

**Danimarca, Paesi Bassi e Spagna deferiti dalla Commissione  
Europea alla Corte di Giustizia per i regimi  
di *exit tax* d'impresa**

**Daniël Smit<sup>1</sup>**

## **1. Introduzione**

Il 24 novembre 2010, la Commissione Europea ha annunciato la decisione<sup>2</sup> di deferire alla Corte di Giustizia Paesi Bassi, Spagna e Danimarca in relazione alle rispettive discipline nazionali che impongono una *exit tax* alle imprese.

Nel diritto nazionale danese, olandese e spagnolo, sono soggette ad imposizione le plusvalenze non realizzate da un'impresa quando la stessa (i) cambia residenza; (ii) trasferisce la propria stabile organizzazione; ovvero (iii) trasferisce i propri *asset* in un altro Stato membro. Tuttavia, le stesse plusvalenze non realizzate, eventualmente derivanti da analoghe operazioni condotte su un piano esclusivamente domestico, non scontano alcuna forma di imposizione. La Commissione sostiene, dunque, che in questi casi l'imposizione immediata, per quanto giustificata, non sia proporzionata. Ritiene, infatti, che gli Stati membri dovrebbero posticipare la riscossione di tali imposte fino al momento della effettiva realizzazione della plusvalenza, e non invece prelevare l'imposta al momento del trasferimento degli *asset* o delle passività (la posizione della Commissione in materia di *exit taxes* all'interno dell'Unione è peraltro ben illustrata nella Comunicazione del 19

---

<sup>1</sup> Tax Manager presso Ernst & Young Tax Advisers LLP e Ricercatore Associato presso il Fiscal Institute Tilburg, Tilburg University, Paesi Bassi. Traduzione italiana a cura di Cristiana Bottazzi, dottoranda in Diritto Tributario Europeo presso l'Università di Bologna Alma Mater Studiorum.

<sup>2</sup> Comunicato stampa dal 24 novembre 2010, IP/10/1565.

dicembre 2006<sup>3</sup>).

Nel presente contributo, l'autore analizza la giurisprudenza della Corte di Giustizia rilevante sul punto e la sua influenza sui possibili esiti delle menzionate procedure di infrazione.

## 2. Esiste una restrizione?

### 2.1 Imposizione al trasferimento degli asset

Ad avviso di chi scrive, non sussiste alcuna discriminazione nella misura in cui il trasferimento di *asset* e passività costituisce un presupposto d'imposta tanto nelle situazioni domestiche quanto in quelle transfrontaliere. D'altro canto, quando la tassazione delle plusvalenze generate dal trasferimento di *asset* da parte di una società domestica viene differita alla sola condizione che la società destinataria sia anch'essa residente, si tratta di una discriminazione rispetto alle libertà del Trattato, come si evince dalle pronunce *X AB and Y AB* e *X and Y*.<sup>4</sup> Sulla scorta di questa giurisprudenza, deve essere riguardata come restrizione discriminatoria la tassazione immediata sui trasferimenti di *asset* e passività effettuati dalla sede centrale di una società stabilita in un determinato Stato membro verso la propria stabile organizzazione all'estero, e viceversa, qualora nessun analogo prelievo sia previsto nelle situazioni meramente domestiche<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo del 19 dicembre 2006, *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri*, COM(2006)825 final.

<sup>4</sup> Corte Giust., sentenza del 18 novembre 1999, causa C-200/98, *X AB* e *Y XB* [1999] ECR I-8261, paragrafo 36; Corte Giust., sentenza del 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X* e *Y* [2002] ECR I-10829, paragrafo 36.

<sup>5</sup> A supporto di questa conclusione si può ricordare Corte Giust., sentenza del 23 febbraio 2006, causa C-253/03, *CLT-UFA SA* [2006] ECR I-1831, paragrafi 22 e ss., in cui la Corte ha rigettato l'argomento sollevato dal governo tedesco, secondo cui ci sarebbe una fondamentale differenza tra la distribuzione di utili da una controllata alla propria società madre e il trasferimento di utili in seno alla stessa società. Nello stesso senso, si veda M. Tenore, *The transfer of assets from a permanent establishment to its general enterprise in the light of European tax law*, Intertax 2006/8-9, pp. 391-392.

## 2.2 Imposizione al trasferimento della residenza fiscale delle società

Per quanto riguarda le *exit taxes* nel campo del reddito d'impresa, la questione si complica. A prima vista, si potrebbe dedurre dalla pronuncia *Daily Mail* che le *exit taxes* in quanto tali non costituiscono una restrizione discriminatoria nel senso inteso dal Trattato. Il caso citato riguardava una società di investimento stabilita nel Regno Unito, la quale intendeva trasferire la propria sede gestionale nei Paesi Bassi. Al tempo del procedimento, il diritto societario inglese prevedeva che una società potesse trasferire in un altro Paese la propria sede centrale di direzione e controllo senza necessariamente passare attraverso una fase di liquidazione o scioglimento. Tuttavia, ai sensi del *UK Income and Corporation Taxes Act*, le società con residenza fiscale nel Regno Unito non potevano porre fine al proprio status di residenti senza il consenso del Ministero del Tesoro. Nella fattispecie, il Ministero aveva richiesto che *Daily Mail* vendesse almeno una parte delle proprie attività prima di effettuare il trasferimento di residenza fiscale. Si trattava pertanto di verificare se tale requisito della preventiva approvazione costituisse una violazione della libertà di stabilimento. L'Avvocato Generale Darmon, nelle sue conclusioni rassegnate nella causa, ha dato una chiara risposta negativa al quesito. L'AG ha evidenziato in primo luogo il principio generalmente riconosciuto per cui non sono in contrasto con il diritto comunitario le legislazioni nazionali che richiedono la liquidazione di una società come condizione per il suo trasferimento. Successivamente, egli ha osservato che sarebbe stata paradossale la circostanza che uno Stato membro che non richiede lo scioglimento della società venisse a trovarsi sul piano comunitario in una posizione fiscale meno favorevole proprio per il fatto di aver adottato una legislazione societaria più coerente con gli obiettivi dell'Unione in materia di stabilimento<sup>6</sup>. Anche la Corte di Giustizia rigettava la domanda sollevata dal contribuente, osservando, in particolare, che: "Secondo il trattato, la

---

<sup>6</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon del 7 giugno 1988, nella causa C-81/87, *Daily Mail*, paragrafo 13.

diversità delle legislazioni nazionali sul criterio di collegamento previsto per le loro società nonché sulla facoltà, ed eventualmente le modalità, di un trasferimento della sede, legale o reale, di una società di diritto nazionale da uno Stato membro all'altro costituisce un problema la cui soluzione non si trova nelle norme sul diritto di stabilimento, dovendo invece essere affidata ad iniziative legislative o pattizie, tuttavia non ancora realizzatesi<sup>7</sup>. Da questa pronuncia, letta alla luce delle Conclusioni dell'Avvocato Generale Darmon, parrebbe doversi concludere che le *exit taxes* in materia di imposizione societaria non violano le libertà sancite dal Trattato<sup>8</sup>. Sfortunatamente, è la stessa Corte di Giustizia a mettere in dubbio la correttezza di tale assunto. La ragione è che la Corte di Giustizia aveva fondato il proprio giudizio, almeno parzialmente, sulla mancanza di armonizzazione nel campo del diritto societario<sup>9</sup>. Inoltre, nel caso di diritto civile *Überseering*, la Corte di Giustizia ha reinterpretato la propria pronuncia sul caso *Daily Mail* suggerendone un'interpretazione solo in chiave di diritto civile e non invece di diritto tributario<sup>10</sup>. La stessa posizione, sostenuta da numerosi studiosi<sup>11</sup>, ha ricevuto anche l'avallo del Tribunale di Amsterdam in una recente decisione del 15 luglio 2010 relativa ad un caso di *exit tax* olandese, anche se il Tribunale non ha risolto la questione come *acte clair*<sup>12</sup>. E' evidente, pertanto, che la pronuncia *Daily Mail* non è pienamente decisiva.

Assumendo dunque che la Corte di Giustizia abbia deciso il caso *Daily Mail* essenzialmente come una questione di diritto civile anziché tributario, si

---

<sup>7</sup> Corte Giust., sentenza del 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC*, paragrafo 23.

<sup>8</sup> Nello stesso senso, si veda, ad esempio, P. te Boekhorst, citato da D.S. Smit, *Verslag van het EFS-seminar "Exitheffingen in Europa"*, WFR 2006/6679, pp. 835 e ss. Te Boekhorst riconosce che la conclusione potrebbe essere diversa nel caso di trasferimento di sede di una *Societas Europaea*.

<sup>9</sup> Corte Giust., sentenza del 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail and General Trust PLC* [1988] ECR 5483, paragrafi 20-22.

<sup>10</sup> Corte Giust., sentenza del 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering* [2002] ECR I-9919, paragrafo 70.

<sup>11</sup> Nello stesso senso, tra altri, si veda E.C.C.M. Kemmeren, 'Nederlandse exitheffingen anno 2005 zijn onhoudbaar, maar een passend alternatief is denkbaar', WFR 2005/6650, pp. 1613-1628, paragrafo 6.2; Netherlands Avvocato Generale Wattel nelle conclusioni rese dinanzi alla Corte Suprema Olandese il 13 maggio 2005, n. 39 613, *BNB* 2005/234, paragrafo 6.14.

<sup>12</sup> Questa causa è attualmente pendente dinanzi alla Corte di Giustizia con il numero C-371/10 (*National Grid Indus BV*).

potrebbe conseguentemente argomentare a partire dal caso *Lasteyrie du Saillant* che una *exit tax* imposta sul trasferimento di sede integri un'ipotesi di restrizione discriminatoria. Nella fattispecie, era stata posta all'esame della Corte di Giustizia l'*exit tax* francese sull'emigrazione delle persone fisiche, che erano assoggettate ad imposizione – per il solo fatto del trasferimento di residenza – in relazione ai redditi non ancora realizzati, quindi ancora fuori della disponibilità del contribuente. Al contrario, se il contribuente fosse rimasto residente in Francia, le plusvalenze sarebbero divenute imponibili solo al momento del loro effettivo realizzo, ad esempio per mezzo di un effettivo atto di disposizione. Una simile disparità di trattamento nella tassazione delle plusvalenze è stata considerata dalla Corte di Giustizia contraria alla libertà di stabilimento<sup>13</sup>. Sulla base di questo assunto, si può allora ritenere che l'interpretazione data dalla Corte di Giustizia alla libertà di stabilimento nel caso *Lateryrie di Saillant* relativo ai regimi di *exit tax* su persone fisiche sia applicabile altresì ai regimi di *exit tax* sulle società previsti dagli Stati membri. L'articolo 54 TFUE, infatti, dispone che le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi l'amministrazione centrale all'interno dell'Unione sono equiparate alle persone fisiche. Inoltre, nel caso *Avoir Fiscal*, la Corte di Giustizia ha chiarito che, per gli effetti del principio di non discriminazione, non sussiste un'oggettiva differenza tra persone fisiche e persone giuridiche<sup>14</sup>.

### 3. Esiste una giustificazione?

#### 3.1 Lotta all'evasione

In un secondo momento, occorre verificare in che misura le discriminazioni sopra individuate possano trovare una giustificazione. Dalla decisione *X e Y*

---

<sup>13</sup> Corte Giust., sentenza dell'11 marzo 2004, causa C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, [2004] ECR I-2409, paragrafo 46.

<sup>14</sup> Corte Giust., sentenza del 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Avoir Fiscal*, [1986] ECR 00273, paragrafo 18.

emerge che l'esigenza di combattere l'evasione fiscale può giustificare il rifiuto del differimento dell'imposizione sulle plusvalenze, generate dal trasferimento di *asset* da parte di una società residente, motivato dal fatto che la società destinataria è stabilita in un altro Stato membro. Tuttavia, l'esclusione generica e categorica di tutte le operazioni transnazionali risulta sproporzionata<sup>15</sup>. Ad avviso di chi scrive, la previsione di una *exit tax* potrebbe giustificarsi in un'ottica anti-abuso laddove venga dimostrato che la società in questione è una costruzione artificiosa che non svolge alcun tipo di vera attività economica nel territorio del proprio Stato membro di residenza<sup>16</sup>.

### 3.2 Salvaguardia della coerenza del sistema fiscale / Territorialità

Dalle decisioni *X* e *Y* e *N*. consegue inoltre che anche la salvaguardia della coerenza del sistema fiscale, ovvero il principio di territorialità, possono giustificare il rifiuto del differimento dell'imposizione sulle plusvalenze, generate dal trasferimento di *asset* da parte di una società residente, motivato dal fatto che la società destinataria è stabilita in un altro Stato membro<sup>17</sup>. A condizione, tuttavia, che la legislazione controversa tenda effettivamente ad assicurare la tassazione delle plusvalenze maturate durante il periodo di residenza della società nello Stato membro interessato<sup>18</sup>.

Si dibatte, del resto, sulla proporzionalità di tali discipline, nella misura in

---

<sup>15</sup> Corte Giust., sentenza del 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X e Y*, [2002] ECR I-10829, paragrafi 42-43.

<sup>16</sup> Corte Giust., sentenza del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, [2006] ECR I-7995, paragrafo 68. Si veda anche Corte Giust., sentenza dell'8 novembre 2007, causa C-251/06, *Firma ING. AUER*, [2007] ECR I-9689, paragrafo 41 e ss.

<sup>17</sup> Corte Giust., sentenza del 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X e Y* [2002] ECR I-10829, paragrafo 57 e ss.; Corte Giust., sentenza del 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N.*, [2006] ECR I-7409, paragrafo 46.

<sup>18</sup> Si veda, analogamente, Corte Giust., sentenza dell'11 marzo 2004, causa C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, [2004] ECR I-2409, paragrafo 65; e Corte Giust., sentenza del 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal*, [2003] ECR I-9409, paragrafo 36. Ad avviso dell'autore, ciò implica che uno Stato membro, il quale non riconosca lo *step-up* nel caso inverso di trasferimento di società, non può invocare l'argomento della coerenza fiscale e della territorialità.

cui l'obiettivo di salvaguardare la coerenza del regime fiscale e il principio di territorialità possa essere raggiunto attraverso uno strumento meno radicale rispetto alla tassazione immediata. Almeno per quanto riguarda l'ipotesi del trasferimento di singoli *asset*, si può desumere dalla giurisprudenza *X e Y* una risposta in senso negativo. In questo caso, infatti, la Corte di Giustizia ha ritenuto che la coerenza del sistema fiscale potesse essere comunque assicurata mediante misure meno restrittive o meno lesive per la libertà di stabilimento, specificamente attagliate al rischio di un trasferimento definitivo del contribuente<sup>19</sup>. Diversamente, la sentenza *N.* dimostra che un sistema di differimento del pagamento dell'imposta fino al momento di effettivo realizzo degli *asset* trasferiti è consentito dalle libertà del Trattato, purché tale differimento non sia subordinato al rilascio di garanzie. In aggiunta, lo Stato membro di residenza dovrebbe prendere in considerazione le possibili riduzioni di valore subite dai cespiti trasferiti successivamente al trasferimento, qualora le stesse riduzioni non vengano considerate nello Stato membro ospitante<sup>20</sup>.

Anche per quanto concerne la tassazione all'uscita relativa al trasferimento di un'impresa (o di una sua parte), è possibile immaginare l'esistenza di misure meno restrittive. In particolare, lo sarebbe il differimento dell'imposizione fino al momento dell'effettivo realizzo delle plusvalenze, misura comunque capace di preservare la coerenza del sistema fiscale. A seconda del tipo e della natura degli *asset*, si potrebbe determinare tale momento di realizzo in base all'effettiva disponibilità degli *asset* trasferiti ovvero in base alla deprezzamento annuale dei beni d'impresa trasferiti. Un sistema del genere si tradurrebbe, in buona sostanza, in un regime opzionale di piena soggettività tributaria passiva nello Stato membro di origine della società dopo il suo trasferimento di sede in altro Stato membro<sup>21</sup>. Questo sistema è già essenzialmente applicato nei Paesi Bassi,

---

<sup>19</sup> Corte Giust., sentenza del 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X e Y*, paragrafo 59.

<sup>20</sup> Corte Giust., sentenza del 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N.*, [2006] ECR I-7409, paragrafo 55.

<sup>21</sup> Ove un simile sistema fosse troppo gravoso per il contribuente, spetterebbe comunque a quest'ultimo soppesare i vantaggi del differimento d'imposta rispetto agli oneri amministrativi aggiuntivi. Analogamente, nel contesto del metodo del credito d'imposta, si veda quanto affermato dall'Avvocato Generale Kokott nelle conclusioni rese l'11 novembre 2010, cause

ma soltanto nelle situazioni in cui gli *asset* vengono trasferiti da una sede centrale situata nei Paesi Bassi ad una stabile organizzazione estera in forza del c.d. “*separate entity approach*”<sup>22</sup>. Si può ipotizzare, tuttavia, un’applicazione dello stesso regime anche nel caso inverso.

La Corte Suprema tedesca, infatti, ha adottato lo stesso approccio in una recente decisione relativa al caso di un imprenditore che aveva trasferito la propria residenza e la propria attività fuori dalla Germania<sup>23</sup>. Si è ritenuto in particolare che, qualora non vi sia una normativa esplicita e sufficientemente dettagliata in materia di tassazione al trasferimento di un *asset* disponibile, non può esserci imposizione né accertamento di un’imposta con sospensione condizionata al trasferimento degli *asset*. Resta, tuttavia, imponibile in Germania ogni successivo realizzo di riserve latenti se e nella misura in cui tali riserve siano imputabili alla precedente stabile organizzazione tedesca. La Corte ha esplicitamente considerato che una simile interpretazione non contravveniva la convenzione internazionale applicabile.

#### 4. Osservazioni conclusive

Da quanto precede si evince che la giurisprudenza della Corte di Giustizia essenzialmente condivide la posizione della Commissione. Posizione che, tuttavia, non si è ancora tradotta in decisioni, soprattutto a causa delle osservazioni della Corte nel caso *Daily Mail*. Deve inoltre considerarsi che in altri precedenti, come *Marks & Spencer* e *Lidl Belgium*, la Corte di Giustizia ha messo in luce i limiti del test di proporzionalità. Nella sentenza da ultimo citata, in materia di trasferimento delle perdite transfrontaliere, la Corte ha espressamente ritenuto che, allorché sia possibile identificare altre misure meno restrittive, misure siffatte necessitano comunque di regole di

---

congiunte C-436/08 e C-437/08 (Haribo and Österreichische Salinen AG), paragrafo 57.

<sup>22</sup> Cfr. Articolo 32(3) in combinato disposto con l’Articolo 9(3) del Decreto unilaterale del Paesi Bassi per l’eliminazione della doppia imposizione, 2001.

<sup>23</sup> Corte Suprema tedesca, sentenza del 28 ottobre 2009, I R 99/08, DStR 2010/1-2, pp. 40 e ss.

armonizzazione adottate dal legislatore comunitario<sup>24</sup>. Anche il Tribunale di Amsterdam, nella decisione del 15 luglio 2010 sopra ricordata, relativa all'*exit tax* olandese, si è chiesto in che misura la Corte potesse giudicare una *exit tax* sotto il profilo della proporzionalità. In definitiva, pertanto, la Corte di Giustizia potrebbe affermare che misure di *exit tax* meno restrittive sarebbero ipotizzabili soltanto attraverso il ricorso a strumenti di coordinamento o armonizzazione. Ove questo fosse l'esito, bisogna solo sperare che gli Stati membri assumano le proprie responsabilità e rimuovano gli effetti restrittivi delle *exit taxes* all'interno dell'Unione attraverso un'azione legislativa comune. In quanto è chiaro che le misure nazionali di tassazione all'uscita su plusvalenze non realizzate, applicabili all'interno dell'Unione, costituiscono in ogni caso una maledizione per il mercato interno.

---

<sup>24</sup> Corte Giust., sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, [2005] ECR I-10837, paragrafo 58, confermata da Corte Giust., sentenza del 15 maggio 2008, causa C-414/06, *Lidl Belgium*, [2008] I-3601.