

## L'exit tax sulle società in Portogallo

João Félix Pinto Nogueira<sup>1</sup>

### 1. Introduzione

*"Should I stay or should I go..."?* La realizzazione del Mercato Unico della UE, definito nel Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) come "uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi"<sup>2</sup>, unita ad una persistente diversità tra le normative interne e le situazioni di fatto che le imprese possono trovare nei ventisette Stati membri dell'Unione, inducono a considerare la domanda iniziale non solo come il ritornello di un ben noto brano musicale, ma piuttosto come un suono ossessivo, che si ripete nelle menti di amministratori e direttori finanziari di tutta Europa.

In una prospettiva europea, il trasferimento di un'attività economica non è visto come un effetto collaterale del mercato interno. Fin dall'inizio i Trattati hanno riconosciuto la necessità di tutelare la libertà di stabilimento, che in sé racchiude "l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società"<sup>3</sup>.

Al fine di realizzare in maniera concreta il mercato unico, è necessario che vengano aboliti tutti gli ostacoli a tale libertà di stabilimento, con necessari

---

<sup>1</sup> Dottore di Ricerca in Diritto. Ricercatore post-dottorato presso l'Univesidade Lusíada di Lisbona. L'autore può essere contattato all'indirizzo: joaofelixpintonogueira@gmail.com. Traduzione italiana a cura di Gianluca Zanella, studente del Master in Diritto Tributario "A. Berli" presso l'Università di Bologna – Alma Mater Studiorum.

<sup>2</sup> Vedi art. 26 (2) TFEU.

<sup>3</sup> Vedi § 2 dell'art. 49 TFEU. L'obiettivo è molto ampio e, nelle parole della Corte, comprende la possibilità di un "cittadino della Comunità di partecipare, in maniera stabile e continuativa, nella vita economica di uno Stato Membro diverso dal proprio Stato di provenienza e poterne trarre vantaggio, favorendo così l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito della Comunità nel settore delle attività dei lavoratori autonomi". Vedi Corte Giust., sentenza 30 Novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, par. 25.

interventi anche nel settore dell'imposizione diretta. In questo campo, l'exit tax è<sup>4</sup>, certamente, uno dei temi più discussi. Queste norme hanno un naturale impatto sulla creazione del mercato unico e in Europa ci si interroga sulla loro compatibilità con il diritto comunitario.

Anche in Portogallo ci si interroga in tal senso. Nel novembre del 2008, la Commissione Europea ha inviato un parere motivato in merito alla normativa fiscale sulla c.d. "exit tax" delle società (riferimento n. 2007/2365). Nonostante ciò il Portogallo non ha né introdotto alcuna modifica, né offerto nessuna giustificazione a sostegno della sopracitata disciplina, provocando così il suo deferimento alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (di seguito CGUE) - caso numero 38/10. Come il Portogallo, molti altri Paesi hanno cause pendenti davanti alla Corte di Giustizia<sup>5</sup>.

Lo scopo di questo lavoro è quello di esaminare la compatibilità dell'exit tax, così come disciplinata in Portogallo, con il diritto comunitario. In primo luogo saranno esaminate le norme che sono attualmente al vaglio della Corte di Giustizia, su indicazione delle Commissioni. Successivamente, ci si concentrerà sulla possibilità di applicare anche alle società i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria con riferimento alle persone fisiche. Infine si verificherà la compatibilità del sistema portoghese di tassazione delle imprese in uscita, sulla base dei requisiti richiesti dal diritto comunitario.

---

<sup>4</sup> Ossia le imposte riscosse in forza di una disposizione interna, sulla base del presupposto che il trasferimento della residenza di una società dovrebbe essere trattato alla stregua della liquidazione della stessa o della cessione del proprio patrimonio (con la tassazione delle plusvalenze maturate). Useremo questo concetto con una accezione ampia, infatti non solo le società ma anche altri enti (diversi dalle persone fisiche) considerati quali "soggetti passivi", saranno analizzati in questo studio.

<sup>5</sup> Una lista aggiornata di questi casi può essere reperita con la ricerca "exit tax" nel seguente elenco di cause dinanzi alla Corte di Giustizia. L'Autorità di Vigilanza dell'EFTA ha anche avviato una procedura contro la Norvegia (Decisione 70-10-COL, 10 Marzo 2010, "inviare una lettera di costituzione in mora per la Norvegia in materia di exit tax delle società che si trasferiscono in altri Paesi EAA").

## 2. Il quadro normativo portoghese

### 2.1 L'adozione della normativa

Nella procedura sopra menzionata, ci si interroga se le disposizioni di cui agli artt. 83 – 85 (in precedenza artt. 76-A, 76-B e 76-C) dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche (di seguito PCITC)<sup>6</sup> debbano essere considerate incompatibili con l'ordinamento giuridico comunitario. Le disposizioni in questione sono contenute tutte nella stessa sezione del codice, rubricata "trasferimento di residenza di una società all'estero e cessazione dell'attività di società non residenti".

Il corpus normativo, che prevede forme di tassazione per il trasferimento della residenza delle società e degli azionisti, fu introdotto con la legge finanziaria del 2006<sup>7</sup>. Fino ad allora, il trasferimento della sede di una società non era considerato un fatto imponibile<sup>8</sup>. Ci furono, tuttavia, alcuni tentativi precedenti. La legge finanziaria del 2004<sup>9</sup> infatti, aveva già autorizzato il governo ad introdurre una "exit tax" per le società, ma la delega legislativa era scaduta prima che fosse emanato alcun provvedimento<sup>10</sup>. In buona sostanza, fino al termine dell'anno di imposta 2005, se una società trasferiva la sua sede all'estero non realizzava nessun fatto imponibile, rimanendo quindi immune dal prelievo. E' assai difficile capire quali siano state le vere motivazioni di tale disciplina. Essa faceva

<sup>6</sup> In Portoghese "Código do Imposto sobre as Pessoas Colectivas", D.Lgs. n. 442-B/88, 30 Novembre.

<sup>7</sup> Legge n. 60-A/2005, 30 Dicembre (Legge Finanziaria Portoghese 2006).

<sup>8</sup> Vedi Câmara, F. S., "A Dupla Residência à luz das Convenções de Dupla Tributação", *Ciência e Técnica Fiscal*, 403/2001, pp. 80 e ss., Rodrigues, N. C., "A transferência de residência fiscal de sociedades em IRC", *Fiscalidade* 15/2003, pp. 27 e ss..

<sup>9</sup> Legge n. 107-B/2003, 31 Dicembre.

<sup>10</sup> Il cui contenuto era il seguente (a cura del traduttore) "a) nella valutazione del reddito imponibile del periodo d'imposta in cui cessa l'attività, in seguito al trasferimento della sede principale o della sede di direzione effettiva di una società in un altro paese, devono essere considerati come elementi positivi o negativi [di tale reddito] la differenza tra il valore di mercato e il valore contabile (ai fini fiscali) dei beni, tranne quando queste attività rimangono collegate ad una stabile organizzazione portoghese di tale società (...); b) la suddetta disciplina dovrebbe trovare applicazione, con i necessari adattamenti, anche nella valutazione del reddito imponibile di una stabile organizzazione di un soggetto non-residente in riferimento al periodo in cui l'attività cessa completamente o quando l'attività della stabile organizzazione viene trasferita all'estero; c) gli utili o le perdite registrate da una società nei suoi titoli al momento in cui trasferisce la sua sede o la sua sede di direzione effettiva in un altro paese devono essere considerati come plusvalenze".

parte di un “pacchetto” per l’attuazione della Direttiva 2005/19/CE<sup>11</sup>, la quale modificava la disciplina della precedente direttiva fusioni<sup>12</sup>. Tuttavia, questo testo non costituiva la base per l’introduzione di alcuna nuova imposta. Esso prevedeva soltanto, e con riferimento alla *Societas Europaea*<sup>13</sup> (SE) o alla *Societas Cooperativa Europaea*<sup>14</sup> (SCE), che il trasferimento di residenza non giustificava alcuna forma di prelievo fiscale sugli elementi attivi e passivi che: (i) rimanevano collegati ad una stabile organizzazione localizzata in Portogallo e (ii) contribuivano alla produzione dei redditi di tale stabile organizzazione<sup>15</sup>. Un’interpretazione *a contrario* di tale regime, estesa alle altre tipologie di società, sembra essere a fondamento della disciplina in questione.

Il sistema dell’exit tax Portoghese comprende tre gruppi di norme. I seguenti paragrafi cercheranno di illustrarli<sup>16</sup>.

## 2.2 Primo gruppo: tassazione in uscita delle società

Ai sensi dell’art.83 (1) ITC, “nel periodo di imposta in cui si conclude l’attività, in forza del trasferimento in un altro paese della sede principale o della sede di direzione effettiva, devono essere considerati come elementi positivi o negativi [del reddito imponibile] la differenza tra il valore di mercato e il valore fiscale dei beni al momento del loro trasferimento”.

---

<sup>11</sup> Direttiva N. 2005/19/CE del 17 Febbraio 2005 che modifica la Direttiva N. 90/434/CE sul regime fiscale normale applicabile alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni riguardanti società di diversi Stati Membri.

<sup>12</sup> Direttiva N. 90/434/CE del 23 Luglio 1990, relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d’attivo ed agli scambi d’azioni concernenti società di Stati Membri diversi.

<sup>13</sup> Regolamento (CE) N. 2157/2001 del Consiglio dell’8 Ottobre 2001 relativo allo Statuto della Società Europea (SE)

<sup>14</sup> Regolamento (CE) N. 1435/2003 del 22 Luglio 2003, relativo allo Statuto della Società Cooperativa (SCE).

<sup>15</sup> Vedi, attualmente, art. 12 della Direttiva N. 2009/133/CE del Consiglio del 19 ottobre 2009 relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, alle scissioni parziali, ai conferimenti d’attivo ed agli scambi d’azioni concernenti società di Stati membri diversi e al trasferimento della sede sociale di una SE e di una SCE tra Stati membri (versione codificata).

<sup>16</sup> Per una più ampia descrizione delle disposizioni, riguardanti sia le persone fisiche che le società, che potrebbero essere considerate come una “exit tax”, vedi Pires, M., *Exit Taxes*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009.

La logica è di facile comprensione ed è condivisa dalla maggior parte dei sistemi di tassazione in uscita dell'area europea: la necessità di salvaguardare il potere impositivo dello Stato sulle plusvalenze latenti delle società, maturate fino al momento del trasferimento della residenza. Ciò dal momento che, in forza dei Trattati fiscali internazionali, la potestà impositiva di uno Stato contraente sui redditi attribuibili a soggetti non residenti è limitata solamente a quelli prodotti in detto Stato. Se una società, infatti, trasferisce la propria sede, gli eventuali plusvalori potrebbero non essere più assoggettati a tassazione, anche se prodotti precedentemente nello Stato di provenienza. Inoltre, una volta variata la residenza fiscale, le autorità amministrative difficilmente riusciranno a verificare in maniera concreta l'attività della società trasferita in un Paese estero. La norma portoghese, peraltro, è stata redatta ad ampio spettro. Difatti, ogni entità riconosciuta come soggetto passivo ai sensi dell'PCITC, incluse le SE e le SCE, trasferendo la propria sede o principale o di direzione effettiva in un altro Paese, sarà sottoposta a tale regime impositivo. Condizione necessaria per l'applicazione di tale disciplina è il trasferimento in uno Stato estero sia della sede principale, sia del centro decisionale della società. Il mantenimento anche di una sola delle due nello Stato di origine è sufficiente per qualificare il soggetto come residente e, di conseguenza, l'exit tax non potrà essere applicata<sup>17</sup>.

Nonostante la prolissità della formula utilizzata per la descrizione del soggetto fiscalmente responsabile, il suo contenuto è di facile spiegazione. Per tassare il reddito imponibile di una società che lascia lo Stato portoghese (cioè, nell'anno in cui trasferisce all'estero sia la sede principale, sia la direzione effettiva) bisognerebbe includere le plusvalenze latenti o non ancora contabilizzate. Questo viene realizzato sottraendo: i) al valore di

---

<sup>17</sup> Una situazione curiosa può presentarsi se viene trasferita solo "la sede di direzione effettiva". Come Martin Jimenez e Calderón Carrero hanno ben notato, se una società cambia solamente il luogo di direzione effettiva, diventando residente in due Paesi, e un Trattato conforme Modello OCSE è applicabile (come verosimilmente accadrà tra Stati Membri dell'UE), la *tie-break rule* dell'art. 4(3) considererebbe tale società residente a fini fiscali nel nuovo Stato (di destinazione del trasferimento di sede). Anche se questo non renderebbe applicabili le disposizioni in merito all'exit tax, la società potrebbe sfuggire alla giurisdizione fiscale dello Stato di provenienza. Vedi, Martin Jimenez, A. - Calderón Carrero, J. M., *Los Impuestos de Salida y el Derecho Comunitario Europeo a la Luz de la Legislación Española*, in Documentos de Instituto de Estudios Fiscales, 17/2007, p. 19.

mercato di un patrimonio aziendale; ii) il valore contabile ai fini fiscali di tali beni. In buona sostanza, i redditi emergenti fino al trasferimento nel Paese estero.

### 2.3 Eccezione: il permanere di una stabile organizzazione

Se si comprende la *ratio* della sopracitata norma, non sorprende di trovare un'eccezione per i casi in cui una società mantenga una stabile organizzazione (PE) - art. 83 (2) (3) e (4). Due condizioni, però, devono essere soddisfatte: i) i cespiti devono "rimanere effettivamente connessi ad una stabile organizzazione dello stesso soggetto" localizzata in Portogallo; ii) questi cespiti devono concorrere al calcolo dei redditi della stabile organizzazione". In questo caso, nonostante il trasferimento di residenza, la exit tax non verrà applicata. Quest'eccezione è concessa solo in quanto, secondo il diritto tributario internazionale, i redditi da tali attività (sia quelli maturati fino al trasferimento, sia quelli ottenuti per ultimi) saranno comunque tassati in Portogallo. Per questi casi, vi è un'ulteriore disposizione: la stabile organizzazione può dedurre dai propri redditi le perdite che la società uscente aveva al momento del trasferimento<sup>18</sup>. Questo per favorire la continuità delle attività localizzate nel territorio nazionale, quando siano assorbite da una stabile organizzazione. Questa eccezione prevede, inoltre, una clausola anti-abuso, di cui all'art. 83 (4). In buona sostanza, essa funziona come "un'eccezione dell'eccezione" e mira ad impedire che il beneficio venga utilizzato per compiere abusi. La tecnica legislativa è piuttosto curiosa: invece di elaborare una norma anti-abuso *ad hoc*, il legislatore ha deciso di rinviare la questione all'art. 73 (10), che codifica la clausola anti-abuso della direttiva-fusioni<sup>19</sup>. La sua formulazione infatti è ripresa totalmente dalla direttiva<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Vedi art. 83 (4) del PITC.

<sup>19</sup> Attualmente, art. 15 (1) (a) della Direttiva fusioni (Direttiva CE N. 2009/133).

<sup>20</sup> Inoltre distingue i casi che (a cura del traduttore) "avevano come loro principale obiettivo o come uno dei loro obiettivi principali l'evasione fiscale [evasão fiscal], cosa che può considerarsi verificata, nei casi in cui le società partecipate non hanno l'intero ammontare del loro reddito dichiarato allo stesso regime previsto dal Codice o se operazioni,

È sconcertante vedere come questa clausola anti-abuso possa essere applicata ai casi nei quali rimanga una stabile organizzazione, così come ad ipotesi diverse. Noi crediamo che l'intento fosse di negare i benefici nelle ipotesi in cui l'assegnazione dei cespiti alla stabile organizzazione fosse motivata solo da ragioni fiscali, in maniera del tutto artificiale o senza nessun collegamento con quella attività.

#### **2.4 Secondo gruppo: la tassazione in uscita di una stabile organizzazione**

Un'altra fattispecie in cui è applicabile la exit tax è quella in cui cessi l'attività di una stabile organizzazione. L'art. 84° PCITC estende, infatti, la disposizione in materia di exit tax a due ipotesi riguardanti le stabili organizzazioni: a) quando cessa la sua attività all'interno del territorio nazionale; b) quando trasferisce in un altro Paese, di diritto o di fatto, i cespiti relativi a quella stabile organizzazione. Questa disposizione è essenzialmente rivolta ad evitare che i redditi prodotti da alcune attività possano non essere tassati, quando la stabile organizzazione cessi la propria attività nel territorio nazionale. Ciò quando una stabile organizzazione lasci il Paese con un notevole quantitativo di cespiti derivanti da un'operazione di ristrutturazione commerciale con il trasferimento della sede principale in un altro Stato membro.

#### **2.5 Terzo gruppo: disposizioni applicabili agli azionisti**

Ai sensi dell'art. 85°, il trasferimento produce effetti anche sulla cessione delle quote degli azionisti della società (persone fisiche o meno). Per loro, l'imposta viene calcolata sulla differenza tra il patrimonio netto della società

---

quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipate, non sono state effettuate per valide ragioni economiche, casi in cui un prelievo impositivo supplementare può essere legittimato" Art. 73 (10) PCITC.

(valutato al momento del trasferimento a prezzo di mercato) e il costo di acquisto delle partecipazioni. La disciplina per la valutazione del valore e per le altre procedure è stata mutuata da quella in vigore per la liquidazione delle società (il che è indicativo della vera ragione alla base della normativa)<sup>21</sup>. Vi è inoltre uno specifico gruppo di norme relativo ai casi in cui il trasferimento della società è considerato trasparente<sup>22</sup>.

Questo articolo include inoltre una “clausola di salvaguardia”, per i casi in cui la società trasferita sia una SE o una SCE. La formulazione utilizzata è, sostanzialmente, quella dell’attuale art. 14° della direttiva fusioni e prevede che il trasferimento di una delle due società in questione “non implica in quanto tale l’applicazione” del regime impositivo (ossia l’immediata tassazione degli azionisti)<sup>23</sup>. Non essendo specificato altro, è probabile che sorgano sul punto problemi interpretativi.

### **3. La tassazione in uscita delle persone fisiche e il diritto dell’Unione Europea**

È chiaro che l’applicazione di una qualsiasi imposta in relazione al trasferimento di una persona fisica (indipendentemente dal suo status) da uno Stato membro ad un altro, è da considerare un ostacolo al mercato interno. La Corte ha già analizzato a fondo le normative fiscali sotto questo profilo, nelle sentenze *Lasteyrie du Saillant* e *N* (anche se qualche orientamento è ricavabile anche dalla sentenza *Biel*<sup>24</sup>).

Nella prima, si è ritenuta incompatibile un’imposizione sulle plusvalenze non realizzate, il cui fatto generatore fosse riconducibile al mero trasferimento della residenza di un individuo in un altro Stato membro, anche quando la

---

<sup>21</sup> Art. 81 (2-4), ai sensi dell’art. 85 (1) *in fine*.

<sup>22</sup> Art. 75 (4), ai sensi dell’art. 85 (1) *in fine*. Per una descrizione di tutte le disposizioni vedi, Pires, M., *Exit Taxes*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, p. 18.

<sup>23</sup> Vedi art. 14 della Direttiva N. 2009/133/CE, op.cit..

<sup>24</sup> Corte Giust., sentenza 8 maggio 1990, causa C-175/88, Bhiel. In questo caso la Corte aveva già ritenuto incompatibile con il diritto comunitario rifiutare il rimborso delle imposte riscosse in eccesso sui redditi da lavoro soggetti all’imposta progressiva sulle persone fisiche, quando il contribuente trasferisse la propria residenza all’estero prima della fine dell’anno fiscale.

Aggiornamento – *Exit Tax: analisi comparata e comunitaria* (n. 1/2009)

riscossione fosse stata rinviata al momento dell'effettiva realizzazione, imponendo però garanzie ritenute più gravose.

Nella sentenza *N*, la Corte ha precisato che la tassazione in uscita non diverrebbe ammissibile semplicemente adottando garanzie più stringenti, senza predisporre ulteriori misure. Inoltre, bisognerebbe tenere in considerazione che il valore di un'attività decresce dopo il suo trasferimento<sup>25</sup>.

Questo è stato, in breve, l'orientamento emerso dall'intervento della Corte in questi casi. Ciononostante, queste pronunce non forniscono indicazioni per una serie di ipotesi collegate. La Corte di Giustizia ha solamente riconosciuto che la tassazione sulle plusvalenze non realizzate al momento del trasferimento della residenza deve essere considerato come un ostacolo<sup>26</sup>. In alcuni casi però può essere giustificata dalla lotta all'evasione e alla frode fiscale o dalla necessità di ripartire la potestà impositiva tra gli Stati membri, in base al principio di territorialità, collegato all'elemento temporale<sup>27</sup>.

Pertanto, non vi è nessun divieto *a priori* per una "exit tax" in quanto tale<sup>28</sup>, o alla richiesta di alcune formalità amministrative al momento del trasferimento<sup>29</sup>. La si potrebbe considerare ammissibile laddove fosse validamente giustificata e proporzionale all'obiettivo perseguito<sup>30</sup>. In

---

<sup>25</sup> Per una completa disamina di questi casi vedi, De Pietro, C., *Exit Tax: Territorialità e mobilità societaria*, in Studi Tributari Europei n. 1/2009, p. 3 e ss.

<sup>26</sup> La Corte avrebbe potuto anche considerare quest'imposta come discriminatoria, in quanto l'individuo che avesse trasferito la propria residenza in un altro Paese (nell'esercizio delle sue libertà fondamentali) si troverebbe in una posizione meno favorevole rispetto ad un altro che (pur cambiando la sua residenza) non avesse mai lasciato tale Stato.

<sup>27</sup> Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, Racc. 2006, §. 45-46.

<sup>28</sup> Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, Racc. 2006, §. 45-46. Come correttamente ha osservato Di Pietro, ciò che è accaduto è stata una "dissociazione, sconosciuta evidentemente nella logica puramente interna dell'imposizione" tra "il potere di imposizione" e "il suo esercizio" vedi, Di Pietro, A., *Passato e futuro dell'Exit Tax*, in studi Tributari Europei, n. 1/2009, p. 3.

<sup>29</sup> Corte Giust., sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, N, Racc. 2006, §. 49.

<sup>30</sup> La logica è stata chiaramente illustrata da De Pietro: "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" – Vedi De Pietro, C., *Exit Tax: territorialità e mobilità societaria*, in Studi Tributari Europei n. 1/2009, p. 24.

entrambi i casi precedentemente citati, le misure andavano oltre quanto necessario per perseguire gli obiettivi prefissati<sup>31</sup>.

In conclusione, uno Stato membro è autorizzato a tassare le plusvalenze maturate dal contribuente fino al momento del trasferimento ogni volta che: i) la successiva diminuzione del prezzo dei titoli sia contabilizzata; ii) l'effettiva tassazione sia differita al momento di concreta percezione dei redditi (cessione dell'attività); iii) non vi siano oneri amministrativi e finanziari sproporzionati collegati al trasferimento. A simili conclusioni si è giunti nella Comunicazione della Commissione Europea sull'exit tax<sup>32</sup> e nella "Risoluzione sul coordinamento dell'exit tax"<sup>33</sup> del Consiglio dell'Unione Europea.

#### 4. Tassazione in uscita e società

L'ammissibilità di una qualsiasi forma di *exit tax* per le società è, ancora, una questione del tutto aperta<sup>34</sup>. Anche se la Corte ha utilizzato in modo

---

<sup>31</sup> Nelle parole della Corte, "il trasferimento del domicilio di una persona fisica fuori dal territorio di uno Stato membro non implica, di per sé, evasione o elusione fiscale". "Lo scopo perseguito, vale a dire impedire che un soggetto passivo trasferisca temporaneamente il suo domicilio fiscale prima di cedere titoli mobiliari con il solo scopo di eludere il pagamento dell'imposta sulle plusvalenze dovute in Francia, può essere raggiunto da misure meno vincolanti o meno restrittive della libertà di stabilimento" in più "l'obbligo di fornire garanzie, necessarie per la concessione di un differimento dell'imposta dovuta normalmente, mentre senza dubbio agevola la riscossione di tale tributo da un residente straniero, va però oltre quanto è strettamente necessario per garantire il funzionamento e l'efficacia di un tale sistema" Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02 de Lasteyrie du Saillant, §. 51 e 54.

<sup>32</sup> Comunicazione COM(2006) 825 definitivo del 19 dicembre 2006, dalla Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale Europeo, dal titolo "Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri".

<sup>33</sup> Adottata dal Consiglio dell'Unione Europea, 2911<sup>th</sup> economic and financial affairs in Brussels del 2 Dicembre 2008. Questa risoluzione non è altro che un impegno politico, non essendo giuridicamente vincolante. In ogni caso, sottolinea come le persone fisiche e le società non dovrebbero sopportare un trattamento fiscale meno favorevole (che consiste nella doppia imposizione derivante dalla concorso della tassazione in uscita con la normale tassazione delle plusvalenze dello Stato di destinazione) quando spostano la loro residenza da uno Stato membro ad un altro.

<sup>34</sup> Vedi Gregg, M., *Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE: per un nuovo Nomos europeo*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, p. 16-27. per quanto alcuni autori li considerino incompatibili, Boers ci ha fatto notare più volte che il Legislatore nei Paesi Bassi ha ribadito che la tassazione in uscita delle società è compatibile con il diritto comunitario—Vedi Boers, S. *L'impatto del diritto UE sulla normativa olandese in materia di exit tax*, in Studi Tributari Europei, no. 1/2009.

coerente il termine “contribuente” nella sua giurisprudenza precedente, non è chiaro se tali risultati possano essere immediatamente applicati anche al campo delle società. Possono, infatti, essere mosse due obiezioni: i) quella della personalità giuridica, su di un piano civile/commerciale, e; ii) l'altra della prevalenza della sostanza sulla forma.

Iniziando dalla prima: a differenza delle persone fisiche, la cui soggettività giuridica deriva da eventi naturali e meta-giuridici (come la nascita e la morte)<sup>35</sup>, le società invece vengono costituite ed estinte con atti giuridici<sup>36</sup>.

In questo senso, va accertato in primo luogo se l'ordinamento giuridico permetta alla società che si voglia trasferire in un altro Paese, di mantenere la soggettività giuridica. Ciò è dovuto al fatto che, nell'Unione Europea, la questione non è ancora stata armonizzata e gli Stati membri sono liberi di adottare proprie normative, modellate sulla base di due fondamentali archetipi (anche se, nella pratica, molti Paesi utilizzano elementi di entrambi): quello del luogo di costituzione e l'altro della sede effettiva<sup>37</sup>. Solo sulla base del primo è ammissibile il trasferimento di residenza.

La sentenza *Cartesio*<sup>38</sup> ha delineato un certo parallelismo tra il concetto di cittadinanza e quello di costituzione di una società<sup>39</sup> ed ha affermato che

---

<sup>35</sup> Anche se, come possiamo notare in Corte Giust, sent. del 2 marzo 2010, causa C-135/08 Rottmann, è inoltre possibile per uno Stato membro revocare ad un cittadino dell'Unione la cittadinanza di tale Stato, acquisita per naturalizzazione, quando essa sia stata ottenuta con l'inganno, a condizione che sia rispettato il principio di proporzionalità.

<sup>36</sup> La sua esistenza non si è imposta *a priori*, nel sistema giuridico; ma come un *constructo*, la conseguenza delle norme di un dato ordinamento. In altri termini, spetta al diritto civile e commerciale determinare in quali termini una società possa essere costituita e in quali circostanze possa cessare di esistere (con le note eccezioni della SE e la SCE). Circa il loro regime vedi González Sánchez, Elena, Franch Fluxa, Juan, *La transferencia de la residencia fiscal de las sociedades y libre establecimiento. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del TJCE y del Reglamento de la Societas Europaea*, Quincena Fiscal, 17/2005, pp. 35-47.

<sup>37</sup> Per una dettagliata analisi di questi due sistemi, al di là della portata del presente lavoro, vedi Panayi, C., *Corporate Mobility in the European Union and Exit Taxes*, in Bulletin for International Taxation 10/2009, pp. 459-473 (in particolare, section 2 – Conflict of Laws Theories and Companies) così come, dallo stesso autore, *Corporate Mobility under Private International Law and European Community Law: Debunking Some Myths*, in Yearbook of European Law, 2009, pp. 124-176.

<sup>38</sup> Vedi Corte Giust., sentenza 16 December 2008, C-210/06 *Cartesio*, (che, a tal proposito sviluppa un ragionamento già trattato in Corte Giust., sentenza 27 Settembre 1988, C-81/87 *Daily Mail*).

<sup>39</sup> Come ha correttamente osservato la Task Force CFE della Corte di Giustizia in merito alla sentenza *Cartesio*, la Corte ha abbozzato un “parallelismo tra la costituzione di società e la nazionalità degli individui. Una persona fisica deve necessariamente possedere la nazionalità di uno Stato membro per poter beneficiare delle libertà in quanto libertà di stabilimento; è ovviamente compito del diritto nazionale di ciascuno Stato membro determinare se un individuo goda o meno della nazionalità di detto Stato. Allo stesso modo, una società costituita in uno Stato membro, gode delle libertà fondamentali: è anche in

uno Stato membro ha ancora il potere di definire i criteri che consentono ad una società di mantenere la propria soggettività giuridica<sup>40</sup>. Se un ordinamento giuridico richiede che una società debba mantenere la sua sede effettiva all'interno del Paese di costituzione, l'inevitabile conseguenza del suo trasferimento, generalmente ammesso dal diritto UE<sup>41</sup>, sarà la perdita della personalità giuridica. In buona sostanza, una società è costretta ad avviare la liquidazione prima di trasferirsi in un altro Stato membro, nel quale avviene: i) la realizzazione della plusvalenza, e; ii) la relativa tassazione della stessa. Solo quando una società è in grado di trasferirsi all'estero senza dover perdere la propria personalità giuridica come conseguenza del proprio trasferimento, noi potremo procedere nell'analisi giuridica. Occorre tuttavia sottolineare che, allo stato attuale dei fatti, gli Stati Membri sono in grado di eludere l'orientamento della Corte di Giustizia in merito alla tassazione in uscita: basta che introducano alcune modifiche nel diritto civile e commerciale per impedire ad una società che si trasferisca all'estero di mantenere la propria personalità giuridica<sup>42</sup>.

---

questo caso il diritto interno di ciascuno Stato membro a definire quali condizioni debbano essere rispettate per una società per essere costituita in detto Stato, alcune di quelle condizioni potrebbero slittare ad un altro Stato membro e tuttavia la società potrebbe rimanere costituita ai sensi del diritto del primo Stato" – vedi "Opinion Statement della CFE Task Force nella causa Cartesio Oktató é Szolgáltató bt (Case C-210/06), sentenza del 16.12.2008", § 9.

<sup>40</sup> Nelle parole della Corte: "Uno Stato membro dispone pertanto della facoltà di definire sia il criterio di collegamento richiesto a una società affinché essa possa ritenersi costituita ai sensi del suo diritto nazionale e, a tale titolo, possa beneficiare del diritto di stabilimento, sia quello necessario per continuare a mantenere detto status. Tale facoltà include la possibilità, per lo Stato membro in parola, di non consentire a una società soggetta al suo diritto nazionale di conservare tale status qualora intenda riorganizzarsi in un altro Stato membro trasferendo la sede nel territorio di quest'ultimo, sopprimendo in questo modo il collegamento previsto dal diritto nazionale dello Stato membro di costituzione." - Vedi sent. Cartesio, par. 110.

<sup>41</sup> Alla luce di, Corte Giust., sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02 Zhu e Chen e ancora sentenza Cartesio, già menzionata.

<sup>42</sup> Questa è l'invitabile conseguenza di non avere ancora una politica armonizzata in quel settore. Ogni volta che il trasferimento è possibile, noi dobbiamo necessariamente spostare la discussione dal diritto internazionale privato al settore delle imposte dirette. Qui, il quadro di analisi sarà diverso e molto più simile a quello già definito per le persone fisiche. Secondo una giurisprudenza consolidata, spetta a ciascuno Stato membro, tenendo debitamente conto del diritto comunitario, stabilire le condizioni per l'acquisizione e la perdita della cittadinanza – Vedi, Corte Giust., sentenza 11 novembre 1999, causa C-179/98, Micheletti e Zhu and Chen, già citata. Come affermato dalla Task Force CFE "la sentenza Cartesio non fornisce alcun supporto a coloro che considerano la tassazione in uscita delle imprese come compatibile con il diritto comunitario. Piuttosto, fornisce alcune indicazioni che la Corte seguirà nelle sue decisioni con riferimento alle persone fisiche, e finirà per giudicare la exit tax sulle imprese incompatibile con il diritto UE" – Vedi la già menzionata "Opinion Statement", par. 13.

Aggiornamento – *Exit Tax: analisi comparata e comunitaria* (n. 1/2009)

La discussione, ai fini fiscali, fa sollevare un'obiezione: quella di ritenere che la exit tax non sia nulla di più che una riqualificazione, ai fini fiscali, del trasferimento. Applicando il principio di "prevalenza della sostanza sulla forma" è possibile sostenere che il trasferimento all'estero non sia altro che una sorta di liquidazione della società. Questo, ovviamente, richiede l'applicazione delle conseguenze fiscali previste per la liquidazione, ad esempio, l'applicazione di un'imposta sui redditi maturati sino al momento del trasferimento. Ciononostante, questo provocherebbe un trattamento discriminatorio e inaccettabile in quanto, in questo caso, non avverrebbe nessuna realizzazione ed inoltre gli azionisti non riceverebbero alcun reddito effettivo<sup>43</sup>.

Se si superano queste due discussioni, diventa possibile interrogarsi sulla compatibilità dell'exit tax con il diritto dell'Unione Europea.

Secondo la Corte di Giustizia, con un'interpretazione consolidata nel campo della fiscalità diretta, una norma nazionale non può introdurre un'ingiustificata e sproporzionata violazione alle libertà fondamentali<sup>44</sup>.

Secondo la giurisprudenza della Corte, inoltre, una società che si trasferisca in un altro Stato membro della UE (o SEE<sup>45</sup>) non può essere sottoposta ad alcun onere fiscale più elevato o anticipato rispetto a quello che un contribuente si troverebbe a sopportare con un comparabile trasferimento interno<sup>46</sup>. Ovviamente, il trasferimento interno e quello cross-border non sono del tutto comparabili, e alcune norme specifiche per le ipotesi transnazionali possono essere previste<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Come correttamente osservato da Dourado "la tassazione non si verifica esattamente negli stessi termini come in riferimento ai profitti dell'anno fiscale/periodo di liquidazione, poiché in questo caso i guadagni fiscali sono determinati e tassati quando i beni vengono distribuiti agli azionisti e tale distribuzione viene legalmente equiparata ad una vendita di mercato, in cui il valore fiscale viene ad essere quello di mercato dei beni" – vedi Dourado, A. P., *Portugal: Pending Cases* in: Lang, M., Pistone, P., Such, J. and Staringer, C. (eds.), *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation*, 2009, Linde, 2009, p. 228.

<sup>44</sup> Allo stesso modo ha osservato Schneeweiss, H., *Exit Taxation after Cartesio: The European Fundamental Freedom's Impact on Taxing Migrating Companies*, in *Intertax*, 6-7/2009, p. 363: "a prima vista la sentenza Cartesio della Corte di Giustizia può apparire come una vittoria per quegli Stati membri che applicano la exit tax sulle società che cambiano residenza. Una più attenta analisi rivela però che la sentenza Cartesio è applicabile solamente ad una casistica marginale di ipotesi di trasferimento di residenza".

<sup>45</sup> Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

<sup>46</sup> Vedi la Comunicazione della Commissione COM(2006) 825 final, par. 3.

<sup>47</sup> Come ad esempio il requisito di una dichiarazione al momento del trasferimento, con una valutazione dei profitti maturati e di quelli non realizzati.

L'analisi deve concentrarsi sugli effetti del prelievo specifico. In questo senso appare irrilevante accertare se l'imposta viene riscossa al momento o della realizzazione dei redditi (prendendo in considerazione solo quelli maturati fino a che la società era residente), o del trasferimento, sulle plusvalenze maturate (e viene immediatamente prevista una dilazione fino alla realizzazione di tale plusvalore)<sup>48</sup>.

Forse ancora più importante del dibattito in merito alla compatibilità di tale disciplina è quello relativo al coordinamento della politica degli Stati membri in questo settore. A nostro parere, gli Stati membri e la Commissione (nessuno di essi dovrebbe far affidamento solo sulle forze altrui) possono adottare misure attive per coordinare i sistemi fiscali degli Stati membri per evitare casi di doppia imposizione. Tuttavia, tali situazioni, finché derivano dalla sovrapposizione di discipline diverse, saranno qualificate come semplici disparità, che restano al di fuori dell'ambito di questa indagine. Noi inoltre non affronteremo né le diverse modalità di riscossione delle imposte, né come la exit tax possa costituire una violazione dei Trattati tributari internazionali<sup>49</sup>, in quanto ne stanno già discutendo alcuni commentatori.

## 5. L'exit tax sulle società in Portogallo

### 5.1 Introduzione

Per quanto riguarda la tassazione delle società, vi sono essenzialmente due aspetti nell'ordinamento portoghese che potrebbero essere considerati incompatibili con il diritto comunitario. Quelli della tassazione delle

---

<sup>48</sup> Per un giudizio critico sul meccanismo del differimento, vedi, Douma, S., *National Grid Indus. Request for preliminary ruling on exit tax on companies. Court of Appeals of Amsterdam*, in *Insights and Highlights on European Taxation*, n. 12/2010.

<sup>49</sup> Vedi Hurk, H. - Korving, J., *The ECJ's Judgment in N Case against the Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union*, in *Bulletin for International Taxation*, n. 4/2007, p. 154. Come osservano questi autori: "se uno Stato contraente trae la potestà impositiva da un Trattato bilaterale, le disposizioni di tale Trattato non potrebbero essere disapplicate o eluse in ragione della potestà impositiva di diritto interno dell'altro Stato contraente". Inoltre "anche se la exit tax può apparire compatibile con il diritto comunitario, il relativo regime non può infrangere i Trattati fiscali internazionali e più in generale violare il diritto internazionale".

plusvalenze latenti: i) quando una società trasferisca la propria sede e il proprio centro direzionale all'estero; ii) quando una stabile organizzazione si trasferisca in un altro Stato membro o vi trasferisca parte delle sue attività. Si possono generare problemi anche per l'immediata tassazione in capo agli azionisti delle società che si trasferiscono all'estero. Il presente documento tratterà solo queste specifiche forme di tassazione in uscita. In questo capitolo ci si propone di: i) accertare se sia possibile, in base al diritto portoghese, trasferire una società in un altro Stato membro, e; ii) verificare se le misure attualmente in vigore siano compatibili con il diritto dell'Unione Europea. Nell'ultima sezione esamineremo il regime impositivo applicabile agli azionisti delle società che trasferiscono la loro residenza all'estero.

## **5.2 Cambiamento della sede principale o della direzione effettiva di una società residente in Portogallo**

Dalla sentenza *Cartesio* risulta che antecedente logico per ogni possibile valutazione è sapere se una società mantiene la propria personalità giuridica quando si trasferisce all'estero. Questo comporta due ordini di problemi: i) verificare se lo Stato membro che regola la società le consente di trasferirsi all'estero e di continuare la sua esistenza in quanto tale; ii) sapere se l'ordinamento giuridico dello Stato membro ospitante permetta a tale società di continuare ad esistere. Ai fini del presente lavoro, ci si concentrerà solo sulla prima parte della discussione. Tuttavia è necessario tener presente un aspetto: anche se è possibile concludere che il Portogallo permette ad una società di trasferirsi all'estero, è ancora necessario verificare se l'ordinamento giuridico del Paese membro ospitante (e ciò varierà da Stato a Stato) permetta alla società di continuare ad esistere in quanto tale<sup>50</sup>. Questo doppio esame non sarà necessario, come già specificato, per le SE e le SCE<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Il sistema è, quindi, in linea con "i requisiti delle sentenza *Cartesio*".

<sup>51</sup> Come sostiene Szudoczky: "La SE è una forma societaria sovranazionale, che a differenza delle società costituite in forza del diritto interno degli Stati membri, viene creata e governata sulla base di regole comuni del diritto UE. In virtù di tali norme comunitarie è

## Aggiornamento – Exit Tax: analisi comparata e comunitaria (n. 1/2009)

La risposta sembra essere relativamente semplice: “una società con la propria sede in Portogallo può trasferirsi in un altro Paese, mantenendo la propria personalità giuridica, se ciò è consentito dall’ordinamento di detto altro Stato” – Vedi art. 3 (4) del Codice delle Società Commerciali (CSC)<sup>52</sup>. In maniera simmetrica, il Portogallo permette il trasferimento di una società regolata dalle normative di un altro Paese, a condizione che l’ordinamento giuridico di tale Stato accetti pur sempre il trasferimento. Tuttavia, tale società dovrà adattare il proprio statuto al diritto interno. Pertanto il diritto societario nazionale non crea ostacoli al trasferimento di una società Portoghese in un paese estero<sup>53</sup>. È possibile trasferire la sede effettiva, il centro decisionale o entrambi. Se quindi l’ordinamento giuridico interno dell’altro Paese accetta che tale società continui ad operare (riconoscendole la personalità giuridica) è possibile proseguire<sup>54</sup> e verificare la compatibilità con il diritto comunitario<sup>55</sup>. Ai fini dei seguenti capitoli, daremo per assunto il fatto che, in caso di trasferimento di una società regolata dal diritto

---

possibile trasferire liberamente la propria sede legale. Non possono essere accettati ostacoli derivanti da norme nazionali a tale trasferimento.” – Szudoczky, R., *Comments – Letter of formal notice – Norwegian rules on exit tax. EFTA Surveillance Authority*, in *Insights and Highlights in European Taxation*, n. 7/2010, p. 99.

<sup>52</sup> “Código das Sociedades Comerciais” in Portoghese. La decisione di trasferire deve soddisfare i requisiti per le modifiche dello statuto, e, in ogni caso, non può essere adottata con meno del 75% dei voti. I soci che non hanno votato a favore, hanno il diritto di recedere dalla società e devono rendere nota loro decisione nei 60 giorni successivi alla pubblicazione della delibera – vedi art. 3 (5) del CSC.

<sup>53</sup> Il sistema è simile a quello spagnolo, anche se non così contestato. Per un primo approccio al sistema Spagnolo, vedi Sanz Clavijo, A., *The European Commission's Infringement Cases about Spanish Taxes Provisions for Individuals and Companies*, in *Intertax*, n. 6-7/2010, pp. 375-376, Herrera Molina, P., *Spain: Pending Cases*: in Lang, M., Pistone, P., Such, J. and Staringer, C. (eds.), *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation*, 2009, Linde, 2009, Martín Jiménez, A., Calderón Carrero, J. M., *Los impuestos de salida y el Derecho Comunitario europeo a la luz de la legislación española*, in *Crónica Tributaria*, n. 125/2007, pp. 49-76, e Calderón Carrero, J. M., *La compatibilidad comunitaria de los impuestos de salida y de las reglas para el reembolso de garantías exigidas con infracción del Derecho Comunitario: el caso N*, in *Estudios Financieros. Revista de contabilidad y tributación*, 286/2007, pp. 103-126.

<sup>54</sup> Per un'eccellente analisi dei diversi sistemi vigenti in Europa, vedi Frada de Sousa, A., *Company's Cross-Border Transfer of Seat in the EU after Cartesio*, Jean Monnet Working Paper, 07/09, 2009.

<sup>55</sup> Secondo Szudoczky, “Le disposizioni in materia di exit tax non riguardano il caso in cui una società può considerarsi ancora residente nel suo Stato dopo il trasferimento del suo centro amministrativo. Pertanto, tali norme non dovrebbero rimanere al di fuori del campo applicativo della libertà di stabilimento ma essere soggette ad un controllo come altre restrizioni normative nazionali”- vedi Szudoczky, R., *How Does the European Court of Justice Treat Precedents in its Case Law? Cartesio and Damseaux from a Different Perspective: Part I*, in *Intertax*, n. 6-7/2009, p. 356.

portoghese, lo Stato ospitante continui a riconoscerle la personalità giuridica.

### **5.3 Compatibilità con il diritto comunitario dell'exit tax in capo alle società**

In primo luogo si deve osservare che, nonostante tutte le similitudini, il regime Portoghese dell'exit tax non è da considerare un'attuazione della direttiva-fusioni<sup>56</sup>. A differenza di questa che attribuisce benefici fiscali ad alcune operazioni di riorganizzazioni aziendali transnazionali, il regime di exit tax comporta un prelievo, applicabile con il trasferimento della residenza fiscale di una società.

In secondo luogo, dopo aver esaminato in dettaglio tutti gli aspetti del regime portoghese di imposizione fiscale in uscita, siamo in grado di valutare con precisione la sua compatibilità con il diritto comunitario. La risposta sembra essere molto semplice: la normativa portoghese, quando applicabile, comporta una violazione inaccettabile della libertà di stabilimento. In altre parole, le società che decidono di lasciare il Portogallo o di trasferire le proprie attività all'estero sono soggette ad una tassazione immediata, mentre quelle che rimangono in Portogallo o che trasferiscono nel mercato interno le loro attività non vengono tassate.

*Prima facie*, questo trasferimento sembra essere garantito dalla libertà di stabilimento (art. 49 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea - TFUE e art. 31° del trattato dell'Area Economica Europea - AEE<sup>57</sup>). Fino a che non si presentano problemi in merito alla personalità giuridica, il trasferimento di una società corrisponde all'esercizio delle libertà di stabilimento. Inoltre, le regole in questione costituiscono una violazione di tale libertà, che può essere caratterizzata sia come una restrizione<sup>58</sup>, sia

---

<sup>56</sup> O, più precisamente, delle modifiche in merito alla direttiva fusioni del 2005, già citata.

<sup>57</sup> Pubblicato in gazzetta ufficiale N. L 1, 3.1.1994, p. 3 e ss. e nella Gazzetta ufficiale EFTA.

<sup>58</sup> Così si attiva quando una società "attraversa il confine", esercitando la sua libertà di stabilimento.

come una discriminazione<sup>59</sup>. E' decisivo il fatto che tale differenza di trattamento dissuade le società dall'esercizio di alcuni aspetti della loro libertà di stabilimento, come quello di trasferire la loro residenza al di fuori del territorio portoghese<sup>60</sup>. Gli *obiter dicta* contenuti nella decisione *de Lasteyrie du Saillant* sembrano potersi applicare direttamente a questi casi<sup>61</sup>.

Ovviamente, le libertà fondamentali non sono assolute e ci si potrebbe comunque chiedere se la disciplina nazionale possa essere considerata comunque ammissibile, vale a dire, se essa sia stata adottata per garantire una giustificata ragione e se è proporzionato ad essa. In questa situazione, le motivazioni possono essere anche diverse, come quelle della lotta all'evasione e all'elusione fiscale, della necessità di un efficace controllo fiscale o di garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati. Nonostante ciò, e indipendentemente dalle giustificazioni invocate, si è quasi subito pervenuti alla conclusione che il regime portoghese possa essere considerato sproporzionato. In realtà, il sistema è ancora più rigido di quello preso in considerazione nella sentenza *de Lasteyrie du Saillant* dato che: i) non ci sono possibilità di differimento; ii) non è possibile prendere in considerazione eventuali diminuzioni di valore avvenute dopo il trasferimento. Pertanto, la valutazione si sposta a monte: non ci addentreremo a considerare se la dichiarazione o le garanzie richieste al momento del rinvio sono proporzionali, ma se l'immediata tassazione, in quanto tale, sia ammissibile. E la risposta è chiaramente negativa. Tutti gli obiettivi citati precedentemente potrebbero essere garantiti con misure meno restrittive, pur mantenendo la tassazione al momento della

---

<sup>59</sup> Dato che queste società subiscono un trattamento meno favorevole, se confrontate con quelle che decidono o di rimanere in Portogallo o di spostare la loro residenza all'interno di tale giurisdizione.

<sup>60</sup> Come stabilito nella sent. causa C-470/04, N, par. 35.

<sup>61</sup> In questo caso la Corte ha stabilito che "il contribuente desideroso di trasferire il domicilio fuori dal [suo Stato d'origine], nell'ambito dell'esercizio [di una delle libertà fondamentali], è soggetto ad un trattamento sfavorevole rispetto ad una persona che conserva la sua residenza nello [Stato]. Tale contribuente, per il solo fatto di un trasferimento di questo tipo, diventa debitore di un'imposta su un reddito non ancora realizzato e di cui egli quindi non dispone, mentre, se egli risiedesse [nello Stato di origine], le plusvalenze sarebbero imponibili solo se e quando fossero effettivamente realizzate. Tale disparità di trattamento (...) è di natura tale da dissuadere un contribuente dall'effettuare un trasferimento di questo tipo." – Vedi Corte Giust., sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*, par. 46.

realizzazione<sup>62</sup> (o, comunque, prevedendo la tassazione al momento del trasferimento con un differimento immediato della riscossione al momento in cui avviene la realizzazione, senza imporre oneri amministrativi sproporzionati). L'obiettivo della ripartizione equilibrata della tassazione potrebbe essere raggiunto se il Portogallo fosse in grado tassare le plusvalenze maturate quando il contribuente è ancora residente (ossia prima del trasferimento); la lotta all'elusione e all'evasione fiscale nonché il controllo fiscale potrebbero essere garantiti combinando un onere procedurale (ad esempio con particolari dichiarazioni)<sup>63</sup> con i meccanismi predisposti in osservanza delle direttive in materia di assistenza reciproca nello scambio di informazioni e sul recupero dei crediti fiscali. Inoltre, un'imposizione come quella portoghese, applicata immediatamente senza nessuna possibilità di rinvio, va ben oltre quanto è necessario per perseguire valide ragioni e, di conseguenza, viene ad essere incompatibile con il diritto comunitario.

#### **5.4 La compatibilità con il diritto comunitario dell'imposta gravante sugli azionisti**

La problematica della compatibilità con il diritto europeo sorge anche per gli effetti sugli azionisti. Le ragioni che abbiamo esaminato nei precedenti paragrafi sono, con minimi adattamenti, anche qui pienamente applicabili. Non è ammissibile discriminare (indirettamente) gli azionisti (e applicare un trattamento fiscale meno favorevole) solo per il fatto che le società in cui detengono una partecipazione abbia deciso di esercitare la propria libertà di stabilimento, trasferendosi all'estero. Si dovrebbe tenere in considerazione che l'evento che conduce alla violazione è il trasferimento

---

<sup>62</sup> Solo in questo momento emerge un'effettiva capacità contributiva e un movimento di cassa che facilita la riscossione dell'imposta. In più, come giustamente rilevato da Carinci, questo sarebbe l'unico modo per consentire una effettiva tassazione dell'avviamento – vedi Carinci, A., *Il diritto comunitario alla prova delle exit taxes tra limiti, prospettive, contraddizioni*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, p. 9-10.

<sup>63</sup> Per esempio: i) una al momento del trasferimento e una al momento della realizzazione, come raccomandato dalla soft law della Commissione di riferimento. Soluzione sostenuta anche da Pires, M., *Exit Taxes*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, p. 19-20.

della società – quindi un esercizio della libertà di stabilimento. Ne consegue che non è rilevante sapere se la società holding esercita un'influenza decisiva<sup>64</sup> sulla società *sub judice*.

Inoltre, anche in termini di politica fiscale, sembra difficile giustificare un tale regime. Se il contribuente continua ad essere residente, in una politica saggia, è irrilevante se l'azienda trasferisca o meno le proprie attività: il Portogallo avrebbe comunque diritto alle eventuali plusvalenze al momento della loro realizzazione, come accade per le situazioni domestiche<sup>65</sup>. Il trasferimento della residenza e le eventuali variazioni nel regime fiscale della società sono irrilevanti per quanto attiene al profilo degli azionisti; quello che dovrebbe realmente importare è la loro effettiva capacità contributiva, misurata dal guadagno che si ottiene con la vendita delle azioni.

## 6. Conclusioni

La tassazione delle plusvalenze latenti delle attività di una società a causa del trasferimento della sua sede principale o del centro direzionale è prevista in una normativa molto recente, introdotta solamente con la Finanziaria 2006 dello Stato portoghese. Tali norme sono attualmente contenute negli art. 83° -85° della PCITC (in precedenza art. 76°-A, 76°-B e 76°-C). Vi è un'innequivocabile allusione al fatto che tali norme siano da considerare come un'attuazione della direttiva 2005/19/CE<sup>66</sup>, del 17 febbraio 2005, che ha introdotto alcune modifiche alla direttiva fusioni. Le disposizioni seguono molto da vicino, nella loro formulazione, le norme contenute in quel testo (come è evidente nel rinvio alla clausola abuso per la ristrutturazione delle imprese, derivante dalla direttiva fusioni)

---

<sup>64</sup> Questo, conforme alla dottrina *Baars*, avrebbe permesso di distinguere tra la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei capitali– Vedi Corte Giust., sentenza 13 Aprile 2000, causa C-251/98 *Baars*.

<sup>65</sup> Per giungere alle stesse conclusioni, ma su casi riguardanti paesi EEA, si veda Szudoczky, R., *Comments...*, *cit.*, p. 100.

<sup>66</sup> Direttiva N. 2005/19/CE del 17 Febbraio 2005 che modifica la Direttiva N. 90/434/CE sul regime fiscale normale applicabile alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti di attivo e agli scambi di azioni riguardanti società di diversi Stati Membri.

Poiché questo regime comprende clausole, concetti e altri termini che sono chiaramente estrapolati dal diritto comunitario derivato, è chiaro che le autorità fiscali e le giurisdizioni nazionali dovranno interpretare queste disposizioni secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'interpretazione *a contrario* della direttiva (nella quale il regime sembra trovare profili di legittimità) non pare essere condivisibile perché: i) la direttiva prevede solo un'armonizzazione parziale e non è destinata ad essere considerata come uno strumento normativo completo (dal quale un ragionamento *a contrario* potrebbe desumersi); ii) anche la parte non armonizzata è già disciplinata dalle libertà fondamentali e, come ha stabilito la Corte secondo una costante giurisprudenza, le misure fiscali nazionali che infrangono tali libertà, applicabili per il loro solo esercizio, dovranno essere considerate molto probabilmente incompatibili con il diritto comunitario. In generale, quello che il legislatore nazionale ha introdotto, negli attuali artt. 83° - 85° della PCITC, è stata una nuova imposta. Questa restrizione/trattamento discriminatorio potrebbe essere valutato sotto due diversi ordini di giustificazioni (ossia come la lotta all'evasione e all'elusione fiscale, la necessità di assicurare un efficace controllo fiscale e una corretta ripartizione della potestà impositiva). Ma, in ogni caso, l'assenza di una possibilità di differimento la trasforma in una misura sproporzionata per raggiungere uno qualsiasi di questi obiettivi.

In conclusione, la normativa portoghese, nella misura in cui richiede che le plusvalenze latenti riferite al patrimonio di un'azienda siano incluse nella base imponibile dell'anno d'imposta in cui la società domestica trasferisce la sua sede principale o il luogo di direzione e controllo in un altro Stato membro o, nel caso di una stabile organizzazione di un soggetto non residente, che cessi la sua attività in Portogallo o trasferisca le sue attività in un altro Stato membro, mentre, al contrario, le plusvalenze latenti in operazioni puramente nazionali non sono incluse nella base imponibile, è da ritenersi incompatibile con il diritto comunitario.

Per di più, nonostante le avvertenze, gli ammonimenti e le proposte (in particolare quelle della Commissione e del Consiglio, con - rispettivamente - la citata comunicazione e la risoluzione), il Portogallo non ha ancora

*Aggiornamento – Exit Tax: analisi comparata e comunitaria (n. 1/2009)*

adottato alcun cambiamento e mantiene una normativa che è, secondo una saggia politica, difficile da capire, se non semplicemente inadeguata. Sarebbe opportuno non solo introdurre il già citato cambiamento, ma anche che la Commissione, più che in attesa di un attivo coordinamento tra Stati membri<sup>67</sup>, facesse un passo avanti (seguendo il principio di sussidiarietà) e proponesse uno strumento giuridico vincolante, per scoraggiare i casi involontari di doppia imposizione che inevitabilmente persisteranno se non verrà adottato un sistema armonizzato in questo campo.

---

<sup>67</sup> Questo parere è stato espresso dall'ex Commissario per la fiscalità, contenuto in Kovács, *La politica della Commissione Europea in materia di exit tax*, in Studi Tributari Europei, n. 1/2009, p. 9 e ss.