

Exit tax: territorialità e mobilità societaria**Carla De Pietro¹****1. L'Exit tax ed il mercato unico: il tentativo della Corte di conciliare un'antitesi**

Se la prima fase evolutiva della giurisprudenza della Corte di Giustizia è stata necessariamente volta, con riferimento all'imposizione diretta, a definire le condizioni di accesso al mercato (cd. "market access"), quella attuale risulta prevalentemente e conseguentemente focalizzata sui criteri che consentono di garantire l'eguaglianza all'interno dello stesso (cd "market equality"), con l'obiettivo preliminare di definire ciò che rimane di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro e ciò che, invece, può dar luogo ad ipotesi discriminatorie o di restrizione, censurabili alla luce del diritto comunitario.

I casi sottoposti alla Corte di Giustizia mettono in luce una sempre più stridente tensione tra il concetto di mercato unico, all'interno del quale l'allocatione del potere impositivo dovrebbe rimanere neutrale, e l'esistenza di 27 giurisdizioni nazionali. Da qui il più recente sviluppo della giurisprudenza della Corte di Giustizia tesa, in maniera prevalente, a ricostruire le cause di giustificazione, nella sua *rule of reason*, in termini di "equilibrata ripartizione del potere impositivo" tra lo Stato *a quo* e quello di destinazione, non solo sotto un profilo oggettivo ma anche soggettivo, rivelandosi l'abuso del diritto quale volontaria disgregazione della territorialità e della coerenza.

A tal fine la Corte fa riferimento ai criteri di ripartizione del potere impositivo tra gli Stati così come delineati internazionalmente attraverso il modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni. E parrebbe, in tal senso, considerare prevalente il criterio della fonte del reddito su

¹ Dottoranda in Diritto Tributario Europeo presso l'Università di Bologna ed in Diritto Tributario presso l'Università di Tilburg.

quello della residenza, come sembrerebbe potersi evincere, in modo particolare, dalle decisioni che hanno interessato i flussi intracomunitari di redditi da capitale. Se, infatti, la Corte, da una parte, ha obbligato lo Stato di residenza del contribuente ad estendere il criterio del credito d'imposta o dell'esenzione, ovvero un regime di tassazione più favorevole previsto per i soggetti residenti, ai soggetti non residenti², nell'ipotesi inversa, e specificamente nel caso *Class Act IV*, la Corte non ha ritenuto lo Stato della fonte obbligato a riconoscere il credito d'imposta anche ai soggetti non residenti, perché ciò avrebbe implicato la rinuncia da parte del suddetto Stato "al suo diritto di assoggettare ad imposta un reddito generato da un'attività economica esercitata nel suo territorio."³

Sebbene una scelta nel senso della prevalenza del criterio della fonte su quello della residenza non trovi fondamento nella legislazione comunitaria e, quindi, se ne potrebbe mettere in dubbio la fondatezza quale presupposto nella valorizzazione di una causa di giustificazione fondata sulla territorialità, la scelta della Corte risulta comprensibile nella misura in cui, in mancanza di armonizzazione, una scelta s'impone. Ed in questo senso è emblematico il caso dell'exit tax, quale ipotesi in cui la Corte va alla ricerca di un modello, inevitabilmente frutto di un compromesso, tra la necessità di salvaguardare la potestà impositiva dello Stato d'origine e la necessità di garantire le libertà fondamentali previste dal Trattato⁴.

La restrizione derivante dall'esercizio del potere impositivo in ragione del solo trasferimento di residenza fiscale può essere giustificata esclusivamente dalla necessità di salvaguardare il diritto dello Stato alla tassazione di redditi prodotti all'interno del suo territorio. Ciò tanto in un'ottica antielusiva, come nel caso de *Lasteyrie du Saillant*, quanto in

2 Corte Giust., sentenza 04 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione / Francia, Racc. 2004, pag. I-2229; Corte Giust., sentenza 07 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, Racc. 2004, pag. I-7477; Corte Giust., sentenza 15 luglio 2004, causa C-315/02, Lenz, Racc. 2004, pag. I-7063; Corte Giust., sentenza 06 giugno 2000, causa C-35/98, Verkooijen, Racc. 2000, pag. I-4071.

3 Corte Giust., sentenza 12 dicembre 2006, causa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Racc. 2006, pag. I-11673, punto 59. Si veda, al riguardo, TERRA - WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, 2008, pag. 719.

4 Trattato CE.

un'ottica di sistema, come nel successivo caso N.

2. Elusione e proporzionalità: il primo tentativo di ricostruzione di un modello nel caso de Lasteyrie du Saillant

Nel caso de Lasteyrie du Saillant⁵ la Corte di Giustizia ha affermato la contrarietà alla libertà di stabilimento della disciplina francese di cui all'art. 167 *bis* del Code Général des Impôts, ormai abrogato, che prevedeva l'imposizione delle plusvalenze maturate su partecipazioni societarie rilevanti e non ancora realizzate al momento del trasferimento del domicilio fiscale di un contribuente al di fuori della Francia.

Il pagamento di detta imposta poteva essere differito fino al momento in cui si fossero effettuati la trasmissione, il riscatto, il rimborso o l'annullamento dei diritti societari in oggetto.

Il rinvio del pagamento era subordinato alla condizione che il contribuente, dichiarato l'ammontare della plusvalenza maturata e la propria volontà di usufruire di tale beneficio, nominasse un rappresentante stabilito in Francia e costituisse, prima del suo trasferimento all'estero, garanzie idonee ad assicurare la riscossione del credito da parte del Fisco.

La Corte ha fondato la propria decisione, anzitutto, sull'argomentazione secondo cui l'applicazione di un'imposta, normalmente dovuta nella sola ipotesi di effettivo realizzo, è restrittiva della libertà di stabilimento, se ha luogo sul mero presupposto del trasferimento di residenza fiscale del contribuente, proprio per l'effetto dissuasivo che essa provoca nei confronti di chi intenda trasferirsi. L'effetto restrittivo deriva, quindi, dalla posizione di svantaggio in cui viene a trovarsi il contribuente che trasferisce la propria residenza fiscale rispetto a chi, invece, continua a risiedere all'interno del territorio francese.

⁵ Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Racc. 2004, pag. I-2409.

La restrizione, pertanto, non é determinata dalla tassazione in sé, ma dalla individuazione, quale suo unico presupposto, dell'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato CE.

La Corte, difatti, ha ammesso la legittimità della pretesa impositiva dello Stato d'origine sui capital gains maturati durante il periodo di residenza in Francia, riconoscendo una legittima causa di giustificazione nello scopo antielusivo della disciplina oggetto di causa. E' solo sotto il profilo della proporzionalità che i giudici del Lussemburgo hanno ritenuto essere l'exit tax francese contraria al diritto comunitario. L'art. 167 *bis*, introducendo una presunzione generale di elusione o frode fiscale, non mirava a colpire in maniera specifica situazioni che apparissero volte ad aggirare il sistema fiscale francese, ma riguardava in maniera generica ed indiscriminata ogni ipotesi di trasferimento del domicilio fiscale di un contribuente detentore di partecipazioni societarie.

La Corte ha –peraltro- escluso che l'art. 167 bis del CGI avesse a proprio fondamento l'esigenza di preservare la coerenza del sistema fiscale francese poiché esso non era strutturato in modo da assicurare, in ogni caso, l'imposizione delle plusvalenze maturate in Francia durante il periodo di residenza fiscale. Il sistema oggetto di causa, garantiva, infatti, uno sgravio dell'imposta, in caso di effettivo realizzo all'estero ed, in ogni caso, la rinuncia alla tassazione in caso di mancato realizzo nei cinque anni successivi al trasferimento.

Infine, la Corte ha escluso che la disciplina francese potesse essere giustificata dalla necessità di garantire la ripartizione del potere impositivo tra lo Stato di partenza e quello di destinazione. In questo caso i giudici del Lussemburgo si sono limitati ad affermare, in maniera non certo esplicativa, che la controversia non si riferiva alla ripartizione del potere di imposizione tra gli Stati membri, né al diritto delle autorità francesi di tassare plusvalenze latenti nel tentativo di reagire a trasferimenti di domicilio artificiali, bensì al problema se le misure

adottate a tal fine fossero conformi alle esigenze della libertà di stabilimento.

Si tratta, a ben vedere, di un'affermazione piuttosto apodittica e, come si vedrà nel prosieguo, apertamente in contrasto con quanto la stessa Corte ha affermato poco dopo nel caso N, in cui un regime d'imposizione all'uscita, sostanzialmente analogo a quello francese, ha trovato giustificazione in termini di sistematicità.

L'incongruenza appare, poi, ancora più evidente laddove si consideri che, se l'exit tax francese viene giustificata in termini antielusivi, sbaglia la Corte nel ritenere, come in ultima istanza ha fatto nel caso de Lasteyrie du Saillant⁶, che il rispetto del principio di proporzionalità possa essere coerentemente garantito dal differimento del pagamento senza la prestazione di garanzie.

La proporzionalità rispetto ad una giustificazione in termini antielusivi non può che essere rintracciata nella possibilità della prova contraria per il contribuente o, comunque, nell'applicazione dell'imposta solo al momento in cui l'artificio sia stato accertato.

Neppure può essere considerata idonea sotto il profilo della proporzionalità e sempre in relazione ad una giustificazione in termini antielusi, la soluzione, solo esemplificativamente menzionata dalla Corte, consistente nell'applicazione dell'imposta al rientro del contribuente dopo un breve periodo di tempo. Anche in questo caso verrebbe introdotta una presunzione che, di per sé, non consentirebbe al contribuente di provare l'assenza di mala fede.

⁶ Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, cit.

3. Il caso N: l'exit tax quale misura idonea a garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo

Nel caso N⁷, di poco successivo a quello de Lasteyrie du Saillant, viene sottoposta al giudizio della Corte di Giustizia la disciplina olandese dell'exit tax, sostanzialmente analoga a quella francese, applicata sulle plusvalenze maturate da partecipazioni rilevanti⁸.

Svolgendo argomentazioni che ricalcano *in toto* quanto sostenuto dalla stessa Corte di Giustizia nel precedente de Lasteyrie du Saillant⁹, i giudici del Lussemburgo ritengono che la disciplina sottoposta al loro esame attui un'indebita restrizione della libertà di stabilimento. Sebbene, di fatto, al contribuente non venga preclusa la possibilità di trasferire la propria residenza fiscale, la previsione della tassazione, subordinata al mero trasferimento, quale fittizia fattispecie realizzativa, ha un effetto dissuasivo per il contribuente che intenda trasferirsi. Egli viene a trovarsi in una posizione di svantaggio rispetto a chi, non modificando la propria residenza fiscale, viene assoggettato a tassazione solo al momento dell'effettivo realizzo. Dal mero effetto dissuasivo, la Corte fa nuovamente derivare una restrizione della libertà di stabilimento, aggravata, analogamente al caso de Lasteyrie, dalla previsione che subordina il differimento della tassazione alla prestazione di idonee garanzie.

Tale restrizione viene – tuttavia – giustificata dalla Corte, che riconosce l'idoneità della disciplina olandese a garantire la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, sulla base del principio di territorialità, secondo un criterio fortemente valorizzato nelle più recenti sentenze della Corte di Giustizia, sì da assurgere a ragione imperativa di interesse

7 Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, Racc. 2006, pag. I-7409.

8 Occorre precisare che, subito dopo l'emanazione della sentenza de Lasteyrie du Saillant, i Paesi Bassi hanno modificato la disciplina dell'exit tax applicata al trasferimento di persone fisiche titolari di partecipazioni rilevanti. In modo particolare, è stato abolito l'obbligo di prestare adeguate garanzie per ottenere il differimento dell'imposizione, divenuto automatico, quando il trasferimento abbia luogo in uno Stato membro. La causa N si riferisce, tuttavia, al regime previgente. Per maggiori dettagli, si veda, S. Boers, *L'impatto del diritto comunitario sulla normativa olandese in materia di exit tax*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, "ste.sest.org"

9 Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, cit.

generale.¹⁰ Nel caso N¹¹ la Corte sottolinea che, in mancanza degli accordi multilaterali, di cui all'art. 293 CE, volti a prevenire la doppia imposizione, non è irragionevole che gli Stati membri adottino misure improntate al Modello OCSE.

Viene al riguardo in considerazione l'art. 13(5) del Modello di Convenzione, che riconosce il diritto di tassare i redditi derivanti dalla cessione di beni patrimoniali, diversi da quelli menzionati nei commi precedenti della medesima norma, allo Stato di residenza del cedente.

La Corte, poi, ribadendo quanto affermato dall'Avvocato Generale Kokott¹², sottolinea come il principio di territorialità, in base alla legislazione olandese, venga applicato in combinazione con un elemento temporale che consente di applicare l'imposta sulle plusvalenze maturate esclusivamente durante il periodo di residenza fiscale nei Paesi Bassi.

Per di più, il sistema olandese, attraverso il cd. step up, che implica il riconoscimento del valore di mercato delle partecipazioni in caso di trasferimento nei Paesi Bassi, non solo evita la doppia imposizione, ma, soprattutto, garantisce la sola tassazione dei plusvalori ivi maturati.

Invero, la Corte nel caso in commento, ed in generale nella sua più recente giurisprudenza, applica il principio di territorialità, in maniera poco chiara, sia in connessione con il criterio della coerenza che con quello della ripartizione del potere impositivo, al punto che i tre concetti, utilizzati nella ricostruzione di un'unica causa di giustificazione, sono divenuti difficilmente distinguibili.

La ricostruzione che appare più plausibile, anche alla luce dei precedenti della stessa Corte di Giustizia, è quella secondo cui la territorialità, intesa, nella sua formulazione originaria, quale criterio che consente di sottrarre i redditi alla fonte al potere impositivo, fondato sull'utile mondiale, dello

10 Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. 2005, pag. I-10837; Corte Giust., sentenza 18 luglio 2007, causa C-231/05, Oy AA, Racc. 2007, pag. I-6373.

11 Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, cit.

12 Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 30 marzo 2006, causa C-470/04, N, paragrafi 96 e 97.

Stato di residenza, diviene corollario di una "equilibrata"¹³ ripartizione del potere impositivo, di cui la coerenza rappresenta il presupposto, potremmo dire, nazionale. Nel caso N, più che in quello francese, viene, dunque, valorizzata dalla Corte la necessità di tutelare la potestà impositiva dello Stato d'origine come Stato in cui il reddito è prodotto.

E' sotto il profilo della proporzionalità che i Giudici del Lussemburgo ritengono la disciplina olandese contraria ai dettami dell'art. 43 CE. Non rileva, sotto tale profilo, l'obbligo di compilare una dichiarazione al momento del trasferimento. Sebbene tale obbligo, come sottolineato dalla Corte nella stessa sentenza in commento, incida sull'effetto restrittivo riconducibile all'exit tax olandese, esso, comunque, non lede il principio di proporzionalità. Anzi, potrebbe essere più gravoso per il contribuente provvedervi in un momento successivo.

Il principio di proporzionalità risulta, invece, leso, analogamente a quanto sostenuto nel caso de Lasteyrie du Saillant, dall'obbligo di prestare idonee garanzie per ottenere la sospensione del pagamento fino all'effettivo realizzo.

Ed infatti, nell'ottica della Corte di Giustizia, una previsione che contempli una exit tax al momento del trasferimento della residenza fiscale, dovrà, in ossequio al principio di proporzionalità, garantire automaticamente la sospensione del pagamento fino al momento dell'effettivo realizzo.

E' vero che la previsione di garanzie ha lo scopo di agevolare la riscossione dell'imposta da parte dello Stato d'origine. Ma, innegabilmente, esistono misure meno restrittive, garantite dalle direttive sullo scambio di informazioni¹⁴ e sull'assistenza reciproca tra gli Stati membri per il recupero dei crediti relativi a talune imposte, tra cui quelle

13 L'aggettivo non viene espressamente utilizzato nella sentenza in commento, ma è quello che più frequentemente ricorre, in riferimento alla ripartizione del potere impositivo, nelle decisioni della Corte. Si veda, ad esempio, Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, cit.; Corte Giust., sentenza 29 marzo 2007, causa C-347/04, Rewe Zentralfinanz, Racc. 2007, pag. I-2647; Corte Giust., sentenza 18 luglio 2007, causa C-231/05, Oy AA, cit.

14 Direttiva 77/799/CEE, modificata dalla Direttiva 2004/106/CE.

sul reddito e sul capitale ¹⁵.

Infine, perché il principio di proporzionalità sia pienamente rispettato, nell'ottica della Corte, é, altresì, necessario prevedere la possibilità di tener conto delle eventuali minusvalenze maturate al momento dell'effettivo realizzo.

Ma ecco un'ulteriore discrepanza nella ricostruzione di un'equilibrata ripartizione del potere impositivo. Non può, infatti, non rimarcarsi che, se il principio di territorialità, su cui si fonda l'art. 13(5) del Modello OCSE, legittima lo Stato di residenza al cd. *preserving assessment*, consentendo il differimento dell'imposizione fino al momento dell'effettivo realizzo, non ammette, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte nel caso N, che lo Stato di previa residenza tenga conto, al momento della riscossione dell'imposta, delle minusvalenze maturate successivamente al trasferimento, e che divengono di competenza dello Stato di nuova residenza.

4. L'exit tax al trasferimento delle persone giuridiche: una questione di libertà di stabilimento primario

I casi de Lasteyrie du Saillant e N hanno riguardato l'applicazione di una exit tax al trasferimento di persone fisiche titolari di partecipazioni rilevanti. I principi espressi dal giudice comunitario hanno valenza generale, che non ne pregiudica, certo, l'applicazione anche nei confronti delle persone giuridiche¹⁶. Il problema che, fondamentalmente, si pone rispetto ad esse riguarda la stessa possibilità di applicare i principi di cui agli artt. 43 e 48 CE, nei confronti dello Stato d'origine, anche in caso di stabilimento primario, prevedendo, così, l'obbligo di garantire il trasferimento di sede senza soluzione di continuità.

¹⁵ Direttiva 76/308/CEE, modificata dalla Direttiva 2001/44/CE.

¹⁶ GREGGI M., *Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE: per un nuovo Nomos europeo*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, "ste.sest.org"; TERRA- WATTEL, *European Tax Law*, Kluwer, 2008, pag. 788.

Un forte ostacolo in tal senso é rappresentato da due decisioni della Corte di Giustizia, la sentenza *Daily Mail*¹⁷ e, la più recente, *Cartesio*.

Una società costituita in Gran Bretagna, la *Daily Mail General Trust plc*, proprietaria dell'omonima rivista, intendeva trasferire la propria sede di direzione centrale in Olanda. L'intento di *Daily Mail* era dichiaratamente quello di trasferire la propria residenza fiscale così da procedere alla vendita di una cospicua quota dei propri valori mobiliari e riscattare parte delle proprie azioni, evitando l'imposizione sui capital gains prevista in Gran Bretagna¹⁸. Tuttavia, la legislazione allora vigente nel Regno Unito subordinava il trasferimento delle società al consenso del Ministero del Tesoro, che, nel caso di specie, era stato negato in mancanza del pagamento dell'imposta sui capital gains. Da qui le questioni pregiudiziali sollevate dalla società, che si é rivolta alla Corte di Giustizia, chiedendo di stabilire se la relativa disciplina britannica opponesse degli ostacoli all'esercizio della libertà di stabilimento.

La Corte si é, in realtà, astenuta dal dare una risposta alle questioni pregiudiziali sottopostele, per affrontare la questione esclusivamente sotto il profilo commerciale e specificamente della discrezionalità di ciascuno Stato membro nella scelta del criterio di collegamento, sebbene, nel caso di specie non vi fossero ostacoli al trasferimento sotto il profilo di diritto commerciale, poiché entrambi gli Stati coinvolti applicavano (e continuano ad applicare) il principio della costituzione, consentendo la continuità, sotto il profilo giuridico, dell'esistenza della società ed escludendo, quindi, l'obbligo di liquidazione o di ricostituzione.

Daily Mail, secondo la legislazione di entrambi gli Stati coinvolti, avrebbe, dunque, potuto continuare ad avere personalità giuridica e nazionalità britanniche, pur trasferendo la propria sede di direzione centrale nei Paesi

17 Corte Giust., sentenza 27 settembre 1988, *The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*, causa C-81/87, Racc. 1988, pag. 5483.

18 In Olanda, al momento del trasferimento si ha una rivalutazione dei beni societari (cd. step up) con conseguente iscrizione in bilancio al valore di mercato.

Bassi.

Le argomentazioni della Corte di Giustizia hanno tratto origine dall'affermazione per cui la libertà di stabilimento costituisce uno dei principi fondamentali della Comunità e le norme del Trattato che la sanciscono hanno efficacia diretta dalla scadenza del periodo transitorio. Dette norme garantiscono il diritto di stabilirsi in altro Stato membro non solo ai cittadini comunitari, ma anche alle società, in forza dell'equiparazione di cui all'art. 58 (ora 48) del Trattato¹⁹.

Con una formula spesso utilizzata, anche attualmente, dall'organo di giustizia comunitario, è stato affermato che «Sebbene queste norme [gli artt. 52 e 58 del Trattato CE, ora 43 e 48], così come formulate, mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo le propria legislazione e corrispondente alla definizione dell'art. 58. »²⁰

Tali affermazioni contengono il pieno riconoscimento dell'applicabilità, quantomeno in linea di principio, dell'art. 43 nei confronti delle persone giuridiche, anche in ipotesi di stabilimento primario. Ed infatti la Corte, richiamando quanto affermato dalla Commissione nello stesso procedimento Daily Mail, ha sottolineato che «...*omissis*... i diritti garantiti dagli artt. 52 [ora 43] e seguenti sarebbero vanificati se lo Stato d'origine potesse vietare alle imprese di migrare per stabilirsi in un altro Stato membro »²¹.

Al contempo – però – ed in maniera contraddittoria, la Corte ha sottolineato che l'esistenza ed il funzionamento delle società, al contrario

19 Trattato CE.

20 Corte Giust., sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, cit., punto 16.

21 Corte Giust., sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, cit., punto 16.

delle persone fisiche, dipende esclusivamente dalla legge applicata nello Stato di costituzione. Ha evidenziato, quindi, le notevoli differenze che le legislazioni nazionali presentavano sia quanto ai criteri di collegamento che alla possibilità di trasferimento delle società.

Alla luce di tali differenze, l'art. 220 del Trattato (ora 293)²² ha previsto che gli Stati membri procedano alla conclusione di Convenzioni, in particolare per garantire che le società possano trasferirsi, pur mantenendo la propria personalità giuridica.

Sulla base di tale considerazione, la Corte di Giustizia é giunta a negare che nel caso Daily Mail potesse trovare applicazione il principio della libertà di stabilimento primario, dovendo gli Stati promuovere l'adozione di una legislazione fondata sul mutuo riconoscimento. La Corte, quindi, ha concluso sul punto, affermando che l'allora stato del diritto comunitario non consentiva di interpretare gli articoli 52 e 58 (ora 43 e 48) del Trattato nel senso che essi garantissero alle società il diritto di trasferire la sede di direzione in un altro Paese, conservando la nazionalità originariamente acquisita. Ciò che in realtà, e come già precisato, sarebbe stato possibile nel caso di specie, data l'applicazione del principio della costituzione tanto da parte del Regno Unito quanto da parte dell'Olanda.

Nella recente sentenza Cartesio²³ il giudice comunitario ha pedissequamente riprodotto quanto dallo stesso affermato più di venti anni prima nella sentenza Daily Mail and General Trust²⁴, ritenendo che il contesto giuridico dell'Unione Europea sia rimasto del tutto immutato.

La sentenza in commento prende in considerazione l'ipotesi in cui una società, costituita in uno Stato membro, intenda trasferire la propria sede di direzione in uno Stato diverso, pur rimanendo soggetta alla legge del primo e, quindi, conservandone la nazionalità. Ancora una volta, dunque,

²² Trattato CE.

²³ Corte Giust., sentenza 16 dicembre 2008, C-210/06, Cartesio.

²⁴ Corte Giust., sentenza 27 settembre 1988, The Queen / Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC, causa C-81/87, cit.

la Corte affronta la questione relativa alla stessa applicabilità della libertà di stabilimento, sancita dagli artt. 43 e 48 del Trattato CE, nei confronti dello Stato *a quo*, verificando i limiti a questo opponibili nel garantire il trasferimento della società senza il venir meno della stessa.

Il caso in commento riguarda una società in accomandita semplice, Cartesio, iscritta nel registro delle imprese ungherese. Essa ha trasferito la propria sede di direzione in Italia, pur intendendo mantenere il proprio *status* di società ungherese (rimanendo soggetta alla relativa disciplina civilistica).

L'Ungheria adotta, quale criterio di collegamento, quello della sede reale e non quello della costituzione. Una società non può continuare ad esistere come società di diritto ungherese, trasferendo la sede di direzione all'estero. In tal caso sarà necessaria la liquidazione e l'eventuale successiva ricostituzione nello Stato *ad quem*.

Alla luce delle norme di diritto internazionale privato vigenti in Ungheria, il competente tribunale ha negato alla Cartesio la possibilità di apportare nel registro delle imprese la modifica circa l'ubicazione in Italia della sede di direzione. La società ha, quindi, proposto appello, contestualmente al quale ha sostenuto la contrarietà della legislazione ungherese al diritto comunitario ed, in particolare, agli articoli 43 e 48 del Trattato CE, che garantiscono la libertà di stabilimento, sancendo, quanto al suo esercizio, la piena equiparazione tra persone fisiche e persone giuridiche.

La Corte di Giustizia ha ribadito quanto già sostenuto nel caso Daily Mail, affermando che, in mancanza di armonizzazione comunitaria circa i criteri di collegamento e considerando che l'art. 48 CE individua tre criteri paritari – "sede sociale, amministrazione centrale, centro di attività principale"²⁵ - spetta a ciascuno Stato Membro individuare il criterio di collegamento da adottare, senza alcuna possibilità per la Corte di sindacare tale scelta, neppure nell'ottica di verificarne la compatibilità con

25 Trattato CE.

la libertà di stabilimento.

Ciò significa, sostanzialmente, che la Corte ha ritenuto di non poter entrare nel merito della scelta effettuata dall'Ungheria, secondo cui una società può considerarsi assoggettata alla relativa disciplina civilistica solo quando abbia la propria sede di direzione effettiva all'interno dello Stato, con tutte le conseguenze da ciò derivanti, compresa la liquidazione della società che intenda trasferire all'estero detta sede.

Nella sentenza *Cartesio* la Corte ha operato, poi, una distinzione, rimasta solo implicita nella decisione *Daily Mail*. Nell'ottica dei giudici del Lussemburgo, occorre, infatti, distinguere l'ipotesi in cui la società intenda trasferirsi, rimanendo assoggettata alla legge dello Stato *a quo*, da quella in cui rinunci alla nazionalità originaria, sottoponendosi alla legge dello Stato di destinazione.

Solo in questo caso verrebbe meno l'"immunità" (così si esprime la Corte)²⁶ della legge nazionale, che non potrebbe impedire il trasferimento della società, fatti salvi i limiti derivanti da ragioni imperative di interesse generale, alla luce delle quali dovrebbe essere valutata anche l'eventuale liquidazione.

Al riguardo occorre – però – fare subito una precisazione: la Corte non ha considerato che la volontà di trasferimento senza soluzione di continuità non può esplicarsi a prescindere dal criterio di collegamento adottato ed alla sua funzionalità in ossequio alla *lex societatis*. L'applicazione, sia della teoria della sede reale che di quella della costituzione, quantomeno nella loro formulazione originaria, determina sempre ed in ogni caso l'estinzione della società che intenda trasferire la sede dell'amministrazione e/o la sede legale al di fuori dei confini nazionali. In realtà, quindi, nel momento in cui la Corte riconosce la discrezionalità dello Stato membro nello scegliere il criterio di collegamento, senza imporre modalità applicative conformi al Trattato CE, in linea di principio, nega la possibilità per una persona giuridica di rinunciare alla nazionalità

²⁶ Corte Giust., sentenza 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio*, cit., punto 112.

originaria evitando l'estinzione.

Si tratta, evidentemente, di una posizione destinata ad avere importanti conseguenze non solo sul piano strettamente civilistico ma anche su quello tributario. Da una parte, infatti, la Corte ha consentito che lo Stato d'origine possa addirittura subordinare la cessazione di una persona giuridica al mero esercizio della libertà di stabilimento, ammettendo, dall'altra e conseguentemente, un regime impositivo che implica l'immediata tassazione di tutti gli eventuali redditi, comprese le plusvalenze ancora latenti.

E' evidente come una tale posizione della Corte impedisca di applicare, al trasferimento delle persone giuridiche, tutte quelle garanzie che essa stessa ha posto a tutela del contribuente nel caso in cui lo Stato *a quo* intenda applicare una exit tax.

A ben vedere, gli effetti della liquidazione al trasferimento sono proprio quelli che secondo i giudici del Lussemburgo determinano la contrarietà dell'exit tax alla libertà di stabilimento, ossia la tassazione immediata ed a prescindere da un reale evento realizzativo, di tutte le plusvalenze maturate al momento del trasferimento, in connessione al mero esercizio di una delle libertà fondamentali.

E', peraltro, evidente l'effetto discriminatorio che viene a determinarsi nei confronti delle persone giuridiche, che trasferiscano la sede di direzione da uno Stato in cui trova applicazione la teoria della sede reale rispetto alle persone giuridiche, che trasferiscano la sede di direzione da Paesi in cui viene applicata la cd. *incorporation theory*. Solo in quest'ultimo caso é garantita la continuità nell'esistenza della società che intenda trasferire all'estero la sede di direzione²⁷ e, quindi, l'applicazione dei principi sanciti dalla Corte con riferimento alla tassazione all'uscita.

Ciò significa che detti principi potranno trovare applicazione in Paesi come

27 La incorporation theory, quantomeno nella sua formulazione originaria, impedisce il trasferimento della sede legale, prevedendo, in tal caso, la necessaria liquidazione della società.

l'Olanda o la Gran Bretagna, che applicano la *incorporation theory*, ma non, ad esempio, nei confronti della Francia che, invece, impone la liquidazione. E così, paradossalmente, il regime olandese che prevede la riscossione di una exit tax immediatamente al momento del trasferimento potrà essere considerato dalla Corte contrario alla libertà di stabilimento, con conseguente necessità di adeguamento al diritto comunitario. Al contrario, i regimi che prevedono effetti fiscali sostanzialmente coincidenti, per di più derivanti dall'estinzione del soggetto che intenda esercitare la libertà di stabilimento, dovranno considerarsi compatibili con il Trattato.

5. L'attuale contesto comunitario: Daily Mail è, in realtà, stata superata?

L'Avvocato Generale Poirares Maduro nelle Conclusioni al caso Cartesio²⁸, assume una posizione antitetica rispetto a quella della Corte. Egli considera la disciplina ungherese in contrasto con la libertà di stabilimento, sottolineando che la liquidazione al mutamento di sede ne rappresenta la negazione stessa. Ciò, sul presupposto che le relative norme del Trattato CE possano e debbano trovare diretta applicazione anche in caso di stabilimento primario e, quindi, ritenendo ormai superata la sentenza Daily Mail ed il contesto comunitario in cui essa è stata pronunciata. In modo particolare, l'Avvocato Generale sottolinea come, dopo le sentenze Centros²⁹, Überseering ed Inspire Art³⁰, la Corte abbia escluso che la costituzione ed il funzionamento di una società debba dipendere, in via esclusiva, dalla legge dello Stato di costituzione e, soprattutto, che tale legge non debba soggiacere alle disposizioni di cui agli articoli 43 e 48 del Trattato CE.

28 Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poirares Maduro, presentate il 22 maggio 2008, causa C-210/06, Cartesio.

29 Corte Giust., sentenza 09 marzo 1999, causa C-212/97, Centros, Racc. 1999, pag. I-1459.

30 Corte Giust., sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/01, Inspire Art, Racc. 2003, pag. I-10155.

Non si può non condividere tale posizione. E diffatti autorevole dottrina ha sottolineato che «gli Autori del Trattato non potevano prevedere la teorica dell'effetto diretto delle norme del Trattato, nata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia».³¹

Ebbene, deve ritenersi che, alla luce della posizione progressivamente assunta dalla Corte, soprattutto attraverso l'elaborazione della *rule of reason*, che presuppone la diretta applicazione del Trattato, le disposizioni di cui all'art. 293 CE abbiano perso la valenza che gli Autori del Trattato avevano originariamente inteso attribuire loro.

D'altro canto, le disposizioni di cui all'art. 293 CE non sono neppure riprodotte nel Trattato di Lisbona³², che, sebbene non in vigore, ha un'innegabile valenza chiarificatrice della posizione del legislatore comunitario.

Nella sentenza *Überseering* la Corte é esplicita nell'affermare che la mancata adozione delle Convenzioni di cui all'art. 293 CE su cui, tanto nella sentenza *Daily Mail* quanto in quella *Cartesio*, i giudici del Lussemburgo hanno fondato la propria decisione circa l'impossibilità di applicare le norme del Trattato in caso di stabilimento primario, possa escludere la diretta applicabilità degli artt. 43 e 48 CE.³³ Anzi, essa ha sottolineato che, in base al tenore letterale della norma, le relative Convenzioni debbano adottarsi solo « per quanto occorre », « ossia nell'ipotesi in cui le disposizioni del Trattato non consentono di realizzare gli obiettivi dello stesso »³⁴, aggiungendo che, sebbene le Convenzioni di

31 BALLARINO T., *Sulla mobilità delle società nella Comunità Europea. Da Daily Mail a Überseering: norme imperative, norme di conflitto e libertà comunitarie*, in *Rivista delle società*, 2003, fasc. 4, 669 ss.

32 Trattato di Lisbona.

33 Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, Racc. 2002, pag. I-9919, punto 60.

34 Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, cit., punto 54.

cui all'art. 293, al pari delle direttive di armonizzazione di cui all'art. 44 CE, abbiano lo scopo di agevolare la piena applicazione della libertà di stabilimento, l'esercizio di detta libertà non può certo essere subordinato alla loro adozione³⁵

Nel sentenza *Überseering*, poi, la Corte ribadisce quanto già sostenuto nell'importante precedente *Centros*, ossia che la libertà di stabilimento implica il necessario riconoscimento, da parte dello Stato di destinazione, di una società validamente costituita nell'ordinamento d'origine. E così nel caso *Überseering* la Corte afferma che «il requisito della ricostituzione della stessa società in Germania equivale ...*omissis*... alla negazione della stessa libertà di stabilimento»³⁶.

Ora, non si vede perché tale obbligo debba sussistere solo in capo allo Stato *ad quem* e non anche in capo a quello di origine, che potrebbe, stando a quanto esplicitamente affermato nelle sentenze *Daily Mail* e *Cartesio*, legittimamente imporre la liquidazione al trasferimento societario.

Non può essere sufficiente, nell'ottica della creazione di un mercato unico, oltre che sotto un profilo strettamente giuridico, l'affermazione per cui è lo Stato d'origine che determina la formazione e la disciplina della società.

D'altro canto, la disomogeneità dei criteri di collegamento incide inevitabilmente anche sullo stabilimento secondario, ed il caso *Überseering* ne è un chiaro esempio.

La Germania imponeva la ricostituzione della società olandese in conseguenza all'applicazione della teoria della sede reale, prevedendo, in caso di trasferimento della sede di direzione, la necessaria liquidazione della società.

La Corte non può aver legittimato un'applicazione a metà della teoria

35 Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, cit., punto 55.

36 Corte Giust., sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering BV*, cit., punto 81.

delle sede reale, consentendo allo stato d'origine la possibilità di imporre la liquidazione alla società che intenda trasferirsi ed imponendo la disapplicazione dello stesso principio allo Stato *ad quem*.

La libertà di stabilimento, quale sancita dal Trattato CE, ha valenza assoluta, che prescinde evidentemente dall'ottica in cui ci si pone, quella dello Stato d'origine o quella dello Stato di destinazione.

Lo stesso Avvocato Generale Colomer, nella Conclusioni al caso *Überseering* sottolinea come non esista un chiaro fondamento per distinguere « un diritto di stabilimento primario, molto condizionato, da un diritto di stabilimento secondario praticamente illimitato.»³⁷ Significativamente, l'Avvocato Generale mette in risalto come nel precedente *Centros*, con il quale egli ritiene sia stato, di fatto, modificato il contesto giurisprudenziale che ha connotato la sentenza *Daily Mail*, la Corte, da una parte, non menziona né la sentenza *Daily Mail* né l'art. 293 CE, mentre, dall'altra, esprime la necessità di valutare l'eventuale violazione degli articoli 43 e 48 CE alla luce delle ragioni imperative di interesse generale.

Quanto alla mancata menzione di *Daily Mail*, l'Avvocato Generale, anzitutto, configura un parallelismo tra il caso della società britannica, che intendeva trasferire la propria sede di direzione effettiva in Olanda al solo scopo di evitare il pagamento dell'imposta sui capital gains e la concezione ampia di stabilimento secondario accolta nel caso *Centros*, in cui la Corte ha legittimato l'omologazione di una succursale, presso la quale viene svolta l'intera attività d'impresa, in uno Stato membro diverso da quello di costituzione, pur essendo l'intera operazione esclusivamente finalizzata a godere dei vantaggi fiscali da esso garantiti. Di fatto, detta concezione permette di eludere la normativa in materia di trasferimento transfrontaliero della sede, legale o di direzione, consentendo di ottenere lo stesso obiettivo che *Daily Mail* intendeva

37 Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 4 dicembre 2001, causa C-208/00, *Überseering BV*, paragrafo 36.

raggiungere. E, sebbene tale rilievo non possa essere sfuggito alla Corte, tanto piú che lo stesso Governo danese, che si rifiutava di iscrivere la succursale di Centros nel Registro delle imprese, aveva fondato le proprie argomentazioni difensive sulla necessit  di escludere l'aggiramento della propria normativa, l'organo di giustizia comunitario qualifica la fattispecie di cui al caso Centros come un'ipotesi legittima di stabilimento secondario. Ma, evidentemente, autorizzare una societ  a costituire una succursale in uno Stato membro, nel quale viene svolta l'intera attivit , al solo fine di usufruire dei vantaggi derivanti dall'ordimento di costituzione, significa, di fatto, consentire di stabilire la sede di direzione in uno Stato diverso da quello di origine.³⁸

L'omessa menzione dell'art. 293 CE viene valutata in raccordo con la significativa affermazione secondo cui nel verificare l'esistenza di un'eventuale restrizione della libert  di stabilimento occorre far riferimento alle ragioni imperative di interesse generale. La loro applicazione implica, evidentemente, il riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme del Trattato che sanciscono la libert  di stabilimento. Ci , secondo l'Avvocato Generale Colomer implica « l'abbandono, oppure, in ogni caso la relativizzazione della riserva di cui all'art. 293. »³⁹

D'altro canto, sempre secondo l'Avvocato Generale Colomer, lo stesso dato letterale di cui all'art. 293 non lascerebbe adito a dubbi: esso «contiene solo un invito agli Stati membri ad avviare negoziati, e per di pi , solo *per quanto occorra*. Pertanto l'art. 293 non   equiparabile ad una vera e propria riserva di legge ma assomiglia piuttosto ad un ammonimento diretto agli Stati membri *...omissis...* Come tale, un ammonimento non pu  contrastare con la virtualit  di una delle libert  fondamentali. »⁴⁰

38 Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 4 dicembre 2001, causa C-208/00, *Überseering BV*, paragrafo 38.

39 Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 4 dicembre 2001, causa C-208/00, *Überseering BV*, paragrafo 42.

40 Conclusioni dell'Avvocato Generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 4

L'Avvocato Generale conclude sul punto, sostenendo che, sebbene il dato letterale di cui alla sentenza Daily Mail sia inequivocabile, nel senso che spetta allo Stato di origine la scelta dei relativi criteri di collegamento, non può negarsi, alla luce della diretta applicabilità degli articoli 43 e 48 CE, che gli Stati membri debbano, comunque, conformare il proprio diritto nazionale alle norme del Trattato.

Per di più, già nella sentenza Mutsch⁴¹, richiamata sul medesimo punto nella successiva Gilly⁴², la Corte, prima ancora di pronunciarsi nel caso Daily Mail, aveva affermato espressamente che l'art. 293 (già 220) CE "si limita a tracciare il quadro di trattative che gli Stati membri intavoleranno fra loro 'per quanto occorra.'" Sicché, ha sostenuto la Corte, se il diritto invocato rientra nell'ambito di applicazione del Trattato esso deve necessariamente essere garantito, a prescindere dalla effettiva conclusione delle suddette convenzioni.

Nelle Conclusioni al caso Centros, l'Avvocato Generale La Pergola ha dedotto dagli articoli 43 e 48 CE il diritto di costituire società in conformità alla legislazione di uno Stato membro per operare in quello stesso Stato ovvero, ad egual titolo, in qualsiasi altro Stato membro; la società di nuova costituzione ha il diritto di stabilirsi – in via principale ed, eventualmente, anche secondaria – dovunque essa preferisca nell'ambito comunitario. E così egli ritiene si debba propugnare l'applicazione della dottrina Cassis de Dijon⁴³ sul mutuo riconoscimento della mobilità delle società⁴⁴.

Nella più recente sentenza Sevic⁴⁵, la Corte è stata chiamata a

dicembre 2001, causa C-208/00, Überseering BV, paragrafo 42.

41 Corte Giust., sentenza 11 luglio 1985, causa C-137/84, Pubblico Ministero contro Robert Heinrich Maria Mutsch, Racc. 1985, pag. 2681, punto 11.

42 Corte Giust., sentenza 12 maggio 1998, Gilly / Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, causa C-336/96, Racc. 1998, pag. I-2793.

43 Corte Giust., sentenza 20 febbraio 1979, causa C-120/78, Rewe / Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Racc. 1979, pag. 649.

44 Conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola, presentate il 16 luglio 1998, causa C-212/97, Centros Ltd, paragrafo 20.

45 Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03, Sevic System AG, Racc.

pronunciarsi in ordine alla compatibilità della disciplina tedesca, che non ammetteva le fusioni transfrontaliere, con gli artt. 43 e 48 del Trattato CE. Posto che la Corte si è pronunciata nel senso della contrarietà della disciplina tedesca alle richiamate norme comunitarie, ciò che preme, in tale sede, sottolineare è che essa, ancora una volta, ha affermato che i principi sanciti dal Trattato devono trovare applicazione a prescindere dall'esistenza di una disciplina positiva della materia. Il Governo dei Paesi Bassi ha riportato nelle proprie deduzioni quanto sancito nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle fusioni transfrontaliere delle società di capitali, a proposito della necessità di adottare una specifica disciplina comunitaria che agevoli le fusioni transfrontaliere attraverso l'armonizzazione delle diverse discipline nazionali. È assai significativo quanto sostenuto al riguardo dalla Corte: "Ebbene, benché senz'altro utili a facilitare le fusioni transfrontaliere, le regole di armonizzazione non possono essere erette a presupposto per l'attuazione delle libertà di stabilimento sancite dagli artt. 43 e 48 CE"⁴⁶.

Deve, allora, ritenersi che, nonostante quanto assai di recente affermato dalla Corte nella sentenza *Cartesio*, il contesto comunitario sia profondamente mutato rispetto a quello in cui era stata pronunciata la sentenza *Daily Mail*.

La Commissione europea, in una Comunicazione intitolata « *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri* », ha sostenuto l'applicabilità dei principi espressi dalla Corte di Giustizia, nei casi de *Lasteryrie du Saillant e N*, anche nelle ipotesi di trasferimento delle persone giuridiche.⁴⁷ Tale affermazione implica il

2005, pag. I-10805.

46 Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *Sevic System AG*, cit., punto 26. Si veda, in tal senso, anche Corte Giust., sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, Racc. 1992, pag. I-249, punto 11.

47 Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo, "Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati Membri" COM (2006) 825 definitivo, paragrafo 3.1.

riconoscimento della necessaria continuità giuridica della società che si trasferisce. Difatti, la Commissione ha sostanzialmente fondato la propria posizione sul dato assai significativo per cui lo Statuto della Società Europea⁴⁸ consente di trasferire la "sede sociale" in un altro Stato membro, mantenendo la personalità giuridica e, dunque, senza che tale operazione implichi la liquidazione della società o, comunque, la necessità di ricostituzione della stessa nello Stato *ad quem*. La legislazione comunitaria della Società Europea si fonda, dunque, sul principio per cui il trasferimento della "sede sociale" non può incidere sull'esistenza giuridica della società.

L'art. 7 del Regolamento prevede, poi, la necessaria ubicazione tanto della "sede sociale" quanto dell' "amministrazione centrale" all'interno dei medesimi confini nazionali, con la conseguenza che la società continua ad esistere nonostante, a seguito del trasferimento, venga meno ogni legame con lo Stato di origine.

Ora, è evidente che, argomentando *a contrario*, si potrebbe sostenere che una tale previsione nel senso della continuità al trasferimento della SE non sia altro che una presa d'atto da parte del legislatore comunitario circa l'inesistenza di una tale possibilità a livello domestico. Il legislatore comunitario avrebbe, dunque, avvertito l'esigenza di fornire all'operatore economico uno strumento per un più agevole esercizio della propria attività. Se così è, non può tacersi circa la necessità di una conseguente presa d'atto da parte del legislatore nazionale. Non vi è chi non veda come da un'agile utilizzazione dello strumento societario non possano che derivare vantaggi, anzitutto per gli Stati. E difatti nelle motivazioni all'adozione della cd. MoMiG⁴⁹, la legge tedesca con cui è stato modificato il regime delle società a responsabilità limitata, si legge che la previsione circa la possibilità di trasferire la sede di direzione senza dover procedere

48 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.

49 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 in vigore dal 1 novembre 2008.

a liquidazione, ha proprio la finalità di rendere le società tedesche più competitive, superando la posizione di svantaggio in cui esse si trovano rispetto a quelle società che possono operare all'interno del mercato unico senza inutili oneri.

6. Conclusioni

La posizione della Corte di Giustizia, quanto all'applicazione di un'exit tax al trasferimento delle persone fisiche, titolari di partecipazioni sostanziali, nonostante alcune rilevate incongruenze, può dirsi per molti versi condivisibile. In linea di principio, un'exit tax può essere legittimamente applicata da parte dello Stato *a quo*. E, tuttavia, il necessario rispetto della libertà di stabilimento sancita dal Trattato CE implica l'impossibilità di riscuotere l'imposta immediatamente al momento del trasferimento, sia che la relativa disciplina abbia uno scopo anti-elusivo, sia che vengano in considerazione necessità di sistema. Al mutamento di residenza fiscale potrà aver luogo il cd. *preserving assessment*, che implica esclusivamente la determinazione dell'importo dovuto allo Stato d'origine. La riscossione potrà avvenire solo al momento dell'effettivo realizzo.

Orbene, la soluzione prospettata dalla Corte, in ossequio al principio di proporzionalità, consente di preservare il potere impositivo dello Stato *a quo*, garantendo la tassazione delle plusvalenze maturate durante tutto il periodo in cui il contribuente è stato ivi residente ai fini fiscali, ma subordinando l'effettiva riscossione ad una reale ipotesi realizzativa, analogamente a quanto avviene per i soggetti che si trasferiscono all'interno del territorio nazionale.

Gli stessi principi, in linea teorica estensibili anche alle persone giuridiche, possono di fatto essere applicati nei loro confronti solo qualora se ne garantisca la continuità giuridica al momento del trasferimento. Saranno, quindi, applicabili alla società che trasferisca la sede di direzione effettiva da uno Stato che adotti la cd. *incorporation theory*, non anche nei confronti della società che si trasferisca da uno Stato che applichi la

teoria della sede reale. In questo caso, quantomeno stando alla formulazione originaria della menzionata teoria, la società dovrà procedere alla liquidazione, con effetti fiscali sostanzialmente analoghi a quelli di una exit tax riscossa immediatamente al momento del trasferimento, con l'aggravio dell'estinzione del soggetto giuridico che intende trasferirsi.

E' allora evidente l'effetto discriminatorio che viene a determinarsi nei confronti delle società che si trasferiscano da uno Stato in cui viene applicata la teoria della sede reale rispetto a quelle società che si trasferiscano da uno Stato in cui viene applicata la teoria della costituzione. Solo in quest'ultimo caso potranno trovare applicazione i principi sanciti dalla Corte, che garantiscono l'applicazione di una exit tax nel rispetto del Trattato CE.

D'altro canto, come la stessa Corte ha affermato nel caso *Überseering*, la liquidazione imposta al momento del trasferimento di sede, a prescindere dagli effetti fiscali, rappresenta la negazione stessa della libertà di stabilimento.

Eppure, i giudici del Lussemburgo nella recentissima sentenza *Cartesio*, sebbene la giurisprudenza comunitaria si sia profondamente evoluta, al punto che difficilmente può negarsi la diretta applicabilità degli artt. 43 e 48 CE anche in caso di stabilimento primario, hanno ripetuto pedissequamente quanto già affermato più di vent'anni fa nella sentenza *Daily Mail*: in mancanza di armonizzazione sotto tale profilo, ciascuno Stato membro rimane libero di scegliere il criterio di collegamento da adottare, con la conseguenza che la scelta degli Stati in ordine al criterio della sede reale, anche quando impone la liquidazione al trasferimento, non può essere contestata dall'organo di Giustizia comunitario. Non si pone, dunque, un problema di contrasto con le norme del Trattato perchè rimane pregiudicata la stessa possibilità che dette norme trovino applicazione. Ciò quantomeno nell'ipotesi in cui la società intenda trasferirsi, pur continuando ad essere soggetta alla *lex societatis* dello Stato *a quo*. Diversa, nell'ottica della Corte, l'ipotesi in cui la società

intenda trasferirsi ed essere assoggettata alle norme dello Stato di destinazione: in questo caso, essendo reciso ogni legame con lo Stato d'origine, in nessun modo questo potrà ostacolare il trasferimento, fatta eccezione per i limiti derivanti dalle ragioni imperative di interesse generale.

In realtà, come già più sopra sottolineato, né la teoria della sede reale, né quella della costituzione, quantomeno nella loro formulazione originaria, garantiscono la continuità giuridica dei soggetti che recidano ogni legame con lo Stato d'origine. Il trasferimento della sede di direzione e/o di quella legale ne determinerà la liquidazione.

Appare allora fondata, anche alla luce dei principi giurisprudenziali e normativi affermatasi dopo l'emanazione della sentenza Daily Mail, la soluzione prospettata dall'Avvocato Generale Poirés Maduro nelle Conclusioni al caso Cartesio: posto che allo stato attuale del diritto comunitario gli Stati membri rimangono liberi di scegliere se applicare la teoria della sede reale o quella della costituzione, ciascuno Stato membro dovrà, comunque, assicurarne un'applicazione secondo modalità che consentano di rispettare la libertà di stabilimento e che, quindi, anzitutto garantiscano la continuità giuridica del soggetto che si trasferisce⁵⁰. Ciò che consentirà al tempo stesso la piena applicazione dei principi affermati dalla Corte in materia di exit tax.

Emblematico in tal senso il caso dell'Austria che, pur applicando il principio della sede reale, ammette il trasferimento della direzione effettiva, garantendo la continuità nell'esistenza giuridica della società. E così, proprio in conseguenza della decisione della Corte di Giustizia nel caso de Lasteyrie du Saillant, è stato introdotto anche per le società il cd. *preserving assessment*, escludendo la tassazione immediata al momento del trasferimento⁵¹.

50 Conclusioni dell'Avvocato Generale M. Poirés Maduro, presentate il 22 maggio 2008, causa C-210/06, Cartesio, paragrafo 30.

51 Si veda, B. Fölhs e S. Heidenbauer, *Il trasferimento di residenza nella legislazione austriaca: profili di diritto commerciale e tributario*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, par. 3, "ste.seast.org"; MELIS G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione*

sui redditi: profili critici e ipotesi ricostruttive, Aracne , 2008, pag. 189.

© Copyright Seast - Tutti i diritti riservati