

Contributo allo studio dell'exit tax nel Regno Unito

David Marrani¹

1. Premessa

Le democrazie dell'Europa occidentale hanno un forte, sviluppato e spesso complesso sistema fiscale organizzato in modo da garantire allo Stato entrate sufficienti per il funzionamento dei servizi pubblici.

"The State needs (?) to find money necessary to cover public charges that have to fulfil by the mean of tax"².

L'imposizione fiscale risulta - perciò - essere strettamente connessa all'interesse generale.

Negli ultimi anni abbiamo - però - assistito a dei cambiamenti nell'impiego della tassazione. In primo luogo, l'imposizione fiscale non attiene più esclusivamente alla riscossione di entrate a favore delle casse dello Stato. La tassazione è, infatti, utilizzata dai Governi per conseguire scopi ulteriori. Ne è un esempio la cd. eco-taxation, nonché, per l'appunto, l'imposizione sugli utili di capitale. Proprio la tassazione delle plusvalenze, prevista nel caso di persone fisiche o società che trasferiscano all'estero la propria residenza fiscale, la cd. exit taxation, rappresenta uno dei più classici esempi di previsioni volte, non solo a garantire entrate fiscali, ma anche a predisporre un vero e proprio strumento di controllo della circolazione di tali soggetti.

D'altra parte, l'imposizione fiscale oggi non ha più rilievo esclusivamente interno, sicché se ne devono necessariamente valutare anche i riflessi su un piano sovranazionale. La tassazione, tradizionalmente collegata al concetto di sovranità dello Stato, al giorno d'oggi deve essere esaminata in un'ottica diversa, in virtù dell'integrazione operata all'interno dell'Unione Europea.

Può risultare contraddittorio esaminare l'imposizione diretta, che rimane di competenza dei singoli Stati, nell'ottica di una necessaria integrazione a livello europeo.

Lo Stato Membro, nel gestire la maggior parte dei settori della politica fiscale e della normazione, deve costantemente verificare la compatibilità del proprio operato con i principi dell'Unione Europea. Il Regno Unito e l'Irlanda hanno sempre avuto, sotto tale profilo, una posizione piuttosto rigida, cercando di preservare il proprio diritto di veto sulle politiche fiscali.

Alla luce di tali considerazioni, la tassazione in uscita, in linea di principio ammissibile, proprio quale espressione del diritto di sovranità, può dar luogo a violazione delle norme comunitarie, che vincolano gli Stati membri.

Nel corso della presente analisi si vedrà come, nel Regno Unito, il trasferimento della residenza fiscale comporti l'applicazione di un'imposta tanto in capo alle persone fisiche che nei confronti delle persone giuridiche. Solo in quest'ultimo caso - però - si tratta di una exit tax in senso tecnico.

La tassazione nei confronti delle persone fisiche si configura, invece, quale fattispecie impositiva il cui presupposto è rappresentato dal "rientro" nel Regno Unito.

2. "Tassazione al rientro" in luogo di una tassazione in uscita nei confronti delle persone fisiche

L'imposta sugli utili di capitale³ è stata introdotta nel Regno Unito dopo la fine della seconda guerra mondiale. Lo *Special Contribution* degli anni 1947 - 1948 venne modificato nel 1962 e nel 1965, introducendo una fattispecie impositiva più efficace, su capital gains a lungo e breve termine, "designed to collect 30 per cent of gains realised on assets"⁴.

La materia venne, altresì, disciplinata attraverso Finance Acts emanati annualmente fino al Capital Gain Tax Act 1979 e, più di recente, il Taxation of Chargeable Act 1992⁵.

Originariamente, una persona fisica residente o "ordinarily resident"⁶ nel Regno Unito, che decideva di trasferirsi, non era sottoposta ad alcuna tassazione sui capital gains realizzati nel periodo in cui non era residente o "ordinarily resident". Ogni persona fisica, in buona sostanza, poteva trasferirsi, senza essere tenuta ad alcun pagamento quando lasciava il Regno Unito o vi faceva ritorno.

Con il Finance Act 1998⁷ venne aggiunta la sez. 10A al TCGA 1992⁸. Non venne, tuttavia, prevista una vera e propria "exit tax", ossia un'imposta da applicare nei confronti delle persone fisiche che lasciano il Regno Unito, quanto piuttosto una fattispecie impositiva il cui presupposto d'applicazione è rappresentato dal ritorno nel Regno Unito dopo un periodo di non residenza. E difatti, nelle sottosezioni 3 e 4⁹ è stato specificato che le plusvalenze si considerano maturate nell'anno del ritorno.

L'imposta viene applicata solo sulle plusvalenze derivanti da un cosiddetto "relevant disposal". E' tale l'atto di disposizione avente ad oggetto beni acquistati durante il periodo in cui l'alienante era residente o "ordinarily resident" nel Regno Unito. Vengono, quindi, esclusi gli atti di disposizione di beni acquistati durante il periodo di non residenza.

Inoltre, la sez. 10A(7)¹⁰ ha previsto la possibilità per l'Inland Revenue di accertare l'imposta dovuta in ogni momento prima della fine dei due anni successivi al 31 gennaio immediatamente successivo all'anno di ritorno.

Precisamente, il Finance Act 1998 ha previsto la tassazione delle plusvalenze derivate dalla vendita di beni delle persone fisiche che erano state fiscalmente residenti nel Regno Unito per almeno quattro dei sette periodi d'imposta immediatamente precedenti l'anno del trasferimento, e che diventano non residenti e non "ordinarily resident" per un periodo di tempo inferiore ai cinque anni. L'imposta è applicata sulla differenza tra plusvalenze e minusvalenze maturate in un cosiddetto "intervening year"¹¹, durante tutto il corso del quale i contribuenti non erano residenti nel Regno Unito, ma considerati come maturati nell'anno del ritorno.

In sostanza, le plusvalenze realizzate all'estero vengono tassate nel Regno Unito come se fossero state ivi realizzate. La base imponibile è, comunque, limitata dalla sottosezione 6¹² all'importo che si sarebbe considerato maturato se in quel periodo d'imposta il contribuente fosse stato fiscalmente residente nel Regno Unito¹³.

La Gran Bretagna ha emendato, all'inizio del 2005, l'articolo 10A del TCGA 1992. Tali modifiche hanno avuto luogo con il Finance (No 2) Act 2005¹⁴, il dibattito parlamentare¹⁵ per l'approvazione del quale ha rappresentato occasione per sottoporre al vaglio la compatibilità della disciplina domestica con il diritto comunitario¹⁶. Era stata, infatti, da poco emanata la sentenza de Lasteyrie du Saillant¹⁷, con la quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee si era pronunciata circa l'incompatibilità comunitaria della legislazione francese in materia di exit tax.

Innanzitutto, le modifiche introdotte con il Finance (No 2) Act 2005 hanno avuto, essenzialmente, l'obiettivo di colpire quei contribuenti che si trasferiscono all'estero per evitare la tassazione dei capital gains.

La previgente disciplina, applicata in combinazione con le disposizioni delle Convenzioni contro la doppia imposizione, consentiva di eludere la tassazione dei capital gains da parte dei contribuenti che trasferivano all'estero la propria residenza fiscale.

L'art. 13(4) del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni stabilisce che "Gli utili derivanti dalla alienazione di ogni altro bene diverso da quelli menzionati nei paragrafi precedenti del presente articolo sono imponibili soltanto nello Stato contraente di cui l'alienante è residente"¹⁸. In forza di tale disposizione, il momentaneo trasferimento finalizzato alla sola realizzazione dei capital gains in uno Stato (come ad esempio il Belgio) che non ne prevede la tassazione, consentiva di evitare l'imposta anche nel Regno Unito. Ciò sulla base dell'orientamento interpretativo dell'Inland Revenue per cui un accordo contro la doppia imposizione, nella gerarchia delle fonti, prevale sulla legislazione interna britannica.

Dopo le modifiche apportate con il Finance (No 2) Act 2005, i contribuenti non possono più evitare la tassazione in forza delle norme convenzionali.

La sottosezione 9(C) è stata introdotta specificamente per impedire l'uso di una Convenzione contro la doppia imposizione al fine di evitare la tassazione dei capital gains: "(9C) Nothing in any double taxation relief arrangement shall be read as preventing the taxpayer from being chargeable gains treated by virtue of subsection (2)(a) above as accruing to the taxpayer in the year of return (or as preventing a charge to tax from arising as result)"¹⁹.

Inoltre, il Finance (No 2) Act 2005 ha modificato la sez. 10A (3) facendo rientrare nella categoria delle persone fisiche non residenti anche quelle che erano residenti o "ordinarily resident" nel Regno Unito ma non residenti ai fini della Convenzione contro la doppia imposizione ("resident or ordinarily resident in the United Kingdom but were Treaty non-resident")²⁰.

Ciò al fine di evitare che il contribuente potesse trovarsi nella condizione di essere fiscalmente residente in un altro Stato, in forza di una Convenzione contro la doppia imposizione e, contemporaneamente, fiscalmente residente anche nel Regno Unito. Nel qual caso, non essendosi verificato il presupposto della perdita della residenza fiscale, l'imposta sui capital gains non avrebbe potuto trovare applicazione.

A tal fine è stata modificata la sottosezione 9.

Mentre, in base alla disciplina previgente, le persone fisiche soddisfacevano i requisiti di residenza per un determinato periodo d'imposta se nel corso di tutto quel periodo d'imposta esse erano state residenti o "ordinarily resident" nel Regno Unito, la emendata sottosezione 9 considera persone fisiche soddisfacenti i requisiti di residenza per un determinato periodo d'imposta quelle che, nel corso di tutto quel periodo d'imposta, sono residenti nel Regno Unito e non Treaty non-resident o "ordinarily resident" durante quel periodo d'imposta e non Treaty non-resident durante il medesimo periodo.

Il Finance Act 1998, che ha introdotto la sez. 10A al TCGA 1992, riguardava le persone fisiche temporaneamente non residenti, prevedendo la tassazione al loro ritorno. Il Finance (No. 2) Act 2005 non ha modificato tale sistema, ma ha ampliato il novero dei soggetti passivi, prevedendo l'applicazione dell'imposta anche nei confronti di coloro che, a seguito del temporaneo trasferimento in uno Stato che non applica un'imposta sui capital gains, riuscivano ad evitare la tassazione anche nel Regno Unito. La combinazione delle modifiche del TCGA nel 1992, 1998 e 2005 ha introdotto disposizioni che hanno generalizzato la tassazione delle persone fisiche al loro ritorno nel Regno Unito.

Come già anticipato, la sentenza de Lasteyrie du Saillant ha rappresentato, anche per il Regno Unito, occasione per discutere circa la compatibilità del regime britannico di tassazione dei capital gains con il diritto comunitario.

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Corte di Giustizia, una persona fisica di nazionalità francese, fiscalmente residente in Francia, il sig. de Lasteyrie du Saillant, decise, nel 1998, di trasferirsi in Belgio. Per effetto del suo trasferimento, il Fisco francese lo assoggettò all'imposta sulle plusvalenze latenti relative ad azioni detenute in società francesi. La Corte di Giustizia ha ritenuto che il provvedimento impositivo delle autorità fiscali francesi comportasse una restrizione alla libertà di stabilimento. Infatti, l'imposizione di plusvalenze non ancora realizzate, connessa al mero trasferimento, determinava, secondo la Corte, un'indubbia discriminazione tra i contribuenti che continuavano a risiedere nel territorio dello Stato e coloro che, invece, decidevano di lasciare il Paese per fissare il proprio domicilio fiscale in un altro Stato Membro. Il sig. de Lasteyrie du Saillant, in mancanza di un atto di disposizione delle partecipazioni detenute, non avrebbe dovuto pagare l'imposta francese sulle plusvalenze, se avesse mantenuto il proprio domicilio fiscale in Francia.

La sentenza ha avuto un forte impatto all'interno dell'Unione Europea, imponendo non solo alla Francia di abolire la disciplina considerata dal Giudice europeo contraria al diritto comunitario, ma inducendo, altresì, gli Stati membri a verificare la compatibilità dei propri regimi di exit taxation con i principi sanciti dal Trattato CE.

Nel Regno Unito, nel corso del dibattito parlamentare per l'approvazione del Finance (No. 2) Act 2005, fu sollevata la questione della compatibilità della disciplina britannica con il diritto comunitario, alla luce di quanto la Corte di Giustizia aveva appena affermato nella sentenza de Lasteyrie du Saillant .

Venne rilevato come la Corte di Giustizia, nella sentenza in commento, aveva proposto, in alternativa ad una exit tax, una fattispecie impositiva che prevedesse la tassazione delle plusvalenze al rientro nello Stato di origine, sì da non pregiudicare la libertà del contribuente che intenda trasferirsi.

Avendo la Corte fatto riferimento alla possibilità della tassazione quando il ritorno nello Stato di partenza avesse avuto luogo entro un periodo di tempo "relativamente breve"²¹, ci si è chiesti se i cinque anni contemplati dalla disciplina britannica, potessero considerarsi un periodo "relativamente breve", indicativo dell'originario intento elusivo del contribuente trasferitosi.

Ulteriormente, nel corso del dibattito parlamentare, si è fatto riferimento alla possibilità che la contrarietà al diritto comunitario potesse dipendere dall'introduzione di una presunzione generale di elusione fiscale:

"La legislazione europea impone che le norme volte ad evitare il rischio di elusione fiscale abbiano un ambito di applicazione specificamente determinato, in modo che vengano colpiti solo quei congegni effettivamente diretti ad eludere la disciplina fiscale nazionale. Si potrebbe sostenere che la "clause" n. 32²² sia, invece, idonea a ricomprendere nel proprio ambito applicativo ogni tipo di trasferimento, anche quelli non finalizzati ad evitare la tassazione. Si pensi, ad esempio, al lavoratore che si sia trasferito in un altro Stato Membro fino a cinque anni per motivi di lavoro, senza alcun intento di evitare la tassazione. Una previsione che ostacola l'esercizio di una delle libertà fondamentali può trovare giustificazione, da parte di uno Stato membro, nella necessità di evitare l'elusione fiscale, a condizione che sia adeguatamente predisposta, sì da soddisfare tale specifico obiettivo.

Una norma come quella di cui alla sez. 10A sembra considerare ogni trasferimento motivato da ragioni fiscali. Il Governo deve essere pienamente conscio dell'impatto che la "clause" n. 32 avrà sul diritto comunitario e della possibilità che vengano esperite azioni dinanzi alla Corte di Giustizia Europea"²³.

Il Ministro delle Finanze, in risposta alle interrogazioni di quanti, nel corso del dibattito parlamentare, avevano sollevato dubbi di compatibilità comunitaria, ha sottolineato, per la verità in maniera alquanto generica:

"Al momento in cui il contribuente britannico lascia il territorio del Regno Unito, il suo status fiscale non subisce variazioni né in senso positivo né in senso negativo. Questa regola di "neutralità fiscale" implica l'esclusione di ogni possibilità di restrizione della libertà di circolazione o di stabilimento. In altre parole, la nostra previsione normativa circa la temporanea non residenza non è una tassazione all'uscita, sicché non dovrebbe porsi alcun problema di compatibilità con il diritto comunitario. Invero,

nell'elaborare la nostra legislazione interna, siamo particolarmente attenti ad evitare tali ipotesi di contrasto."²⁴

Come già anticipato, la combinazione delle modifiche del TCGA nel 1992, 1998 e 2005 ha introdotto disposizioni che hanno generalizzato la tassazione delle persone fisiche al loro ritorno nel Regno Unito.

Si tratta, evidentemente, di una fattispecie impositiva che non può tecnicamente essere qualificata come exit tax, ma che può ugualmente rappresentare un deterrente per le persone fisiche che intendano trasferirsi all'estero, nonostante il governo britannico ritenga si tratti di una misura antielusiva, che non rappresenta un ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali.

Nel caso *N₂₅* il Giudice comunitario ribadisce che le exit taxes sono idonee ad operare quali misure restrittive della libertà di stabilimento, sancita dall'art. 43 del Trattato CE. Da ciò l'impossibilità per ciascuno Stato membro di introdurre dette imposte o, deve ritenersi, meccanismi impositivi simili, impiegati secondo modalità che risultino in contrasto con il diritto comunitario.

Nel caso *N*, il contribuente aveva trasferito la propria residenza dai Paesi Bassi al Regno Unito. I Paesi Bassi, al tempo del trasferimento, consentivano il differimento del pagamento dell'imposta, a condizione che il soggetto titolare delle partecipazioni prestasse una garanzia. Secondo la Corte di Giustizia, tale previsione costituiva una violazione del principio di proporzionalità. La Corte ha precisato che quando un soggetto trasferisce la propria residenza da uno Stato membro ad un altro, il diritto comunitario non impedisce allo Stato *a quo* di determinare l'ammontare del reddito sul quale il contribuente deve l'imposta, a patto che non sia prevista alcuna forma di tassazione immediata o costituzione di cauzione a garanzia del successivo pagamento, che dovrà aver luogo al momento dell'effettivo realizzo. In tale logica, l'aver condizionato il differimento del pagamento dell'imposta alla prestazione di una garanzia, rappresentava una condizione ulteriore che operava come deterrente, disincentivando il contribuente a trasferire la propria residenza.

Il caso *N* ha, dunque, sostanzialmente rappresentato un ulteriore consolidamento della posizione già assunta dalla Corte di Giustizia in relazione all'istituto della exit tax. Ciò rilevato, ed alla luce delle considerazioni svolte dal Regno Unito, subito dopo la sentenza de *Lasteyrie du Saillant*, a proposito della compatibilità della propria disciplina interna con il diritto comunitario, deve escludersi che il governo britannico ritenga detta disciplina lesiva delle libertà fondamentali sancite dal Trattato CE, anche a seguito della sentenza *N*. E' evidente, tuttavia, che anche l'imposizione al rientro debba rispettare, per poter essere considerata compatibile con il diritto comunitario, quei principi l'applicazione dei quali garantisce la legittimità dell'istituto secondo quanto affermato dal Giudice comunitario. E così, non si può non tener conto, nell'analisi dell'imposta britannica al rientro, che nel caso *N*, la Corte di Giustizia ha ribadito come il pieno soddisfacimento del principio di proporzionalità implichi che al momento della riscossione dell'imposta, coincidente con l'effettivo realizzo, si debba tenere conto anche delle eventuali minusvalenze. L'Avvocato Generale Kokott, nelle sue Conclusioni al caso *N*, ha precisato che le libertà fondamentali devono "garantire che l'imposta effettivamente riscossa in caso di cessione successiva al trasferimento non sia maggiore dell'imposta che sarebbe stata riscossa in caso di cessione all'interno del Paese, a parità di ogni altra condizione."²⁶

Secondo Lang "la riduzione di valore delle partecipazioni societarie, verificatasi in un momento successivo al trasferimento, può essere utilizzata sia nello Stato di uscita che in quello di entrata"²⁷.

Il caso *N* potrebbe quindi e comunque avere un certo impatto sull'imposta britannica applicata alle persone fisiche, così come essa solleva ulteriori dubbi circa la compatibilità della exit tax applicata alle società che si trasferiscono in un altro Stato membro.

3. La tassazione in uscita nel Regno Unito, una questione di fiscalità societaria

Riguardo alle società, il Finance Act 1988, sezioni 105, 106 e 107²⁸ ha previsto un'imposta da applicarsi in caso di trasferimento. La relativa disciplina è stata più di recente incorporata nel TCGA 1992. Una exit tax è stata prevista per tutte le società al momento del trasferimento nel TCGA 1992, sezioni da 185 a 188²⁹. Essa riguarda le plusvalenze latenti³⁰.

La sezione 185 del TCGA, *Deemed disposal of assets on company ceasing to be resident in UK*, prevede un'imposta per le società che cessano di essere residenti nel Regno Unito ai fini fiscali. Tale imposta venne originariamente aggiunta con le sezioni 186, *Deemed disposal of assets on company ceasing to be liable to UK Taxation*, e 188, *Dual resident companies: deemed disposal of certain assets*.

Le sezioni 186 e 188 furono, comunque, entrambe abrogate dal Finance Act 1994, sicché la sezione 185 del TCGA rappresenta, oggi, il nucleo della disciplina britannica in materia di exit tax.

Ed infatti, ai sensi della norma in commento, viene introdotta una finzione giuridica di realizzo, come se i beni fossero stati venduti ed immediatamente riacquistati. L'imposta viene applicata sul valore di mercato dei beni al momento in cui la società cessa di essere residente.

Il TCGA 1992 garantisce il diritto di differire il pagamento o di evitarlo. Tali previsioni sono contenute nella sezione 187, *Posponement of charge on deemed disposal under sections 185*³¹.

Ai sensi della sez. 187, se una società, che cessa di essere residente nel Regno Unito è per il 75% controllata da un'altra società ("principal company"), che è residente nel Regno Unito e le due società optano per tale regime entro due anni, non è applicata alcuna imposta al momento del trasferimento.

Se la società che si è trasferita pone in essere atti di disposizione dei beni nei successivi sei anni, la società holding è obbligata al pagamento dell'imposta in misura proporzionale.

La holding sarà, invece, tenuta al pagamento dell'intera somma differita al verificarsi di una delle seguenti ipotesi:

- La sussidiaria cessa di essere controllata per il 75% a seguito della cessione, da parte della holding, di azioni ordinarie della stessa;
- Dopo che la sussidiaria cessa di essere controllata per il 75% (in ipotesi diverse da quella precedentemente menzionata) la società madre cede tali azioni;
- La società madre cessa di essere residente nel Regno Unito.

Non tutti i beni sono soggetti ad una exit tax. In modo particolare, se la società che si trasferisce all'estero continua ad operare nel Regno Unito attraverso una stabile organizzazione³², i beni ad essa afferenti non saranno soggetti a tale imposta (sezione 185 (4)).

La Commissione Europea, nella Comunicazione del 19 dicembre 2006, ha affermato, commentando il caso *de Lasteyrie du Saillant*, che " ... *omissis*... Se uno Stato membro autorizza il differimento fiscale per i trasferimenti di attivi tra le differenti sedi di una società stabilita in tale Stato membro, ogni tassazione immediata al momento del trasferimento degli attivi in un altro Stato membro può costituire una violazione delle libertà sancite dal Trattato CE"³³.

Con riguardo all'imposizione delle società, il problema delle exit taxes può essere evitato utilizzando la struttura della Società Europea³⁴, o attraverso la nuova disciplina del regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi³⁵.

3.1 Le modifiche alla Direttiva sulle fusioni

A seguito degli emendamenti apportati alla Direttiva sul regime fiscale delle fusioni, si possono cogliere numerose conseguenze rilevanti per il Fisco britannico in ordine alla tassazione in uscita. La Direttiva europea 1990/434/CEE³⁶ sul regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni concernenti società di Stati membri diversi, del 23.07.1990, entrata in vigore nel 1992, è stata modificata dalla Direttiva 2005/19/CE, approvata dal Consiglio Europeo dei Ministri delle Finanze nel febbraio 2005.

Nel Regno Unito l'Amministrazione finanziaria ha elaborato, nel novembre 2006 e nel marzo 2007, due "Note tecniche" contenenti la bozza del provvedimento che recepirà la nuova direttiva.

La prima Nota tecnica del 10 novembre 2006, delinea le norme destinate a recepire le modifiche alla Direttiva sulle fusioni nell'ambito della tassazione delle società e dei capital gains CTG. La bozza contempla quattro aree normative fondamentali riguardanti il contenuto degli emendamenti alla direttiva. La seconda Nota tecnica del 27 marzo 2007, delinea le disposizioni destinate a recepire il nuovo concetto di "entità trasparente" che non era stato considerato nella prima nota.

Le principali modifiche riguardano:

1- l'estensione della legislazione britannica sul regime fiscale delle fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e agli scambi di azioni, alle entità giuridiche di nuova creazione, quali la Società Cooperativa Europea (SCE).

Le Società Cooperative Europee, una volta registrate in uno Stato membro, possono operare all'interno dell'area economica europea. Sarà pertanto possibile per una società del Regno Unito operare quale Società Cooperativa Europea per trarre maggiori vantaggi dalle attività transfrontaliere. Da un punto di vista fiscale, le Società Cooperative Europee saranno soggette all'imposizione del Paese in cui sono registrate. Una Società Cooperativa Europea britannica sarà, pertanto, soggetta all'imposta societaria del Regno Unito e qualsiasi trasferimento di sede legale all'interno dell'Unione Europea sarà fiscalmente neutra.

2- gli emendamenti alla legge sull'imposta societaria che recepiscono le disposizioni della nuova direttiva sulle fusioni, riguardanti le "scissioni parziali" e le "fusioni", in attuazione della decima Direttiva Europea sulle società, la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, 2005/56/CE del 26 ottobre 2005, relativa alle fusioni transfrontaliere delle società di capitali.

La novellata Direttiva 1990/434/CEE prevede due tipi di differimento di imposta (più uno di carattere eccezionale). Qualsiasi imposta gravante sulle plusvalenze relative a conferimenti di beni riferiti ad una scissione parziale³⁷ o a una fusione, e qualsiasi altra imposta dovuta in relazione alla detenzione di azioni, sarà differita e le relative operazioni non saranno considerate trasferimenti rilevanti ai fini della imposta sui capital gains.

L'articolo 4 della direttiva prevede un differimento di imposta riferito alle plusvalenze risultanti dalla differenza tra il valore reale degli elementi patrimoniali conferiti e il loro valore fiscale, mentre l'art. 9 applica il meccanismo del differimento di imposta ai conferimenti di attivo.

Il Differimento di imposta: riferito ai beni patrimoniali e ai soci.

Con riferimento ai beni patrimoniali, la Direttiva 90/434/CEE prevede il differimento di imposta per le plusvalenze relative agli elementi patrimoniali conferiti nell'ambito di una delle operazioni contemplate dall'art. 2. Per quanto concerne il trattamento fiscale riservato agli azionisti, l'art. 8 prevede, invece, un differente tipo di differimento. La norma, infatti, riguarda qualsiasi imposizione sul reddito, sugli utili o sulle plusvalenze percepite dal socio in occasione di una fusione, di una scissione o di uno scambio di

azioni o titoli rappresentativi. In base alle norme tributarie del Regno Unito, il trasferimento di dette poste patrimoniali, o di tali azioni, implicherebbe normalmente l'applicazione dell'imposta sui capital gains in contrasto con le previsioni della Direttiva 90/434/CEE.

Trovano, inoltre, applicazione le disposizioni speciali che prevedono un differimento di imposta nel caso di conferimento di una stabile organizzazione, situata in uno Stato Membro, ad una società situata nello stesso o in un altro Stato Membro. Disposizioni particolari riguardano il conferimento di una attività o di una stabile organizzazione collocata in uno Stato membro diverso dallo Stato in cui la società conferente è residente. La Direttiva all'art. 10 contempla una disposizione specifica per i conferimenti di attività. Quando una società conferente svolge una attività per mezzo di una stabile organizzazione in un altro Stato membro e conferisce la suddetta attività ad una società collocata nello stesso Stato membro della stabile organizzazione, o in un altro, la regola del differimento di imposta non si applica alla società conferente. Tuttavia, la conferente può detrarre le imposte versate in occasione del conferimento dei beni, o che si sarebbero dovute pagare se la Direttiva non fosse stata applicata, nello Stato membro in cui la stabile organizzazione è collocata.

3 - il chiarimento sull'applicazione della Direttiva 90/434/CEE nell'ambito dei rapporti di finanziamento e sul regime fiscale dei contratti derivati.

Nella logica della Direttiva 90/434/CEE non era chiara, nell'ambito dei conferimenti di beni patrimoniali, la nozione di plusvalenza nel caso di apporti di elementi di attivo connessi ad un rapporto di finanziamento o ad un contratto derivato. L'Amministrazione finanziaria britannica ha ritenuto di estendere le disposizioni che recepiscono la direttiva agli apporti connessi a rapporti di finanziamento, applicando a tali regimi la disposizione di cui al Finance Act 2002, schedule 29 [38](#), che disciplina i contratti derivati.

4- la seconda Nota Tecnica del 27 marzo 2007 ha delineato le disposizioni che concernono la nozione di "entità trasparente", introdotta nella Direttiva 90/434/CEE. Nel Regno Unito sono considerate tali, ad esempio, le partnerships.

Di per sé la direttiva non interviene sulle "exit taxes" ma crea una condizione di transnazionalità che inevitabilmente deve essere valutata alla luce dello spirito di integrazione europea.

Il concetto di "exit tax" si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui c'è un Paese da cui si esce ed uno in cui si entra. Le modifiche alla Direttiva 90/434/CEE hanno, pertanto, creato una lacuna da colmare con gli strumenti normativi nazionali. Nel caso di una fusione o scissione parziale, in merito al previsto differimento di imposta, nell'ipotesi di conferimento di beni o nei confronti degli azionisti, per esempio, le disposizioni

fiscali britanniche appaiono contrarie al contenuto della direttiva. Nel primo caso, la norma comunitaria prevede il differimento della tassazione delle plusvalenze relative ai beni conferiti, mentre la legge fiscale britannica considera i conferimenti "disposizioni rilevanti" ai fini dell'imposta sui capital gains. Nel secondo caso, il differimento di imposta riferito a "qualsiasi imposizione sul reddito, sugli utili o sulle plusvalenze di detto socio", previsto dalla direttiva, viene normalmente considerata dal Fisco britannico come una "disposizione" soggetta all'imposta sui capital gains. E' stato, pertanto, proposto nel 2007 di modificare le disposizioni fiscali in commento, al fine di permettere il realizzo delle suddette operazioni conformemente al disposto della direttiva. Le motivazioni che giustificano le modifiche di cui sopra, non guardano all'imposizione fiscale come a un settore giuridico collocato al di fuori della portata dell'integrazione europea, ma si basano sulla consapevolezza della necessità di apportare degli emendamenti ai sistemi giuridici degli Stati membri attraverso una unificazione legislativa che non ammette difformità di applicazione.

4. "Exit tax" societaria nel Regno Unito: può essere considerata conforme ai principi espressi dalla Corte di Giustizia nelle sentenze de Lasteyrie du Saillant e N ?

Pressoché contemporaneamente alla Comunicazione della Commissione Europea³⁹, che ha ritenuto applicabili le sentenze de Lasteyrie du Saillant e N anche alle persone giuridiche, la European Scrutiny Committee della House of Commons ha riferito il parere del governo britannico in merito, precisando: "sebbene le sentenze de Lasteyrie e N riguardino le persone fisiche, esse possono essere applicate (ma potrebbero non esserlo a seguito di future decisioni della Corte di Giustizia Europea) anche alla tassazione in uscita delle società. Il governo ritiene che la disciplina fiscale britannica della tassazione in uscita delle società sia compatibile con il diritto comunitario⁴⁰".

La Commissione, ritenuta la questione di rilevanza politica, ha deciso di riferire la stessa alla European Standing Committee, ma, al momento della redazione del presente scritto, non risulta ancora avervi provveduto.

Invero, la possibilità di estendere i principi sanciti dalla Corte di Giustizia anche alle disposizioni di cui alla sez. 185 del TCGA 1992, che riguarda esclusivamente le società, non anche le persone fisiche, impone necessariamente delle differenziazioni, nonché considerazioni ulteriori, rispetto alle sentenze de Lasteyrie e N.

Nel caso *Daily Mail*⁴¹ la Corte di Giustizia ha escluso che l'art. 43 (il previgente art. 52) conferisca ad una società costituita in uno Stato membro il diritto di trasferire il proprio centro di direzione e controllo in un altro Stato membro se non alle condizioni poste dallo Stato di partenza⁴².

La legislazione britannica, vigente all'epoca del caso Daily Mail, prevedeva che le società potessero lasciare il Regno Unito, così modificando la propria residenza fiscale, solo dopo aver ottenuto un'autorizzazione in tal senso da parte del Ministero del Tesoro.

La società Daily Mail intendeva trasferire il proprio centro di direzione e controllo in Olanda, ma il Governo britannico non diede il proprio assenso.

Detto ostacolo di natura amministrativa è oggi stato abolito, ma probabilmente la exit tax rappresenta un ostacolo di natura fiscale non meno efficace ⁴³.

La Corte di Giustizia nel caso Daily Mail ritenne che la disciplina di cui al Capital Gain Tax Act 1979, poi modificato con il Finance Act 1988, non creasse alcun ostacolo al trasferimento delle società in un altro Stato. In altre parole, nel caso Daily Mail, la exit tax britannica non fu considerata contraria al diritto comunitario.

Nel Regno Unito parte della dottrina ritiene che il caso Daily Mail, oggi, alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso de Lasteyrie e ribadito nella sentenza N, si concluderebbe in maniera diversa, dovendosi equiparare, quanto all'esercizio della libertà di stabilimento riconosciuta dal Trattato CE, la persone fisiche alle persone giuridiche.

Del resto, come già precisato più sopra, questa è la posizione della Commissione Europea.

Nel caso Marks & Spencer⁴⁴ la Corte di Giustizia Europea si è pronunciata nel senso della violazione del principio comunitario che sancisce la libertà di stabilimento⁴⁵.

La Marks & Spencer, società costituita e registrata in Inghilterra e in Galles, controllava talune società aventi sede nel Regno Unito e in altri Stati membri. La società aveva presentato all'Amministrazione finanziaria britannica istanza per la compensazione delle perdite subite dalle sue controllate in Belgio, Germania e Francia. Secondo la normativa fiscale britannica vigente all'epoca, le società ivi residenti, appartenenti ad un medesimo gruppo societario, potevano compensare tra di loro gli utili con le perdite; la compensazione non era ammessa qualora le perdite fossero state maturate da società che non avevano una stabile organizzazione nel Regno Unito e non vi svolgevano alcuna attività. La Corte di Giustizia ha ritenuto che la disciplina fiscale del Regno Unito comportasse una restrizione della libertà di stabilimento. In effetti, le norme britanniche prevedevano l'applicazione di regimi diversificati a seconda che le perdite fossero state subite da una controllata residente nel territorio del Regno Unito o meno. Esse, pertanto, disincentivavano la costituzione di società controllate in altri Stati membri. Attualmente, il Regno Unito riconosce che "il caso Marks and Spencer chiarisce i principi guida per il trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere all'interno dell'Unione Europea ⁴⁶".

In ogni caso, nella valutazione della compatibilità con il diritto comunitario della exit tax applicata alle società, non si può prescindere da quanto affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Daily Mail. E tuttavia, se si aderisce ad una interpretazione dell'art. 48 (il previgente art. 58) tale per cui le società devono essere equiparate alle persone fisiche, nel senso che analogo è il riconoscimento in ordine all'esercizio della libertà di stabilimento, le sentenze de Lasteyrie e N risultano, inevitabilmente, avere un'incidenza maggiore di quanto non ci si potesse aspettare.

Difatti, l'art. 48 del Trattato CE, fa riferimento alla nozione di "persone giuridiche", equiparandole, anche ai fini del riconoscimento della libertà di stabilimento, alle "persone fisiche".

Non sorprende, quindi, che anche la Corte di Giustizia si stia orientando verso tale conclusione. [47](#)

Come sottolineato da Craig e De Burca, in *Commission v France*[48](#) il luogo del cd. "registered office" è stato equiparato al luogo di residenza di una persona fisica[49](#). E nel caso *Überseering*[50](#) la Corte ha considerato alla stregua di persone fisiche le persone giuridiche che si trasferiscono in un altro Stato membro.

Ne consegue la possibilità di riconsiderare la tassazione societaria alla luce di quanto stabilito nelle sentenze *de Lasteyrie e N*, e conformemente a quanto sostenuto dalla Commissione Europea nella Comunicazione del 19 dicembre 2006, in cui si afferma che "l'interpretazione della libertà di stabilimento fornita dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee nella causa *de Lasteyrie* per quanto concerne le norme di imposizione all'uscita applicabili alle persone fisiche [ha] anche implicazioni dirette sulle norme in materia di tassazione in uscita che gli Stati membri applicano alle società" [51](#).

Va ulteriormente ricordato che il Regno Unito "è dell'avviso che la propria disciplina della tassazione in uscita sia compatibile con il diritto comunitario" [52](#).

5. La disciplina britannica in materia di *exit tax* può dirsi conforme al diritto comunitario?

In considerazione del fatto che la Corte di Giustizia nella sentenza *de Lasteyrie*[53](#) ipotizza, considerandola compatibile con il diritto comunitario, la possibilità di una tassazione al rientro simile a quella applicata nel Regno Unito, non sembrerebbero porsi problemi di compatibilità in ordine all'imposta britannica sui capital gains applicata nei confronti delle persone fisiche.

Come già più sopra precisato, l'imposta si applica solo in caso di effettivo realizzo e quando il rientro del contribuente si sia verificato entro cinque anni dal trasferimento, ciò che dovrebbe confermare l'originario intento elusivo del soggetto passivo.

Ci si potrebbe interrogare, come del resto il Parlamento britannico ha fatto nel corso del dibattito parlamentare che ha preceduto l'approvazione del Finance (No 2) Act 2005, circa la possibilità di considerare i cinque anni previsti dalla normativa come un termine "relativamente breve", in ossequio a quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia nel caso *de Lasteyrie*.

Inoltre, ci si potrebbe chiedere se la disciplina in commento garantisca l'effettivo rispetto del principio di proporzionalità, che, come espressamente ribadito dalla Corte

nel caso N⁵⁴, implica la necessità di tener conto, nell'applicazione dell'imposta, delle eventuali minusvalenze.

Ma, evidentemente, il problema della compatibilità con il diritto comunitario si pone essenzialmente in ordine alla vera e propria exit tax cui sono assoggettate le società britanniche al momento del trasferimento.

Ci si trova di fronte ad una fattispecie che riconnette la tassazione al mero trasferimento transfrontaliero della sede societaria, laddove lo spostamento della stessa all'interno del territorio nazionale non comporterebbe alcuna tassazione. Orbene, nell'ottica della Corte di Giustizia si configura un'ipotesi lesiva della libertà di stabilimento.

E tuttavia, la disciplina britannica può dirsi finalizzata alla lotta all'elusione fiscale.

Nel caso de Lasteyrie la Corte ha affermato che è onere dell'Amministrazione Finanziaria provare l'intento evasivo o elusivo del contribuente. In caso contrario, come sottolineato anche da Hoo, Wittmann e Spaans, si avrebbe una violazione del principio di proporzionalità in quanto si introdurrebbe una presunzione di elusione fiscale connessa al mero trasferimento del contribuente a prescindere dalle effettive motivazioni" ("presumption of tax evasion attached to any transfer of tax resident whatever its cause"⁵⁵).

Che la sez. 185 del TCGA 1992 sia, almeno parzialmente, intesa a valere quale strumento di controllo dell'elusione fiscale si deduce dalla stessa finzione giuridica di una società che vende l'intero patrimonio e immediatamente lo riacquista.

Tuttavia, è evidente come si tratti di una previsione che subordina l'applicazione dell'imposta al mero trasferimento della residenza fiscale, così introducendo una presunzione generale di elusione, lesiva del principio di proporzionalità.

La legislazione britannica, in buona sostanza, sembra contraria al diritto comunitario proprio perché, nonostante sia finalizzata a prevenire l'elusione fiscale, ha una portata ampia a tal punto da colpire ogni trasferimento, a prescindere da un effettivo intento elusivo.

Peraltro, nel caso Lankhorst ⁵⁶ è stato specificamente affermato che il solo argomento dell'evasione fiscale non può valere a giustificare la legittimità di una disciplina discriminatoria.

La normativa britannica avente ad oggetto la tassazione dei capital gains, allorché una società si trasferisce all'estero e cessa di essere residente nel Regno Unito, potrebbe, altresì, trovare giustificazione alla luce del principio di coerenza. Sotto tale profilo assume rilievo il fatto che detta disciplina, garantendo il cd. "right of postponement", limitato alle società controllate per il 75% da una holding residente nel Regno Unito, consente, appunto, di differire il pagamento dell'imposta.

Tuttavia, come affermato da Lyons, "Fiscal coherence (?) does not permit the maintenance of a fiscal obstacle to freedom of establishment"⁵⁷.

Ed in ogni caso non può sfuggire che, per quanto la disciplina in commento consenta il differimento del pagamento, in realtà lo subordina a ben specifiche condizioni.

La Commissione nella Comunicazione del 19 dicembre 2006 ha posto in correlazione questi diversi aspetti, affermando "che una riscossione immediata dell'imposta potrebbe essere giustificata in talune circostanze per ragioni di interesse generale, in particolare l'esigenza di garantire l'efficacia del controllo fiscale e di prevenire l'evasione fiscale [58](#)".

In merito, il Regno Unito ha osservato come la "Commissione abbia prestato poca attenzione ai predetti rischi di riduzione delle entrate e di elusione fiscale nei quali gli Stati Membri possono incorrere" [59](#)

Inoltre, in reazione alla politica fiscale europea, di cui la comunicazione resa dalla Commissione lo scorso 19 dicembre é un'espressione, il Regno Unito, pur ritenendo importanti gli effetti che la tassazione transfrontaliera comporta, ribadisce che "le questioni fiscali, come quelle discusse nel presente documento, rappresentano delle aree di competenza nazionale [60](#)".

La fiscalità rimane effettivamente un settore delicato. Il Regno Unito, in quanto Stato Membro dell'Unione Europea, ritiene che la soluzione al problema consista nella "combinazione tra una robusta difesa del diritto degli Stati Membri di determinare il proprio regime di fiscalità diretta, all'interno dell'Unione Europea e al di fuori della stessa, sorretta dall'approvazione delle autorità fiscali nazionali, e l'operare congiunto con gli altri Stati finalizzato ad assicurare che i regimi di tassazione diretta operino adeguatamente." [61](#)