirassero ad ostacolare l'evasione fiscale ma a creare un sistema coerente di distribuzione del potere impositivo nazionale, secondo il principio di territorialità fiscale.

Secondo alcuni autori tedeschi, i principi affermati nella sentenza *De Lasteyrie du Saillant* sarebbero applicabili in tutti i casi in cui il mero trasferimento di residenza in un altro Paese, senza alcuna effettiva ipotesi di realizzo, comporti la tassazione delle plusvalenze maturate. Sebbene si sia sostenuto che la violazione del diritto comunitario non derivi dal fatto di tassare le plusvalenze in quanto tali, si è tuttavia ritenuto che tale violazione sia integrata dal fatto che l'imposizione abbia luogo prima che le plusvalenze siano realizzate e solo nei confronti del contribuente che si trasferisca all'estero, mentre nei confronti dei contribuenti residenti in Germania le plusvalenze sono tassate solo al momento dell'effettivo realizzo¹⁴.

¹² Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa [C-9/02](#), de Lasteyrie du Saillant, cit.

¹³ In merito vedi *Kinzl/Goerg*, *Internationales Steuerrecht* 2005, 450, 451; *Schnitger*, *Betriebsberater* 2004, 804; *Lausterer*, *Deutsche Steuer Zeitschrift* 2004, 299 f; *Meilicke*, *GmbH-Rundschau* 2004, 511 f.

¹⁴ Corte Giust., sentenza 12 dicembre 2002, causa [C-324/00](#), Lankhorst-Hohorst, Racc. 2002, pag. I-11779.

La sentenza *N*, e ancor di più le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott¹⁵, hanno reso più chiara la questione. La Corte ha espressamente riconosciuto che la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri è un obiettivo legittimo e che, in mancanza di disposizioni comunitarie di unificazione o di armonizzazione, gli Stati membri rimangono competenti nel definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri di ripartizione del potere di imposizione fiscale¹⁶. La Corte di Giustizia approva la disciplina fiscale olandese in quanto assume quale presupposto impositivo un evidente elemento territoriale collegandolo all'elemento temporale, vale a dire la residenza nel territorio dello Stato durante il periodo in cui si realizza la plusvalenza. Invece, le disposizioni fiscali francesi, oggetto della controversia *De Lasteyrie du Saillant*, non si fondavano sul principio di territorialità fiscale, ma erano finalizzate a contrastare l'evasione fiscale. Nelle sue conclusioni relative al caso *N*, l'Avvocato generale chiarisce che la sentenza *De Lasteyrie du Saillant* deve essere interpretata nel senso che non vi sarebbe proporzionalità se l'imposta fosse determinata al momento del trasferimento soltanto per fronteggiare il rischio di evasione fiscale, in quanto non si può fondare un generale sospetto di elusione o di evasione fiscale sul semplice fatto che una persona fisica intenda trasferire la propria residenza in un altro Stato membro¹⁷. La previgente disciplina tedesca, più simile alla legislazione dei Paesi Bassi, assumeva parimenti quale obiettivo principale la tutela del principio di territorialità fiscale e non la lotta all'evasione fiscale.

Nonostante ciò, la Commissione Europea, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e in particolare della sentenza *De Lasteyrie du Saillant*, in data 19 aprile 2004 ha richiesto formalmente alla Germania di abrogare la disciplina della tassazione in uscita vigente¹⁸. La richiesta formale ha assunto la forma del "parere motivato" previsto nell'ambito della procedura di infrazione di cui all'art. 226 del Trattato CE. La Commissione ha ritenuto che il regime fiscale della exit tax tedesca (prevista dall'articolo 6 della legge tributaria che regola i rapporti internazionali¹⁹) fosse incompatibile con le disposizioni del Trattato della Comunità Europea riguardanti il diritto delle persone di risiedere, lavorare e di esercitare la libertà di stabilimento in un altro Stato membro (articoli

¹⁵ [Conclusioni dell'Avvocato Generale](#) Juliane Kokotte, presentate il 30 marzo 2006, nella causa C-470/06, N.

¹⁶ Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa [C-470/04](#), N, cit., paragrafo 46.

¹⁷ [Conclusioni dell'Avvocato Generale](#) Juliane Kokotte, presentate il 30 marzo 2006, nella causa C-470/06, N, paragrafo 117.

¹⁸ [IP/04/493](#).

¹⁹ [Art. 6 AStG a.F.](#)

18, 39 e 43 del Trattato CE), poiché il trasferimento di residenza del contribuente in un altro Stato membro comportava la nascita di una obbligazione tributaria, diversamente non dovuta, in quel momento, se il contribuente si limitava a trasferire la propria residenza all'interno del territorio tedesco. La Commissione ha ritenuto che non sussistessero valide giustificazioni per un così evidente ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'ambito del mercato interno. Essa, tuttavia, ha riconosciuto che la Germania fosse legittimata a tassare le plusvalenze. La violazione del diritto comunitario, secondo la Commissione europea, non deriva dalla tassazione in sé delle plusvalenze, quanto piuttosto dal fatto che l'imposizione abbia luogo prima che le plusvalenze siano realizzate qualora il contribuente si trasferisca all'estero.

Poiché la Corte di Giustizia nella sentenza *De Lasteyrie du Saillant*²⁰ non ha ritenuto contrarie al diritto comunitario le exit taxes in quanto tali, la Germania iniziò, in un primo tempo, a promuovere una iniziativa comune tra gli Stati Membri, mirata a sviluppare una soluzione congiunta al problema della tassazione in uscita delle plusvalenze delle partecipazioni azionarie non ancora realizzate. Alla riunione avvenuta il 13 giugno 2005 a Bruxelles, non si è giunti, tuttavia, ad un accordo sulla proposta della Germania di istituire una exit tax comune, a causa del veto posto dai Paesi a bassa fiscalità interessati ad una immigrazione nei propri territori. Di conseguenza, la Germania ha dovuto assumere unilateralmente le misure necessarie per istituire una disciplina fiscale nazionale che non contrasti con il diritto comunitario.

2.2 La nuova disciplina del § 6 dell'ASTG (Aussensteuergesetz – la legge tributaria che regola i rapporti internazionali)

a) L'exit tax alla luce degli interventi normativi

Il novellato § 6 dell'ASTG²¹ prevede – come il precedente – che sono soggette all'*exit tax* le persone fisiche assoggettate in Germania, per un periodo di almeno 10 anni, ad una tassazione del reddito mondiale, e che hanno detenuto, nel corso dei precedenti cinque anni, partecipazioni in società di capitali almeno nella misura minima dell'1%.

²⁰ Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa [C-9/02](#), de Lasteyrie du Saillant, cit.

²¹ [§ 6 Außensteuergesetz \(ASTG\)](#), Legge tributaria applicabile ai rapporti internazionali.

Diversamente dalla precedente versione – in vigore fino all’approvazione della Legge Finanziaria 2007 (SEStEG)²² – costituisce presupposto oggettivo della *exit tax* anche la detenzione di partecipazioni in società di capitali straniere con l’effetto, quindi, di notevole ampliamento dell’ambito applicativo dell’imposizione sui redditi.

Secondo la nuova versione del § 6 AStG²³ il trasferimento della residenza o della dimora abituale – che comporta il venir meno dell’assoggettamento a tassazione illimitata in Germania – è equiparabile, quale presupposto impositivo, alla cessione di azioni. Si giunge così alla determinazione dell’imposta dovuta. Tuttavia, oggetto di tassazione è un prezzo di cessione non effettivamente realizzato (§ 6 (1) paragrafo 4 AStG²⁴) in quanto non vi è, per effetto del semplice trasferimento, un reale prezzo di cessione delle azioni. Ne deriva che il trasferimento della residenza conduce ad una emersione delle plusvalenze latenti.

Secondo il § 6, comma 3, primo periodo²⁵, la disciplina in tema di *exit tax* non si applica qualora il contribuente effettui un trasferimento temporaneo all’estero, con perdita solo per quel periodo di imposta della soggettività passiva illimitata e la riacquisti entro i cinque anni successivi, con il conseguente ripristino dell’assoggettamento a tassazione mondiale delle suddette partecipazioni. Il termine di cinque anni è – ai sensi del § 6, comma 3, secondo periodo, dell’AStG²⁶ – suscettibile di proroga per altri cinque anni se la causa principale del trasferimento di residenza è ascrivibile a ragioni lavorative e il contribuente manifesti, comunque, l’intenzione di rientrare in Germania.

b) La sospensione del pagamento dell’imposta: un aspetto centrale della nuova disciplina

Il profilo di maggior interesse – che costituisce altresì il fulcro della nuova normativa – risiede nella nuova formulazione del comma 5 del § 6

²² [SEStEG.](#)

²³ [§ 6 AStG.](#)

²⁴ [§ 6 \(1\) periodo 4 AStG.](#)

²⁵ [§ 6 \(3\), primo periodo AStG.](#)

²⁶ [§ 6 \(3\), secondo periodo AStG.](#)

dell'AStG²⁷, a mente del quale l'assoggettamento all'*exit tax* deve essere sospeso, senza l'applicazione di interessi e senza prestazione di garanzie, laddove il contribuente sia cittadino di uno Stato dell'Unione Europea o del SEE (Spazio Economico Europeo) e, successivamente al trasferimento, sia assoggettato, nello Stato membro di destinazione, ad una imposizione illimitata sui redditi paragonabile a quella tedesca.

La sospensione ex § 6, comma 5, secondo periodo, dell'AStG²⁸, presuppone che siano garantite la collaborazione fra le Amministrazioni fiscali, nonché la reciproca assistenza fra la Germania e l'altro Stato nella riscossione dell'imposta dovuta.

c) Ipotesi di revoca della sospensione

Al contrario, la sospensione ex § 6, comma 5, quarto periodo, dal Nr. 1 al Nr. 4, dell'AStG²⁹, deve essere revocata quando:

- 1) il contribuente cede le partecipazioni o realizza una fattispecie impositiva analoga;
- 2) le partecipazioni sono cedute a titolo gratuito ad una persona fisica non soggetta, in uno Stato dell'Unione Europea o dello SEE, ad un'imposizione sul reddito mondiale analoga a quella tedesca;
- 3) si attua un passaggio delle partecipazioni dalla sfera d'impresa a quella privata o ad una situazione allo stesso paragonabile che, secondo il diritto interno, conduce ad una valutazione a valore parziale o a valore in comune commercio;
- 4) per effetto del successivo trasferimento della residenza, da parte del contribuente o del suo avente causa non si può più rinvenire in un altro Stato dell'Unione Europea o dello SEE una tassazione del reddito mondiale equiparabile a quella tedesca.

d) Considerazioni nel caso di diminuzione del valore dell'azione

²⁷ [§ 6 \(5\) AStG.](#)

²⁸ [§ 6 \(5\), secondo periodo AStG.](#)

²⁹ [§ 6 \(5\), quarto periodo, Nr. 1-4 AStG.](#)

Le eventuali diminuzioni di valore delle partecipazioni, dopo il trasferimento, devono essere prese in considerazione ai sensi del § 6, comma 6, primo periodo dell'ASTG³⁰. Se la plusvalenza realizzata con la cessione della partecipazione è inferiore alla plusvalenza latente rilevata al momento del trasferimento, la relativa diminuzione di valore della partecipazione deve essere conteggiata in diminuzione dell'incremento patrimoniale calcolato al momento del trasferimento, poiché, dal punto di vista interno, va rilevato soltanto l'effettivo utile da cessione. La rilevanza della diminuzione di valore è subordinata dalla nuova normativa, da un lato, al fatto che un'analoga rilevanza ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche non sia riconosciuta dallo Stato di immigrazione (onde evitare un doppio riconoscimento fiscale) e, dall'altro, alla circostanza che la diminuzione di valore sia ascrivibile a cause oggettive e non dipenda da una distribuzione di utili.

Secondo il § 6, comma 6, terzo periodo, dell'ASTG³¹ la diminuzione di valore va tuttavia conteggiata entro i limiti della plusvalenza "virtuale" determinata al momento del trasferimento, di guisa che la diminuzione non superi l'importo conteggiato in Germania come incremento patrimoniale al momento del trasferimento.

e) Obblighi informativi

Ai sensi del § 6, comma 7, primo periodo, dell'ASTG³², il contribuente deve informare, mediante la compilazione di un modello prestampato, l'Ufficio finanziario competente a quantificare l'*exit tax* della realizzazione della fattispecie che determina la revoca della sospensione.

Inoltre, entro il 31 gennaio di ciascun anno, il contribuente deve informare il medesimo Ufficio finanziario della permanenza del domicilio dell'anno precedente e della permanenza della titolarità delle partecipazioni, comunicazioni, queste, in mancanza delle quali viene meno il diritto alla proroga.

³⁰ [§ 6 \(6\), primo periodo ASTG.](#)

³¹ [§ 6 \(6\), terzo periodo ASTG.](#)

³² [§ 6 \(7\), primo periodo ASTG.](#)

2.3 La nuova disciplina tedesca nel contesto europeo

Il diritto comunitario non pretende – e ciò è chiaro alla luce della decisione della Corte di Giustizia nel caso “N” – che lo Stato di origine rinunci alla tassazione delle plusvalenze latenti maturate al momento del trasferimento della residenza³³.

Il § 6 dell’AStG³⁴, anche nella nuova versione, contiene invero una misura restrittiva applicabile al momento della perdita da parte del contribuente della soggettività passiva illimitata ai fini dell’imposta sul reddito. Inoltre, sussiste un differente trattamento della fattispecie puramente interna rispetto a quella con elementi transnazionali, in quanto l’applicazione dell’imposta dovuta dal contribuente, che conservi la propria residenza all’interno del territorio tedesco, ha luogo solo nel caso di una effettiva cessione delle partecipazioni di una società. La tassazione dell’incremento di valore latente delle partecipazioni sociali esprime la ripartizione del potere impositivo sulla base del principio di territorialità, che è stata ritenuta dalla Corte di Giustizia una legittima causa di giustificazione.

La Corte di Giustizia ha deciso nel caso “N” che la presentazione di una dichiarazione dei redditi prima della tassazione delle plusvalenze latenti non è misura sproporzionata, poiché anche una tassazione successiva non avrebbe condotto ad un minor carico di imposta³⁵. Il fatto di prestare delle garanzie, quale presupposto per la sospensione del pagamento dell’imposta – misura considerata, fra l’altro, sproporzionata dalla Corte di Giustizia nelle due sentenze “*Lasteyrie du Saillant*” e “N” – non è più contenuta nella novellata *exit tax* tedesca. E così il fatto che ai fini della sospensione debbano essere assicurate la collaborazione fra l’Amministrazione tedesca e quella dell’altro Stato, nonché la reciproca assistenza nella riscossione dell’imposta dovuta, non può che essere considerato come condizione parimenti proporzionale di cessazione della sospensione di pagamento. Inoltre, secondo quanto emerge dalle Direttive in tema di scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie degli

³³ Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa [C-470/04](#), N, cit., paragrafo 41.

³⁴ [§ 6 AStG](#).

³⁵ Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa [C-470/04](#), N, cit., paragrafo 38.

Stati membri³⁶ e di assistenza nella riscossione³⁷ dei tributi, i presupposti dinnanzi citati sono sempre stati considerati validi ai fini del riconoscimento della sospensione di pagamento³⁸, e la stessa Corte di Giustizia ha in più occasioni sottolineato che la corretta attuazione della Direttiva in tema di scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie degli Stati membri offre la possibilità di conseguire maggiori informazioni da porre a confronto con quelle acquisite dalle singole Amministrazioni³⁹. Le medesime considerazioni valgono per la Direttiva in tema di assistenza nella riscossione tributaria.

Da un punto di vista del diritto comunitario risulta problematico il fatto che, ai sensi del § 6, comma 6, terzo periodo, dell'ASTG⁴⁰, il computo della diminuzione di valore deve rilevare nei limiti delle plusvalenze "virtuali", con la conseguenza che la rilevanza fiscale di un'ulteriore diminuzione di valore successiva al cambio di residenza è rimessa esclusivamente alla legislazione dello Stato in cui il contribuente trasferisce la propria residenza. A tal proposito la Corte di Giustizia ha affermato, nella sentenza "N", che la diminuzione di valore delle partecipazioni, successivamente al trasferimento, deve essere pienamente considerata dallo Stato di origine nella misura in cui essa non assuma rilevanza nello Stato di destinazione⁴¹.

Altrettanti dubbi di compatibilità con il diritto comunitario sorgono in relazione all'obbligo, per il contribuente, di informare annualmente l'Amministrazione finanziaria del proprio domicilio estero e della titolarità delle partecipazioni, in quanto, posta a confronto con fattispecie puramente interne, tale disposizione costituisce una ipotesi discriminatoria

³⁶ [Direttiva 2004/56/CE](#) del Consiglio, del 21 aprile 2004, che ha modificato la direttiva 77/799/CEE relativa alla reciproca assistenza tra le autorità competenti degli Stati membri in materia di imposte dirette, di talune accise e imposte sui premi assicurativi.

³⁷ [Direttiva 2008/55/CE](#) del Consiglio, del 26 maggio 2008, sulla assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da taluni contributi, dazi, imposte ed altre misure.

³⁸ Cfr. la Relazione al Progetto di legge del § 6, comma 5, dell'ASTG agli atti parlamentari del *Bundestag* n. 16/2710.

³⁹ Corte Giust., sentenza del 14 febbraio 1995, causa [C-279/93](#), Schumacker, Racc. 1995, pag. I-225

⁴⁰ [§ 6 \(6\), terzo periodo ASTG](#).

⁴¹ Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa [C-470/04](#), N, cit., paragrafi 54, 55.

capace di compromettere l'effettiva esecuzione – peraltro tutelata dalla stessa Corte di Giustizia – delle Direttive sullo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie degli Stati membri e di assistenza nella riscossione tributaria⁴².

3. L'*exit tax* nel caso di trasferimento di un bene di impresa

3.1 Emersione delle riserve occulte secondo il § 4, comma 1, terzo e quarto periodo, dell'*ESTG*

La cessione di un bene di impresa è governata, nella disciplina dell'imposizione sui redditi delle persone fisiche, dal principio della realizzazione. Viene, poi, in considerazione, per effetto della tassazione, il principio della capacità contributiva, con la realizzazione delle riserve occulte e, in particolar modo, con la cessione. Alla alienazione è equiparato il "prelevamento" di un bene, ossia il suo trasferimento dal patrimonio di impresa a quello privato. E il § 4, comma 1, terzo periodo, dell'*ESTG*⁴³, nella nuova formulazione della *SEStEG*⁴⁴, sancisce che l'esclusione o la limitazione della potestà impositiva tedesca in materia di utili derivanti dalla cessione o utilizzo di un bene è equiparabile al "prelevamento" dello stesso.

Letteralmente, il § 4, comma 1, periodi terzo e quarto, dell'*ESTG*, stabilisce: "Per quanto riguarda gli utili derivanti dalla cessione o dall'utilizzo di un bene di impresa, l'esclusione o la limitazione del potere impositivo della Germania è equiparata a un prelevamento per finalità estranee all'esercizio di impresa. Il terzo periodo non vale per le partecipazioni in una società europea..."⁴⁵.

Come conseguenza di tale regola, il contribuente che trasferisce al di fuori del territorio tedesco un bene di impresa utilizzato per l'esercizio della stessa, con conseguente pregiudizio per la potestà impositiva della Germania (ferma restando la regola della sospensione del pagamento, di

⁴² Cfr. *Lausterer in Blumenberg/Schäfer*, Il "*SEStEG*", 2007, pag. 239.

⁴³ [§ 4 \(1\), terzo periodo ESTG](#) (Einkommensteuergesetz: Legge tributaria tedesca sull'imposta sui redditi).

⁴⁴ [SEStEG](#), v. nota 5.

⁴⁵ [§ 4 \(1\), terzo e quarto periodo ESTG](#).

cui si parlerà *infra*), deve assoggettare a tassazione l'utile virtuale della cessione sotto forma di emersione delle riserve occulte.

La novellata disciplina SEStEG⁴⁶ ha un significato ampiamente chiarificatore in quanto l'orientamento dell'Amministrazione finanziaria tedesca, in caso di esclusione della potestà impositiva tedesca in materia di utili derivanti dalla cessione di beni di impresa, aveva sempre sostenuto la tesi della realizzazione degli utili medesimi⁴⁷.

3.2 La sospensione del pagamento nel caso di trasferimento di beni di impresa in altri Paesi dell'UE (§ 4g EStG)

Il § 4g dell'EStG⁴⁸ limita parzialmente l'obbligo di tassazione immediata delle riserve occulte, in particolare nel caso di trasferimento di un bene, facente parte dell'attivo immobilizzato, all'interno di una stabile organizzazione situata in un altro Paese dell'UE. In tale ipotesi, una persona fisica assoggettata illimitatamente ad imposizione in Germania può ottenere, mediante la rilevazione di una posta di compensazione, una tassazione rateizzata dell'utile virtuale derivante dal trasferimento. Per attivo immobilizzato si intende l'insieme di quei beni del patrimonio che sono destinati, in modo durevole, a servizio dell'impresa (ad esempio, gli immobili aziendali, gli opifici, i macchinari).

Il § 4g, comma 1, dell'EStG⁴⁹ prevede, infatti, la possibilità per il contribuente di chiedere all'Ufficio finanziario competente la costituzione di una posta di compensazione nella misura dell'utile virtuale emerso dal trasferimento, con la quale il predetto utile viene neutralizzato. La posta di compensazione viene progressivamente estinta, nella misura di un quinto per volta, nell'anno di trasferimento e nei quattro anni successivi (§ 4g, comma 2, primo periodo, dell'EStG⁵⁰). In tale modo, il pagamento

⁴⁶ [SEStEG](#), v. nota 5.

⁴⁷ Il progetto di legge parla di una chiarificazione all'attuale normativa. [Atti parlamentari del Bundestag 16/2710, pag. 28](#)

⁴⁸ [§ 4g EStG](#).

⁴⁹ [§ 4g \(1\) EStG](#).

⁵⁰ [§ 4g \(2\), primo periodo EStG](#).

dell'imposta è temporaneamente sospeso e viene effettuato ratealmente nell'arco di cinque anni.

Al contrario, la posta di compensazione va estinta integralmente quando il bene, che è stato trasferito all'estero, esce dal patrimonio dell'impresa o viene ulteriormente trasferito in una stabile organizzazione localizzata al di fuori dell'UE ovvero quando è necessario far emergere all'estero le riserve occulte (§ 4g, comma 2, secondo periodo, dell'*EStG*⁵¹). Lo stesso vale nel caso in cui non sia stato rispettato l'obbligo di registrazione e di comunicazione (§ 4g, comma 5, dell'*EStG*⁵²).

Se il bene economico trasferito all'estero viene però retrocesso alla casa-madre residente sul territorio tedesco entro il periodo di utilizzo effettivo del bene e, comunque, entro i cinque anni dal trasferimento all'estero, è necessario estinguere la posta di compensazione residua al momento del "ritorno" in modo fiscalmente neutrale (§ 4g, comma 3, dell'*EStG*⁵³). Con il "ritorno" del bene alla casa-madre finisce, dunque, l'obbligo di pagamento rateale delle imposte.

3.3 Emersione delle riserve occulte anche nel caso di trasferimento di beni di impresa appartenenti a persone giuridiche

Il regime fiscale non muta se il bene di impresa appartiene ad una persona giuridica, poiché anche in questo caso si applica il principio della realizzazione dell'utile in caso di esclusione del potere impositivo della Germania.

Il § 4g, comma 2, primo periodo, dell'*EStG*⁵⁴, relativo alle persone giuridiche, è collocato nel § 12, comma 1, del *KStG*, che è stato – anche questo – modificato nei seguenti termini: "Per quanto riguarda gli utili derivanti dalla cessione o dall'utilizzo di un bene di impresa in caso di persona giuridica, l'esclusione o la limitazione del potere impositivo della

51 [§ 4g \(2\), secondo periodo EStG.](#)

52 [§ 4g \(5\) EStG.](#)

53 [§ 4g \(3\) EStG.](#)

54 [§ 4g \(2\), primo periodo EStG.](#)

Germania è equiparata alla cessione o trasferimento di un bene al valore di mercato⁵⁵.

Conseguenza di tale disposizione è l'immediata tassazione a valore di mercato.

Occorre evidenziare che, mentre il § 4g dell'*ESTG*⁵⁶ prevede, nel caso di trasferimento di un bene di impresa da parte di una persona fisica, una tassazione rateizzata degli utili in cinque anni, il *KStG*⁵⁷ non prevede una regola analoga nel caso di trasferimento del bene da parte di una persona giuridica. Tale diversità di regime è ascrivibile ad un errore del legislatore, in quanto non era nelle sue intenzioni adottare un trattamento differenziato per le persone fisiche e giuridiche. Tanto è vero che una parte della dottrina ritiene estensibile anche alle persone giuridiche la sospensione del pagamento dell'imposta di cui al § 4g dell'*ESTG*⁵⁸. Questa disposizione – come già illustrato – prevede una rateizzazione del pagamento dell'imposta attraverso la costituzione di una posta di compensazione pari alla differenza fra il valore di mercato e quello iscritto in bilancio, che deve essere poi estinta, un quinto alla volta, nell'anno di trasferimento e nei quattro anni successivi⁵⁹.

3.4 Riflessi in ambito comunitario

Un aspetto da chiarire riguarda la compatibilità con il diritto comunitario – e in particolare con la libertà di stabilimento sancita dall'art. 43 del Trattato⁶⁰ – della normativa che assoggetta a tassazione il trasferimento del bene di impresa al momento del cambiamento della residenza da parte di persone fisiche o giuridiche in altri Paesi dell'UE. La conformità dovrebbe essere garantita, nelle intenzioni del legislatore, attraverso la

⁵⁵ [§ 12 \(1\) KStG](#) (Körperschaftsteuergesetz: Legge tributaria tedesca sulle imposte sulle società).

⁵⁶ [§ 4g EStG](#).

⁵⁷ [KStG](#).

⁵⁸ [§ 4g EStG](#).

⁵⁹ *Blumenberg/Lechner* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 67.

⁶⁰ [Trattato CE](#)

regola della sospensione dell'imposta ai sensi del § 4g dell'*ESTG*⁶¹. La disposizione – come già detto – permette una rateizzazione della tassazione attraverso la formazione di una posta di compensazione in misura pari alla differenza fra il valore mercato e quello iscritto in bilancio, la quale deve essere estinta, per quote costanti, nell'anno del trasferimento e nei quattro successivi. Ciò significa che già nell'anno del trasferimento un quinto delle riserve occulte deve essere tassato. Al più tardi entro cinque anni l'intera imposta dovuta deve essere versata, e ciò anche se il bene trasferito continua a trovarsi senza soluzione di continuità nel patrimonio del contribuente. Nonostante tale regola, la nuova disciplina contrasta tuttavia con il diritto comunitario, e, in particolare, con l'art. 43 del Trattato⁶², in quanto in fattispecie puramente interne non sarebbe dovuta alcuna imposta⁶³.

Ne deriva che il § 4g dell'*ESTG*⁶⁴ privilegia soltanto i contribuenti assoggettati illimitatamente ad imposizione sui redditi ed i beni dell'attivo immobilizzato. Il trasferimento di beni dell'attivo circolante comporta un'immediata emersione e tassazione delle riserve occulte. Ciò vale per tutti i beni che non sono destinati a servizio dell'impresa in modo durevole. Inoltre, il trasferimento di beni in una stabile organizzazione situata in un altro Paese UE da parte di una persona limitatamente assoggettata ad imposizione sui redditi conduce ad una emersione e tassazione immediata delle riserve occulte. Non sussistono ragioni in grado di giustificare la contrarietà con il diritto comunitario, e in particolare con la libertà di stabilimento contenuta nell'art. 43 del Trattato⁶⁵. La giustificazione, adottata dal Governo tedesco, di non potere successivamente gestire una sospensione del pagamento dell'imposta non è da sola sufficiente nella prospettiva comunitaria, in considerazione anche del fatto che sia la Direttiva sullo scambio di informazioni fra

⁶¹ [§ 4g EStG.](#)

⁶² [Art. 43 del Trattato CE.](#)

⁶³ Per ulteriori approfondimenti, cfr., *Stadler/Elser* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 57.

⁶⁴ [§ 4g EStG.](#)

⁶⁵ [Art. 43 del Trattato CE.](#)

Amministrazioni⁶⁶ sia la Direttiva sull'assistenza nella riscossione tributaria⁶⁷ offrono strumenti adeguati per garantire l'effettiva tutela degli interessi fiscali nazionali⁶⁸.

4. L'exit tax nel caso di trasferimento della sede di una persona giuridica

4.1 La "Sitztheorie" (teoria della sede) dal punto di vista del diritto societario quale base di partenza

In Germania riveste ancora un ruolo importante la teoria c.d. della sede sociale⁶⁹. In base a tale teoria per lo statuto societario assume rilievo determinante il diritto alla sede societaria e non, invece, come in applicazione della teoria della costituzione, quello stabilito dai fondatori della società. In base alla teoria della sede, la decisione, da parte di una società di capitali ovvero di una società a responsabilità limitata, di trasferire all'estero la sede è interpretata per fatti concludenti come volontà di scioglimento⁷⁰.

La teoria in questione produce gli effetti di una limitazione alla libertà di trasferimento della sede sociale. Ciò nonostante è considerata dalla dottrina maggioritaria compatibile con la libertà di stabilimento di matrice comunitaria⁷¹. Nel 1988 la Corte di Giustizia ha sancito, nel caso *Daily Mail*⁷², la possibilità per un Stato membro di negare ad una società – costituita in base alla normativa interna di quello Stato – la possibilità di trasferire all'estero la propria sede. Questa posizione non è stata

⁶⁶ [Direttiva 2004/56/CE](#) del Consiglio, del 21 aprile 2004, che modifica la direttiva 77/799/CEE relativa alla reciproca assistenza tra le autorità competenti degli Stati membri in materia di imposte dirette, di talune accise e imposte sui premi assicurativi.

⁶⁷ [Direttiva 2008/55/CE](#) del Consiglio, del 26 maggio 2008, sulla assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da taluni contributi, dazi, imposte ed altre misure.

⁶⁸ Cfr. *Stadler/Elser* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 57.

⁶⁹ Si veda la sentenza del BGH (La Suprema Corte di Cassazione tedesca) del 30.1.1970 VI ZR 139/68; *Kindler* in *Münchener Kommentar* al BGB (il Codice civile tedesco), 4° ed., 2006, Band 11, *Internationales Handels-und Gesellschaftsrecht*, Paragrafo 400.

⁷⁰ *Großfeld* in *Staudinger, Kommentar* al BGB, 13° ed., 1993, *Internationales Gesellschaftsrecht*, Paragrafo 38.

⁷¹ *Ebke* in *Juristenzeitung* 2003, 927, 929; *Meilicke* in *GmbH-Rundschau* 2003, 793, 803; *Schwark* in *Die Aktiengesellschaft* 2004, 173, 180; *Zimmer* in *Betriebsberater* 2003, 1, 3.

[Artt. 43, 48 del Trattato CE](#)

⁷² Corte Giust., sentenza 27 settembre 1988, causa [C-81/87](#), *Daily Mail*, Racc. 1988, pag. 5483, punti 19, 23-25.

modificata nei casi *Überseering*⁷³ e *Inspire Art*⁷⁴, che non avevano ad oggetto una restrizione posta dallo Stato di origine, bensì dallo Stato di destinazione.

La Corte di Giustizia ha stabilito, nel caso *Überseering*⁷⁵, che gli Stati membri devono riconoscere alle società, costituite in base alla normativa di un altro Stato membro, la possibilità di trasferire nel loro territorio la sede amministrativa, e, nel caso *Inspire Art*⁷⁶, che le medesime società devono essere riconosciute come società costituite secondo il diritto dello Stato membro di origine anche in caso di trasferimento della sede amministrativa in altro Stato membro. La controversia aveva ad oggetto la costituzione di una sede secondaria in uno Stato membro da parte di una società costituita secondo la legislazione di un altro Stato membro. La Corte di Giustizia ha deciso che la costituzione di una sede secondaria non deve essere ostacolata dalle normative nazionali che subordinano la costituzione nel proprio Stato al rispetto di determinate condizioni relative al capitale minimo e alla responsabilità degli amministratori, pena la violazione della libertà di stabilimento di cui all'art. 43, 48 del Trattato⁷⁷.

Analizzando le sentenze *Überseering*⁷⁸ e *Inspire Art*⁷⁹ – le quali avevano ad oggetto le restrizioni poste dallo Stato di destinazione – si può concludere che la Corte di Giustizia non ha modificato il proprio orientamento espresso nel caso *Daily Mail*⁸⁰. Nel caso *SEVIC*⁸¹ la Corte ha fatto ricadere nell'ambito della libertà di stabilimento le fattispecie relative

⁷³ Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa [C-208/00](#), *Überseering*.

⁷⁴ Corte Giust., sentenza 30 settembre 2003, causa [C-167/01](#), *Inspire Art*, Racc. 2003, pag. I-10155.

⁷⁵ Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa [C-208/00](#), *Überseering*, Racc. 2002, pag. I-9919, punto 70.

⁷⁶ Corte Giust., sentenza 30 settembre 2003, causa [C-167/01](#), *Inspire Art*, Racc. 2003, pag. I-10155, punto 103.

⁷⁷ [Artt. 43, 48 del Trattato CE](#).

⁷⁸ Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa [C-208/00](#), *Überseering*.

⁷⁹ Corte Giust., sentenza 30 settembre 2003, causa [C-167/01](#), *Inspire Art*, Racc. 2003, pag. I-10155.

⁸⁰ Corte Giust., sentenza 27 settembre 1988, causa [C-81/87](#), *Daily Mail*, Racc. 1988, pag. 5483, punti 19, 23-25.

⁸¹ Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa [C-411/03](#), *Sevic*, Racc. 2005, pag. I-10805.

alla trasformazione di società con aspetti transfrontalieri indipendentemente dalla tipologia di trasformazione⁸². Ma anche questa sentenza non chiarisce il dubbio se il principio espresso costituisca o meno un allontanamento dai principi espressi nel caso *Daily Mail*⁸³.

Ciò significa che fino a quando la Corte non modifica la propria posizione in merito, le limitazioni poste al trasferimento della sede sociale non contrastano con il diritto comunitario e con la libertà di stabilimento di cui agli artt. 43 e 48⁸⁴ del Trattato⁸⁵.

4.2 Conseguenze fiscali della teoria della sede reale nel caso di trasferimento della sede amministrativa di una società tedesca all'estero

Il trasferimento della sede amministrativa di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata non è sostanzialmente possibile in base alla teoria della sede, configurando una liquidazione della società e comportando, sotto un profilo fiscale, la tassazione, ai sensi del § 11 del *KStG*⁸⁶, delle riserve occulte che emergono⁸⁷.

Anche alla luce della nuova disciplina, successiva alla *SEStEG*,⁸⁸ sul trasferimento di residenza la situazione non è cambiata. La valutazione di questa regola deve essere fatta alla luce del diritto comunitario. Fino a quando, secondo la dottrina dominante, la teoria della sede nei casi di trasferimento è considerata compatibile con i principi comunitari – poiché le restrizioni dello Stato di origine, diversamente da quelle dello Stato di destinazione, non sono considerate dalla Corte contrarie alla libertà di stabilimento di cui ai artt. 43 e 48 del Trattato⁸⁹ – allora anche la tassazione in sede di liquidazione sarà giustificata.

⁸² Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa [C-411/03](#), *Sevic*, Racc. 2005, pag. I-10805, punto 19

⁸³ *Drinhausen/Gesell* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 9.

⁸⁴ [Artt. 43, 48 del Trattato CE.](#)

⁸⁵ W.-H. Roth in: *Festschrift* in onore di *Heldrich*, 2005, pag. 973, 991.

⁸⁶ [§ 11 KStG.](#)

⁸⁷ *Blumenberg/Lechner* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 88.

⁸⁸ [SEStEG.](#)

⁸⁹ [Artt. 43, 48 del Trattato CE.](#)

Invero, esiste già un'ulteriore proposta di legge, secondo la quale, in una prospettiva di semplificazione, non sarebbe più necessario stabilire in Germania la sede amministrativa di una società per azioni o di una società a responsabilità limitata, così da rendere concorrenziali le società tedesche⁹⁰. L'entrata in vigore della legge è prevista nella seconda metà del 2008⁹¹. Tuttavia, è possibile che si dovrà attendere l'entrata in vigore di un'altra legge, preannunciata per il 2009, in materia di diritto internazionale privato con specifico riguardo alle persone giuridiche⁹².

4.3 Il trasferimento della sede di una SE (Società Europea) all'interno dell'UE e/o del SEE

Di recente, in ambito europeo, è stata introdotta la possibilità di dare vita ad una società di capitali nella forma di Società Europea, la cui disciplina è contenuta nel Regolamento n. 2157/2001 e nelle legislazioni dei singoli Stati membri. Secondo l'art. 8, comma 1, di questo Regolamento⁹³, una Società Europea può trasferire la sede sociale da uno Stato membro all'altro senza che ciò comporti lo scioglimento della stessa nello Stato di origine e la costituzione di una nuova società nello Stato di destinazione.

Da un punto di vista fiscale – secondo quanto statuisce l'art. 10b della Direttiva in tema di fusioni⁹⁴ – il trasferimento della sede non dà luogo alla tassazione degli elementi patrimoniali della SE, se questi rimangono effettivamente collegati con una stabile organizzazione della SE nello Stato membro di origine e concorrono a formare gli utili e le perdite ai fini fiscali.

⁹⁰ Il riferimento è al progetto di legge volta a modificare la normativa sulle società a responsabilità limitata e alla lotta all'abuso del 23 maggio 2007. La legge (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [[MoMiG](#)] del 23.10.2008, BGBl. I, nr. 48, pag. 2026) è stata nel contempo approvata dal Parlamento tedesco ed è in vigore dal 1 novembre 2008.

⁹¹ Si veda nota 90, nonché [art. 25 della MoMiG](#).

⁹² Cfr. Franz/Leger, Betriebsberater, 2008, 678 e seg. La relazione al progetto di legge è consultabile sul [sito internet del Ministero della Giustizia tedesco](#).

⁹³ [Regolamento \(CE\) n. 2157/2001](#) del Consiglio, 8 ottobre 2001, relativo allo statuto della Società europea (SE), Gazzetta ufficiale L 294 del 10.11.2001.

⁹⁴ [Direttiva 2005/19/CE](#) del Consiglio, 17 febbraio 2005.

Anche il legislatore fiscale tedesco si è adeguato alla nuova normativa europea e ha previsto che il venir meno di un obbligo fiscale illimitato per effetto del trasferimento della sede sociale di una SE non comporta la tassazione immediata a differenza di quanto invece sancito dal § 11 del *KStG*⁹⁵. Il § 12 (1) *KStG*⁹⁶ novellato stabilisce, adesso, che la perdita della soggettività passiva illimitata non conduce ad una tassazione immediata delle riserve occulte rilevabili nel patrimonio della società se rimane comunque soggetto alla potestà impositiva della Germania⁹⁷. Ciò implica che anche nell'ipotesi di una SE si avrà una tassazione nello Stato di origine se la Germania perde la propria potestà impositiva.

La fattispecie più significativa nella prassi, nella quale il patrimonio, nel caso di trasferimento all'estero, rimane nella sfera impositiva dello Stato tedesco, è quella in cui i beni economici di una persona giuridica permangono in una stabile organizzazione localizzata sul territorio della Germania (§ 49, comma 1, nr. 2 lett. a) dell'*ESTG*⁹⁸ in combinato disposto con il § 8, comma 1, del *KStG*⁹⁹ e dell'art. 7 del Modello OCSE¹⁰⁰). Dal punto di vista dell'Amministrazione fiscale tedesca, vanno imputati alla stabile organizzazione quei beni economici che sono funzionali alla realizzazione degli scopi della stabile organizzazione¹⁰¹.

La regola secondo la quale, in mancanza di un patrimonio che soggiace alla sfera impositiva tedesca, il trasferimento della sede di una SE comporta l'emersione delle riserve occulte presenta dei profili di dubbia compatibilità con il diritto comunitario. Bisogna, però, tenere presente che il legislatore tedesco ha modificato il § 12 del *KStG*¹⁰² sulla base dell'art. 10b della Direttiva in tema di fusioni¹⁰³. Nella dottrina maggioritaria tedesca vi è la convinzione che le regole della predetta Direttiva sulle fusioni, in quanto diritto secondario, potrebbero essere incompatibili con il

95 [§ 11 KStG.](#)

96 [§ 12 \(1\) KStG.](#)

97 *Blumenberg/Lechner* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 80.

98 [§ 49 \(1\), nr. 2, lett. a\) ESTG.](#)

99 [§ 8 \(1\) KStG.](#)

100 [Art. 7 del Modello OSCE.](#)

101 Cfr. con *Blumenberg/Lechner* in *Blumenberg/Schäfer*, Il "SEStEG", pag. 81.

102 [§ 12 KStG.](#)

103 *Kinz/Goerg*, *Deutsches Steuerrecht* 2005, 450, 451. Si veda altresì l' [art. 10b](#) della [Direttiva 90/434/CEE](#) come modificata dalla [Direttiva 2005/19/CE](#).

diritto comunitario primario, contenuto negli artt. 43 e 48 del Trattato CE¹⁰⁴.

5. Conclusioni

Il legislatore tedesco, reagendo alle sentenze *De Lasteyrie* e *N*, ha rivisitato la disciplina della *exit tax*, cercando di strutturarla in modo conforme al diritto comunitario. Ma è dubbio che sia riuscito appieno nel suo intento. Dall'analisi della formulazione del § 6 dell'ASTG¹⁰⁵ – norma che riguarda gli investitori in società di capitali – risulta che il legislatore ha abrogato, quale presupposto per la sospensione del pagamento dell'imposta, la condizione restrittiva precedentemente in vigore, uniformandosi con ciò alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia. E' tuttavia problematico il fatto che l'eventuale perdita di valore delle partecipazioni, dopo il trasferimento della residenza, rilevi solo nei limiti della plusvalenza latente rilevata al momento del trasferimento. Ulteriori dubbi di compatibilità con la giurisprudenza comunitaria – come già sopra evidenziato – si riconnettono anche agli stringenti obblighi informativi cui il contribuente è sottoposto.

Inoltre, è previsto – e questo aspetto non ha subito modifiche per effetto della riforma – un obbligo di tassazione delle riserve occulte al momento del trasferimento di un bene economico in una stabile organizzazione all'estero, sebbene tale regola sia mitigata dalla regola della sospensione del pagamento dell'imposta (§ 4, comma 1, dell'ESTG¹⁰⁶, § 12, comma 1, del KStG¹⁰⁷). Ma anche la disposizione, diversamente da quanto prevede il § 6 dell'ASTG¹⁰⁸, la quale stabilisce l'obbligo di un pagamento rateale dell'imposta entro cinque anni, solleva alcuni dubbi di compatibilità sotto il profilo del diritto comunitario.

¹⁰⁴ [Trattato CE](#)

¹⁰⁵ [§ 6 ASTG.](#)

¹⁰⁶ [§ 4 \(1\) ESTG.](#)

¹⁰⁷ [§ 12 \(1\) KStG.](#)

¹⁰⁸ [§ 6 ASTG.](#)

Secondo un'opinione sempre più dominante, la scelta di società per azioni o a responsabilità limitata di trasferire la propria sede all'estero realizza un'ipotesi di liquidazione della società, con le conseguenze fiscali che ne derivano. Ciò tuttavia non integra una violazione del diritto comunitario, poiché, almeno fino a quando la Corte non muti orientamento, le limitazioni al trasferimento non si pongono in contrasto con la libertà di stabilimento e, precipuamente, con gli artt. 43 e 48 del Trattato¹⁰⁹.