



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

RIVISTA DI

DIRITTO TRIBUTARIO E DELL'ECONOMIA

3

2019

Direttiva ATAD: le novità in tema di Exit tax ed Entry tax

a cura di Clelia Buccico

Professore associato di Diritto tributario

Dipartimento di Economia

Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

ABSTRACT

The ATAD directive adopts a common strategic approach in order to prevent market fragmentation and to put an end to the misalignments and market distortions that currently exist, while limiting itself to dictating general provisions, leaving the task of implementation to the Member States, which is they are in a better position to define the specific elements of these rules in the manner most suited to the respective corporate tax regimes. In particular, the art. 5 of the Directive contains the organic provisions of the discipline of "outgoing taxation" – c.d. exit tax – on the basis of which the provisions regarding "recognition of incoming values", c.d. entry tax.

In Italy, the Legislative Decree of November 29, 2018, No. 142 under Articles 2 and 3 transposed Article 5 of the ATAD Directive and contains significant changes in terms of direct taxation in the event of the transfer abroad of subjects who exercise commercial enterprises, regulated by the art. 166 of TUIR (exit tax) and the transfer in Italy of subjects that exercise commercial enterprises resident abroad, regulated by the art. 166-bis of TUIR (c.d. entry tax).

SINTESI

La Direttiva ATAD adotta un approccio strategico comune al fine di impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti, pur limitandosi a dettare disposizioni di carattere generale, lasciando il compito dell'attuazione agli Stati membri, che si trovano in una posizione migliore per definire gli elementi specifici di tali norme secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi di imposizione delle società.

In particolare, l'art. 5 della Direttiva racchiude le disposizioni organiche della disciplina della "imposizione in uscita" – c.d. exit tax – sulla base della quale sono state modulate le disposizioni in tema di "riconoscimento dei valori in ingresso", c.d. entry tax.

In Italia il D.Lgs. 29 novembre 2018, n.142, agli artt. 2 e 3 ha recepito l'art. 5 della Direttiva ATAD e reca rilevanti novità in tema di imposizione diretta in caso di trasferimento all'estero di soggetti che esercitano imprese commerciali, regolato dall'art. 166 del TUIR (c.d. exit tax) e trasferimento in Italia di soggetti che esercitano imprese commerciali residenti all'estero, regolato dall'art. 166-bis del TUIR (c.d. entry tax).

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La nuova disciplina dell'imposizione in uscita: l'exit tax – 2.1. Ambito soggettivo – 2.2. Ambito oggettivo – 2.3. Determinazione delle plusvalenze e il concetto di "valore di mercato" – 2.4. Riserve in sospensione d'imposta – 2.5. Le perdite fiscali – 2.6. Osservazioni per le stabili

organizzazioni – 2.7. Il periodo d'imposta di imputazione del reddito – 2.8. La rateizzazione – 2.9. Il regime per le imprese individuali e le società di persone – 2.10. Il trattamento per i soci di società di capitali – 3. La nuova disciplina in tema di trasferimento delle imprese dall'estero in Italia: l'entry tax – 3.1. Il nuovo art. 166-bis: ambito soggettivo – 3.2. Ambito applicativo – 3.3. Questioni applicative irrisolte

1. Premessa

Nell'ambito dell'Unione europea è ormai sempre più evidente la scarsa armonizzazione nel settore delle imposte sul reddito e l'esistenza di una competizione fiscale dannosa tra ordinamenti europei tesi ad attrarre grandi contribuenti in particolar modo le multinazionali. Su tali presupposti sono nate le Direttive ATAD 1 (del 12 luglio 2016, n.2016/1164, attuata in Italia col Decreto legislativo 29 novembre 2018, n.142) e ATAD 2 (del 29 maggio 2017, n.2017/952), in linea con le indicazioni del Progetto Beps dell'Ocse (*Base erosion and profit shifting* del 5 ottobre 2015).

La Direttiva ATAD 1¹ nasce così dall'esigenza di stabilire norme per rafforzare il livello medio di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno basata sullo sfruttamento delle disparità esistenti fra i regimi fiscali nazionali e si pone in continuità con le attuali priorità politiche di fiscalità internazionale che evidenziano la necessità di assicurare che l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati.

Ritenendo essenziale per il corretto funzionamento del mercato interno che gli Stati membri attuino come minimo i loro impegni in materia di BEPS e, più in generale, prendano provvedimenti per scoraggiare le pratiche di elusione fiscale e garantire un'equa ed efficace imposizione nell'Unione in modo sufficientemente coerente e coordinato, la Direttiva ATAD 1 adotta un approccio strategico comune al fine di impedire una frammentazione del mercato e porre

¹ Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno (c.d. ATAD 1), come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 recante modifica della Direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi (c.d. ATAD 2).

fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti, pur limitandosi a dettare disposizioni di carattere generale, lasciando il compito dell'attuazione agli Stati membri, che si trovano in una posizione migliore per definire gli elementi specifici di tali norme secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi di imposizione delle società. In tale ottica, la Direttiva si pone l'obiettivo di creare un livello minimo di protezione per il mercato interno in settori specifici: limiti sulla deducibilità degli interessi, imposizione in uscita, norma generale antiabuso, norme sulle società controllate estere e norme per contrastare i disallineamenti da ibridi.

L'art. 5 della Direttiva racchiude le disposizioni organiche della disciplina della "imposizione in uscita" – c.d. *exit tax* – sulla base della quale sono state modulate (si veda il comma 5 del predetto articolo) le disposizioni in tema di "riconoscimento dei valori in ingresso", c.d. *entry tax*.

In Italia il D.Lgs. 29 novembre 2018, n.142², agli artt.2 e 3 ha recepito l'art. 5 della Direttiva UE 2016/1164 (c.d. Direttiva ATAD) e reca – a decorrere dal p.i. successivo a quello in corso al 31-12-2018 (cioè dal 2019, per i contribuenti "solari") – rilevanti novità in tema di imposizione diretta in caso di:

- trasferimento all'estero di soggetti che esercitano imprese commerciali³, regolato dall'art. 166 del TUIR (c.d. *exit tax*);
- trasferimento in Italia di soggetti che esercitano imprese commerciali residenti all'estero, regolato dall'art. 166-bis del TUIR (c.d. *entry tax*).

La *ratio* del provvedimento è di rendere simmetriche le norme sulla *exit tax* rispetto a quelle della *entry tax*⁴.

Come noto il "Decreto Internazionalizzazione" (D.Lgs. 14 settembre 2015, n.147) conteneva già, significative novità in tema di tassazione "in uscita" ed "in entrata", dal e nel territorio italiano. Per quanto concerne il trasferimento di

² In attuazione della Legge 25 ottobre 2017, n.163 (Legge di delegazione europea).

³ Anche se la Direttiva ATAD precisa che il suo ambito di applicazione è circoscritto ai contribuenti soggetti all'imposta sulle società (art. 1).

⁴ Anche in ossequio alla giurisprudenza della CGUE in tema di libertà di stabilimento (cfr., C-292/16).

residenza dal territorio italiano, l'art. 11 del D.Lgs. n.147/2015 era intervenuto in maniera rilevante sulla disciplina della c.d. "exit tax", infatti, agendo sia sull'art. 166, sia sull'art. 179, del TUIR, l'art. 11 da un lato aveva risolto taluni profili sul trattamento della plusvalenza derivante dal trasferimento di residenza (su tutti, la possibilità di sospendere la riscossione anche nel caso di trasferimento di stabili organizzazioni), dall'altro estendeva l'opzione per la sospensione ad altre operazioni che, pur formalmente diverse, nella sostanza recidono il collegamento territoriale del compendio aziendale con l'Italia (operazioni straordinarie transfrontaliere).

Per quanto concerne il trasferimento di residenza nel territorio italiano (*entry tax*) è proprio grazie all'art. 12 del D.Lgs. n.147/2015 che è stato introdotto nel corpo del TUIR l'art. 166-*bis*, colmando così la lacuna normativa.

2. La nuova disciplina dell'imposizione in uscita: l'exit tax

Come detto l'art. 2 del D.lgs n.142 del 29 novembre 2018, ha sostituito l'art. 166 del T.U.I.R che si occupa del trasferimento all'estero della residenza dei contribuenti che sono imprese commerciali.

L'articolo attua la disposizione di cui all'art. 5 della Direttiva ATAD I rubricato "imposizione in uscita" di cui gli Stati membri devono dotarsi al fine di contrastare i trasferimenti – da parte di Gruppi – di assets verso Stati con tassazione più favorevole.

La Direttiva stessa specifica nel Considerando 10 che *"L'imposizione in uscita ha la funzione di garantire che quando un contribuente trasferisce attivi o la propria residenza fiscale al di fuori della giurisdizione fiscale di uno Stato, detto Stato assoggetta ad imposta il valore economico di qualsiasi plusvalenza creata nel suo territorio, anche se tale plusvalenza non è ancora stata realizzata al momento dell'uscita"*⁵.

⁵ In tal senso la stessa giurisprudenza comunitaria (CGUE, sentenza del 29 novembre 2011, causa C-371/10 -National Grid Indus) già in passato aveva evidenziato che la tassazione dei valori latenti dei componenti aziendali oggetto di trasferimento troverebbe giustificazione nella

2.1. Ambito soggettivo

Come accennato il D.Lgs. n.142/2018 sancisce che la norma si applica ai soggetti che esercitano imprese commerciali.

Facendo un'analisi letterale del testo rientrerebbero nell'ambito applicativo della stessa tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa: società di capitali (e similari) e enti pubblici e privati che hanno per oggetto (esclusivo o principale) l'esercizio di attività commerciali.

Secondo alcuni autori⁶ però la norma sembrerebbe estendersi altresì anche agli enti non commerciali di cui alla lett. c) dell'art. 73 del TUIR: in determinati casi fondazioni, associazioni e *trust* non commerciali residenti nel territorio dello Stato. Tale impostazione risulterebbe altresì in linea con quanto già chiarito nella risoluzione dell'Agenzia delle entrate n.69/E del 5 agosto 2016⁷ con riferimento alla c.d. *entry tax* di cui all'art. 166-*bis* del TUIR.

Se andiamo più a fondo notiamo però che Direttiva ATAD e il D.Lgs. n.142/2018 differiscono nell'identificare il presupposto soggettivo.

La Direttiva, infatti, si applica ai contribuenti soggetti all'imposta sulle società, comprese le stabili organizzazioni di entità residenti in un Paese terzo (articolo 1). Nel decreto legislativo, invece, l'ambito applicativo non sempre coincide: in particolare, vi è una discrasia con le disposizioni in materia di imposizione in uscita (articolo 2 del decreto)⁸, le quali trovano applicazione nei confronti dei

necessità di garantire la corretta ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri (circolare Assonime n.33 del 17 dicembre 2014): ripartizione che, "conformemente al principio di territorialità fiscale", è legata ad una componente temporale, "vale a dire, la residenza fiscale sul territorio nazionale durante il periodo in cui il profitto imponibile si è prodotto" (par. 60. Causa National Grid Indus).

⁶ G. BIZIOLI, *ATAD i giochi non sono chiariti*, in *Italia Oggi* del 1° dicembre 2018.

⁷ L'Agenzia delle entrate nella risoluzione n.69/E del 5 agosto 2016 precisa che "*In linea generale, si ritiene che il presupposto consistente nell'esercizio di un'impresa commerciale, cui è subordinato il regime in esame, deve intendersi riferito a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa secondo l'ordinamento domestico, a prescindere dall'attività economica concretamente svolta dai medesimi. Tale conclusione appare coerente con la ratio dell'art. 166-bis del TUIR, volto a ripartire correttamente la potestà impositiva tra le giurisdizioni coinvolte nell'operazione di trasferimento ed evitare, conseguentemente, che plusvalori e minusvalori che sono maturati fuori dal reddito d'impresa italiano possano concorrere alla formazione dello stesso*".

⁸ Ma anche per le Cfc (articolo 4) e i disallineamenti da ibridi (articolo 6).

soggetti che esercitano imprese commerciali. In questi casi, pertanto, l'ambito applicativo della norma domestica (imperniata sul reddito d'impresa) non coincide con quello previsto dalla Direttiva (definito dalla soggettività IRES).

Alla luce di queste considerazioni, come correttamente osservato da alcuni⁹, si hanno, quindi, quattro possibili scenari applicativi. "Soggetti IRES, con reddito d'impresa", cioè società ed enti commerciali italiani, enti non commerciali (in quanto titolari di reddito d'impresa), stabili organizzazioni italiane di società ed enti esteri: tali soggetti ricadono sia nell'ambito applicativo della Direttiva, sia in quello del Decreto legislativo. "Soggetti non IRES, senza reddito d'impresa", ovvero persone fisiche (non imprenditori) e società semplici: questi ricadono fuori sia dal presupposto applicativo della Direttiva, sia da quello del decreto legislativo. "Soggetti non IRES, con reddito d'impresa", cioè società di persone (con esclusione delle società semplici) e imprenditori individuali: questi ricadono nell'ambito applicativo del decreto legislativo, ma non in quello della Direttiva.

A tal punto bisogna ricordare che l'articolo 3 della Direttiva ATAD limita tali disposizioni "espansive" alla sola imposta sulle società¹⁰ e il Considerando 4 non ritiene auspicabile estenderne l'ambito di applicazione alle categorie di entità non assoggettate all'imposta sulle società¹¹.

Un punto sul quale si potrebbe forse arrivare a ipotizzare anche un eccesso di delega. "Soggetti IRES, senza reddito d'impresa", ovvero enti non commerciali

⁹ G. BIZIOLI e M. GUSMEROLI, *Decreto Atad, restano fuori fondazioni e trust*, in *Il Sole 24Ore*, 20 maggio 2019.

¹⁰ Art. 3 (Livello minimo di protezione): *"La presente Direttiva non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali per l'imposta sulle società"*.

¹¹ *"È necessario stabilire norme applicabili a tutti i contribuenti che sono assoggettati all'imposta societaria in uno Stato membro. Considerando che ciò comporterebbe la necessità di coprire una gamma più ampia di imposte nazionali, non è auspicabile estendere l'ambito di applicazione della presente Direttiva alle categorie di entità non assoggettate all'imposta sulle società in uno Stato membro ovvero, in particolare, le entità trasparenti. Tali norme dovrebbero applicarsi anche alle stabili organizzazioni di tali società che possono essere situate in altri Stati membri. Le società possono essere residenti a fini fiscali in uno Stato membro o essere costituite a norma delle leggi di uno Stato membro. Anche le stabili organizzazioni di entità residenti a fini fiscali in un paese terzo dovrebbero essere soggette a tali norme se sono situate in uno o più Stati membri"*.

quali *trust* opachi e fondazioni: questi sono fuori dal Decreto legislativo (con l'eccezione delle Cfc), sebbene ricadano nell'ambito soggettivo della Direttiva.

Si potrebbe forse direttamente applicare la Direttiva in questi casi ipotizzando ad esempio un in difetto di recepimento in Italia. La risposta dovrebbe essere negativa: in tutti i casi in cui le disposizioni di una Direttiva appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise, possono essere fatte valere dai singoli nei confronti dello Stato. Tuttavia, il carattere vincolante di una Direttiva, sul quale si fonda la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti di ogni Stato membro destinatario. Ne consegue che, *ex se*, una Direttiva non può far nascere obblighi in capo ai singoli e che, perciò, una sua disposizione non può essere invocata, come tale, contro tali soggetti dinanzi al giudice nazionale¹².

2.2. Ambito oggettivo

Ai sensi dal nuovo art. 166, co. 1 del TUIR l'*exit tax* si applica ai soggetti:

a) fiscalmente residenti in Italia che trasferiscono all'estero la propria residenza fiscale (in recepimento dell'art. 5, comma 1, lett. c) della Direttiva ATAD);

b) fiscalmente residenti in Italia che trasferiscono attivi ad una loro stabile organizzazione situata all'estero con riferimento alla quale si applica l'esenzione degli utili e delle perdite (c.d. *branch exemption*) prevista dall'art. 168-ter del TUIR (in recepimento dell'art. 5, comma 1, lett. a) della Direttiva ATAD);

c) fiscalmente residenti all'estero che possiedono una stabile organizzazione in Italia e trasferiscono l'intera stabile organizzazione alla sede centrale – fuori dall'Italia – o ad altra stabile organizzazione situata all'estero (in recepimento dell'art. 5, comma 1, lett. d) della Direttiva ATAD);

d) fiscalmente residenti all'estero che possiedono una stabile organizzazione situata in Italia e trasferiscono attivi facenti parte del patrimonio di tale stabile

¹² in tal senso vedasi G. BIZIOLI e M. GUSMEROLI, *Decreto Atad, restano fuori fondazioni e trust*, cit.

organizzazione alla sede centrale – fuori dall'Italia – o ad altra stabile organizzazione situata all'estero (in recepimento dell'art. 5, comma 1, lett. b) della Direttiva ATAD);

e) fiscalmente residenti in Italia che:

- 1) sono stati oggetto di incorporazione da parte di una società fiscalmente non residente, oppure
- 2) hanno effettuato una scissione in favore di una o più beneficiarie non residenti, oppure
- 3) hanno effettuato il conferimento di una stabile organizzazione o di un ramo di essa situati all'estero a favore di un soggetto fiscalmente residente all'estero.

Tali ipotesi non sono esplicitamente previste dalla Direttiva ATAD salvo il caso in cui gli asset confluiscono in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato.

Dunque vengono previste ulteriori fattispecie oltre al trasferimento della residenza all'estero che in realtà erano già previste dall'ordinamento italiano.

In particolare il riferimento è:

- all'art. 11, comma 3, del D.Lgs. n.147/2015, in materia di imposizione in uscita del trasferimento, da parte di un'impresa non residente, di una parte o della totalità degli attivi riferiti ad una stabile organizzazione, aventi ad oggetto un'azienda o un ramo d'azienda, verso altro Stato dell'Unione europea ovvero aderente all'Accordo sullo Spazio economico europeo;

- all'art. 179, comma 6, del TUIR, relativo all'imposizione in uscita su componenti dell'azienda o del complesso aziendale che abbiano formato oggetto di operazioni straordinarie quali fusioni, scissioni, conferimenti indicate alle lett. da a) a d) del comma I dell'art. 178 del TUIR, laddove non confluiti in seguito a tali operazioni in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato. Poiché il nuovo art. 166 del TUIR interviene a disciplinare il trattamento delle plusvalenze derivanti da operazioni straordinarie, l'art. 14 del D.lgs n.142/2018 stabilisce l'abrogazione del comma 6 dell'art. 179 del TUIR, con

effetto dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2018.

Come disciplinato dal comma 2 dell'art. 166, con riferimento ai punti b) e d) sopra elencati, il trasferimento di attivi a una stabile organizzazione o da una stabile organizzazione si intende effettuato quando, in applicazione dei criteri definiti a livello internazionale dall'OCSE (l'Action 7 dei BEPS e con l'*Authorized OECD Approach* previsto dal Report OECD rubricato *Attribution of Profits to Permanent Establishments*), considerando la stabile organizzazione un'entità separata e indipendente, che svolge le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, e tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati, tali attivi si considerano rispettivamente entrati nel patrimonio o usciti dal patrimonio di tale stabile organizzazione¹³.

2.3. Determinazione delle plusvalenze e il concetto di "valore di mercato"

In base al co. 3 dell'art. 166 la nuova disposizione prevede, per ogni singola fattispecie, differenti modalità di determinazione dell'imponibile in uscita. In particolare:

a) nel caso di trasferimento della residenza all'estero è previsto che la plusvalenza, unitariamente intesa, è data dalla differenza tra valore di mercato e il costo fiscalmente riconosciuto degli attivi trasferiti (Come previsto dalla Relazione illustrativa al Decreto ATAD "La fattispecie, tuttavia, non ricorre nell'ipotesi in cui detti attivi confluiscono in una stabile organizzazione di tale soggetto, divenuto non residente, situata nel territorio dello Stato");

¹³ Tale disposizione riprende quanto sancito dall'art. 152, comma 3, del TUIR, secondo il quale la stabile organizzazione si dovrebbe considerare impresa/entità separata e indipendente dalla propria casa madre: le relative transazioni dovrebbero essere considerate non solo esistenti ai fini fiscali ma anche soggette alla disciplina sui prezzi trasferimento ex art. 110, comma 7, del TUIR.

Si aggiunga che, per quanto riguarda la casistica di cui alla lett. b), l'Agenzia delle entrate ha già precisato che "Nel caso di trasferimento di attività, passività, funzioni e rischi dalla branch esente alla casa madre o alle altre sue stabili organizzazioni, anche l'impresa nel complesso adegua tali attività, passività, funzioni e rischi acquisiti al predetto valore, mediante apposite variazioni in aumento o in diminuzione nella dichiarazione dei redditi ai fini della determinazione del reddito dell'impresa nel complesso" (cfr. Provvedimento dell'Agenzia delle entrate, Prot. n.2017/165138 del 28 agosto 2017, punto 7.5, secondo periodo).

b) laddove il soggetto residente trasferisca attivi in una propria stabile organizzazione estera in regime di *branch exemption*, la base imponibile è data dalla differenza tra il valore di mercato e il costo fiscalmente riconosciuto dei predetti attivi trasferiti;

c) nel caso di trasferimento di attivi da una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente alla casa madre od altra stabile organizzazione all'estero, la plusvalenza, unitariamente intesa, è costituita dalla differenza tra il valore di mercato e il corrispondente costo fiscalmente riconosciuto dei beni e diritti facenti parte del patrimonio della stabile organizzazione;

d) nell'ipotesi della stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente che trasferisce in tutto o in parte i propri attivi all'estero, la base imponibile è data dalla differenza tra il valore di mercato e il costo fiscalmente riconosciuto degli attivi trasferiti;

e) nel caso di operazioni straordinarie con soggetti non residenti, la plusvalenza, unitariamente determinata, è costituita dalla differenza tra il valore di mercato complessivo e il corrispondente costo fiscalmente riconosciuto dei beni e diritti che prima del perfezionamento dell'operazione erano di proprietà del soggetto fiscalmente residente nel territorio dello Stato o che facevano parte del patrimonio di una stabile organizzazione di un soggetto non residente situata nel territorio dello Stato.

Il Decreto introduce così il concetto di "valore di mercato" per la valutazione dei componenti trasferiti, in sostituzione del riferimento al "valore normale" contenuto nella precedente formulazione della norma di cui al comma 1 dell'art. 166 del TUIR.

Nello specifico, l'art. 166, co. 4, stabilisce che il valore di mercato è determinato con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili tenendo conto, qualora si tratti di valore riferibile a un complesso aziendale o a un ramo d'azienda, del valore dell'avviamento, calcolato tenendo conto delle funzioni e rischi trasferiti, rinviando al D.M. 14 maggio 2018

recante linee guida in materia di *transfer pricing*, emanato in attuazione del comma 7 dell'art. 110 del TUIR, come modificato dal D.L. n.50/2017¹⁴.

2.4. Riserve in sospensione d'imposta

Il co. 5 dell'art. 166 stabilisce che nel caso di trasferimento della residenza fiscale all'estero – ipotesi a) – e nell'ipotesi di operazioni straordinarie di cui alla lett. e), sono assoggettate alle imposte sui redditi le riserve in sospensione d'imposta che risultano iscritte nel bilancio dell'ultimo periodo d'imposta di residenza o prima del perfezionamento dell'operazione, se e nella misura in cui esse non risultano ricostituite nel patrimonio di una stabile organizzazione sita in Italia.

Nell'ipotesi di soggetti fiscalmente residenti all'estero, che possiedono una stabile organizzazione in Italia e trasferiscono l'intera stabile organizzazione alla sede centrale o ad un'altra stabile organizzazione sita all'estero – ipotesi c) – sono tassate le riserve in sospensione d'imposta che risultano iscritte nel rendiconto economico e patrimoniale della stabile organizzazione nel momento in cui si considera effettuato il trasferimento dell'intera stabile organizzazione.

2.5. Le perdite fiscali

Il co. 6 dell'art. 166 disciplina, poi, il regime delle perdite sempre differenziando a seconda delle ipotesi individuate al co. 1.

In particolare viene sancita la possibilità di compensare le perdite maturate in capo alla trasferita. Difatti nel caso di trasferimento della residenza all'estero (ipotesi a), trasferimento di attivi da una stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente alla casa madre od altra stabile organizzazione all'estero (ipotesi c) e operazioni straordinarie con soggetti non residenti (ipotesi e):

¹⁴ Il D.M. 14 maggio 2018, recante le linee guida per l'applicazione delle disposizioni previste in materia di prezzi di trasferimento, modificate con il D.L. n.50/2017, è stato pubblicato il 21 febbraio 2018 dal Ministero dell'Economia e delle Finanze. Il Decreto è sostanzialmente in linea con quanto previsto a livello internazionale dalle Linee Guida OCSE in tema di prezzi di trasferimento.

- qualora successivamente al trasferimento di residenza non rimanga in Italia una stabile organizzazione, le perdite realizzate fino al termine dell'ultimo periodo d'imposta di residenza sono in primo luogo compensate, senza applicazione del limite di cui all'art. 84, comma 1 del TUIR con il reddito di tale periodo d'imposta e, per la parte eventualmente eccedente, sono computate in diminuzione della plusvalenza da imposizione in uscita senza alcuna limitazione;

- di converso, qualora rimanga in Italia una stabile organizzazione della trasferita, le perdite realizzate fino al termine dell'ultimo periodo d'imposta di residenza sono in primo luogo compensate, con applicazione del limite di cui all'art. 84, comma 1¹⁵, con il reddito di tale periodo d'imposta e, per la parte eventualmente eccedente sono computate in diminuzione della plusvalenza da *exit tax* senza applicazione del limite di cui all'art. 84, comma 1 del TUIR (al netto della quota, determinata ai sensi dell'art. 181 del TUIR¹⁶, con applicazione delle condizioni e del limite di cui all'art. 172 del TUIR nel solo caso di trasferimento occorso in seguito ad operazioni straordinarie). Di conseguenza le perdite attribuibili all'attività d'impresa completamente trasferita dall'Italia potranno essere compensate senza alcuna limitazione, mentre le perdite proporzionalmente attribuibili ad una stabile italiana potranno essere scomutate secondo le regole ordinarie.

¹⁵ Secondo il quale: *"La perdita di un periodo d'imposta, determinata con le stesse norme valevoli per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi in misura non superiore all'ottanta per cento del reddito imponibile di ciascuno di essi e per l'intero importo che trova capienza in tale ammontare. Per i soggetti che fruiscono di un regime di esenzione dell'utile la perdita è riportabile per l'ammontare che eccede l'utile che non ha concorso alla formazione del reddito negli esercizi precedenti. La perdita è diminuita dei proventi esenti dall'imposta diversi da quelli di cui all'articolo 87, per la parte del loro ammontare che eccede i componenti negativi non dedotti ai sensi dell'articolo 109, comma 5. Detta differenza potrà tuttavia essere computata in diminuzione del reddito complessivo in misura tale che l'imposta corrispondente al reddito imponibile risulti compensata da eventuali crediti di imposta, ritenute alla fonte a titolo di acconto, versamenti in acconto, e dalle eccedenze di cui all'articolo 80".* Sull'applicabilità delle disposizioni del secondo periodo del presente comma, vedasi l'art. 26-ter, comma 1, D.L. 23 dicembre 2016, n. 237, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 febbraio 2017, n.15.

¹⁶ Cfr. art. 181, comma 1, secondo periodo, del TUIR, *"proporzionalmente alla differenza tra gli elementi dell'attivo e del passivo effettivamente connessi alla stabile organizzazione sita nel territorio dello Stato risultante dall'operazione e nei limiti di detta differenza".*

Differentemente da quanto sopra, laddove il soggetto residente trasferisca attivi in una propria stabile organizzazione in regime di *branch exemption* (ipotesi b) e nell'ipotesi di trasferimento all'estero della stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente che trasferisce in tutto o in parte i propri attivi in altro Paese (ipotesi d), si dovrebbero rendere pienamente applicabili le disposizioni e limitazioni di cui all'art. 84 del TUIR

2.6. Osservazioni per le stabili organizzazioni

Dall'analisi sin qui svolta non sembra che l'art. 166 disciplini il trattamento fiscale delle plusvalenze inerenti alle attività non conferite, che non siano suscettibili di configurare una stabile organizzazione in Italia del conferente.

Se prendiamo in considerazione le due ipotesi disciplinate dal co. 1, lett. c) e d), nel caso di trasferimento dell'intera stabile organizzazione italiana di cui all'art. 166, co. 1, lett. c). del TUIR la plusvalenza, unitariamente determinato, è pari alla differenza tra il valore di mercato e il costo fiscale delle attività e passività della stabile organizzazione; inoltre le perdite fiscali maturate possano essere utilizzate in abbattimento del reddito dell'ultimo periodo di imposta e, per la parte eccedente, della plusvalenza, senza osservanza del limite dell'80 per cento del reddito di cui all'art. 84 del TUIR. Si precisa che l'inciso "intera stabile organizzazione" sembra riferirsi, quantomeno ad una prima lettura, all'intero complesso aziendale idoneo a costituire una stabile organizzazione in Italia del soggetto non residente.

Con riferimento, invece al trasferimento di attivi di una stabile organizzazione italiana di cui all'art. 166, comma 1, lett. d. del TUIR, la plusvalenza è pari alla differenza tra il valore di mercato e il costo fiscale degli attivi trasferiti (non sembrerebbero rilevare a questo specifico fine, sulla base di una interpretazione letterale della disposizione, le passività trasferite); in assenza di una previsione derogatoria, le perdite possono essere utilizzate nei limiti previsti dall'art. 84 del TUIR.

Da quanto ribadito, quindi, il regime di *exit tax* previsto ai sensi dell'art. 166 per

i casi di trasferimento dell'intera stabile organizzazione e di attivi dello stabile organizzazione non sembra disciplinare l'ipotesi per la quale, a seguito di un conferimento di azienda propria di una stabile organizzazione italiana, le attività e le passività non conferite non siano idonee a configurare in Italia una stabile organizzazione (residua) del conferente. Infatti, adottando una interpretazione letterale dell'art. 166, il trasferimento di tali attività e passività alla sede centrale non pare assimilabile alle ipotesi di cui alle lett. c) e d), stante l'idoneità del patrimonio che residua dopo il conferimento a configurare una stabile organizzazione.

2.7. Il periodo d'imposta di imputazione del reddito

Il comma 7 dell'art. 166 norma il periodo d'imposta di imputazione del reddito nelle diverse fattispecie di applicazione dell'*exit tax*, precisando che:

- in caso di trasferimento della residenza all'estero la plusvalenza si intende realizzata nell'ultimo periodo d'imposta il cui reddito va dichiarato in Italia;
- negli altri casi il reddito è imputato al momento di perfezionamento delle rispettive operazioni.

In sostanza, in entrambi i casi le relative imposte dovrebbero risultare dovute entro il termine di versamento del relativo saldo ai fini delle imposte sui redditi.

Il successivo comma 8 stabilisce che, a tal fine, non si tiene conto di minusvalenze o plusvalenze realizzate successivamente al momento di determinazione del reddito in via definitiva.

2.8. La rateizzazione

Il co. 9 dell'art. 166 consente il versamento dell'imposta sulla plusvalenza in un'unica soluzione o in cinque rate annuali di pari importo (in luogo di sei rate come invece previsto dal D.M. 2 luglio 2014), subordinando l'esercizio dell'opzione alla prestazione di eventuali garanzie per la cui disciplina si rinvia ad un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate.

La rateazione è ammessa solo a condizione che il trasferimento della

residenza, degli attivi, della stabile organizzazione e le operazioni straordinarie avvengano in un Paese appartenente all'Unione europea o aderente all'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) incluso nella lista degli Stati che consentono un adeguato scambio di informazioni e con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo per la reciproca assistenza in materia di riscossione.

In base a quanto disciplinato dai co. 10 e 11 dell'art. 166 l'opzione per la rateazione deve riguardare l'intera imposta dovuta con applicazione, sulle rate successive alla prima, di interessi nella misura prevista dall'art. 20, D.Lgs. n.241/1997 (attualmente pari al 4% annuo).

Il comma 12 dell'art. 166 individua poi specifiche ipotesi di decadenza dalla rateizzazione, in presenza delle quali occorre effettuare il versamento dell'imposta residua entro il termine previsto per il successivo versamento.

In particolare il riferimento è a tutti i trasferimenti della residenza, degli attivi, della stabile organizzazione delle le operazioni straordinarie che avvengano in un Paese che non appartiene all'Unione europea o non aderisce all'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) incluso nella lista degli Stati che consentono un adeguato scambio di informazioni e con il quale l'Italia abbia stipulato un accordo per la reciproca assistenza in materia di riscossione.

Il co. 15 dell'art. 166 demanda, infine, all'emanazione di uno o più provvedimenti dell'Agenzia delle entrate la specifica relativa alle modalità di esercizio dell'opzione per la rateazione, le condizioni al ricorrere delle quali occorre prestare apposita garanzia nonché le modalità di monitoraggio dell'eventuale verificarsi delle ipotesi di decadenza della stessa.

2.9. Il regime per le imprese individuali e le società di persone

Il co. 13 prevede per le imprese individuali e per le società di persone l'applicazione della tassazione separata secondo quanto disciplinato dall'art. 17, comma 1, lett. g) e l) del TUIR, che riguarda:

- le plusvalenze, compreso il valore di avviamento, realizzate mediante cessione a titolo oneroso di aziende possedute da più di 5 anni e redditi

conseguiti in dipendenza di liquidazione, anche concorsuale, di imprese commerciali esercitate da più di 5 anni (art. 17, comma 1, lett. g) del TUIR);

- i redditi compresi nelle somme attribuite o nel valore normale dei beni assegnati ai soci di società semplici, in nome collettivo e in accomandita semplice nei casi di recesso, esclusione e riduzione del capitale o agli eredi in caso di morte del socio, e redditi imputati ai soci in dipendenza di liquidazione, anche concorsuale, delle società stesse, se il periodo di tempo intercorso tra la costituzione della società e la comunicazione del recesso o dell'esclusione, la deliberazione di riduzione del capitale, la morte del socio o l'inizio della liquidazione è superiore a 5 anni (art. 17, comma 1, lett. l), del TUIR).

2.10. Il trattamento per i soci di società di capitali

Il comma 14 dell'art. 166, come già previsto nella precedente versione stabilisce che il trasferimento all'estero della residenza fiscale di una società di capitali non comporta di per sé alcuna imposizione dei soci di tale società.

Tale dovrebbe essere la conclusione anche in relazione alle società di persone. Sarebbe, altrimenti, particolarmente semplice aggirare la disposizione, procedendo alla trasformazione della società di persone in società di capitali prima del trasferimento della residenza all'estero.

Ma facciamo un passo indietro.

La norma è stata introdotta dall'art. 1 del D.Lgs n.199 del 2007 in attuazione della Direttiva 2005/19/CE che modifica la Direttiva 90/434/CEE relativa al regime fiscale comune da applicare alle fusioni, alle scissioni, ai conferimenti d'attivo ed agli scambi di azione concernenti società di Stati membri diversi. In particolare la stessa Direttiva 2005/19/CE al Considerando n.7 specifica che *"conformemente ai principi del trattato, l'imposizione dei soci in occasione del trasferimento della sede sociale dovrebbe essere esclusa"*. Principio ribadito dallo stesso art. 10-*quinquies* della stessa Direttiva.

In realtà nel contesto italiano, come ribadito dalla Relazione illustrativa al D.lgs n.199/2007, la regola della neutralità fissata dall'art. 10-*quinquies* era già

operante perché nessuna disposizione del TUIR compreso l'art. 166 prevedono alcuna forma di tassazione dei soci di una società di capitali nazionale per il semplice trasferimento della sua sede sociale all'estero con perdita della residenza fiscale.

Bisogna però mettere in evidenza che la non tassazione dei soci di una società che attua il trasferimento di sede è subordinato al fatto che l'ordinamento di destinazione riconosca secondo quanto sancito dall'art. 25, co. 3 della L. n.218/1995 ("I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati") la forma giuridica adottata in Italia da parte della società che trasferisce la propria sede, se ciò non accadesse, infatti, la società italiana dovrebbe sciogliersi e i soci dovrebbero essere tassati per un reddito pari alla differenza tra le somme e il valore normale dei beni compresi nel patrimonio sociale e il costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni da essi detenuti (ex art. 47, co. 7, TUIR¹⁷).

L'esplicita previsione del comma 14 dell'art. 166 secondo cui il trasferimento della società non comporta di per sé alcuna imposizione dei soci, unita alla considerazione per cui la norma vuole solo assoggettare a tassazione i plusvalori maturati in capo alla società trasferita¹⁸, consentono di concludere che la disposizione si disinteressa dell'imposizione a livello di soci, ponendosi unicamente come forma di tassazione di chiusura in relazione ai beni per i quali si verifica la fuoriuscita dal regime d'impresa.¹⁹

¹⁷ "Le somme o il valore normale dei beni ricevuti dai soci in caso di recesso, di esclusione, di riscatto e di riduzione del capitale esuberante o di liquidazione anche concorsuale delle società ed enti costituiscono utile per la parte che eccede il prezzo pagato per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni o quote annullate".

¹⁸ Vedasi anche Considerando 10 Direttiva ATAD, secondo cui "L'imposizione in uscita ha la funzione di garantire che quando un contribuente trasferisce attivi o la propria residenza fiscale al di fuori della giurisdizione fiscale di uno Stato, detto Stato assoggetta ad imposta il valore economico di qualsiasi plusvalenza creata nel suo territorio, anche se tale plusvalenza non è ancora stata realizzata al momento dell'uscita".

¹⁹ G. MELIS, *Trasferimento della residenza all'estero ed elusione fiscale*, in G. MAISTO (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, Milano 2009.

3. La nuova disciplina in tema di trasferimento delle imprese dall'estero in Italia: l'*entry tax*

La disciplina della c.d. *entry tax*, contenuta all'art. 166-*bis* del TUIR è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dall'art. 12 del D.Lgs. n.147/2015 (c.d. Decreto internazionalizzazione).

Antecedentemente all'introduzione nell'ordinamento nazionale dell'*entry tax*, la pratica di attribuire una valorizzazione ai beni immessi nel circuito imprenditoriale era esclusivamente legiferata su specifiche e domestiche casistiche²⁰.

Differentemente, la regolamentazione riguardante il valore fiscale d'ingresso degli asset trasferiti in Italia e provenienti da altro Stato, era lasciata in balia della prassi ministeriale²¹.

L'assenza di una disciplina fino al 2015 aveva posto numerosi problemi tra cui:

L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto dei beni dell'impresa appartenenti al soggetto che ha assunto la residenza italiana.

Le diverse ipotesi:

²⁰ Immissione di beni nell'impresa provenienti dal patrimonio personale dell'imprenditore individuale (ex art. 65, comma 3-*bis*, del TUIR) ovvero nel caso di trasformazione eterogena di un ente non commerciale in società soggetta all'imposta sui redditi di cui al Titolo II del TUIR (ex art. 171, comma 2, del TUIR).

²¹ Vedasi:

- la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n.67/E/2007 avente ad oggetto l'individuazione del valore da attribuire alle partecipazioni detenute in società di capitali residenti in Germania da una persona fisica che trasferisce la propria residenza dalla Germania in Italia. A tal fine l'Agenzia specificava che "In assenza di una specifica disciplina interna e considerata la vigenza nello Stato membro di partenza di una normativa '*exit tax*' applicabile alle persone fisiche, il ricorso a tale criterio (n.d.r. valore normale) appare infatti non solo il più idoneo a salvaguardare il diritto al prelievo dello Stato nel quale si è avuto l'effettivo incremento di valore delle partecipazioni, ma anche il più efficace al fine di evitare sia fenomeni di doppia imposizione che salti d'imposta";
- la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n.345/E/2008 riguardante il caso del trasferimento in Italia di una holding lussemburghese. In tale occasione, l'Agenzia aveva chiarito che in caso di trasferimento in discontinuità di valori, ovvero in caso in cui nel Paese di provenienza fosse previsto un regime di *exit tax*, la valorizzazione degli asset doveva avvenire al valore corrente; diversamente, ossia in regime di discontinuità o nel caso in cui il Paese di provenienza non prevedesse alcuna tassazione all'uscita, la valorizzazione fiscale doveva avvenire al costo storico. In altre parole, la sorte fiscale in Italia veniva agganciata alla modalità di tassazione nel Paese di provenienza.

1) costo storico?

2) valore normale alla data di efficacia del trasferimento?

3) oppure una terza interpretazione sposata dall'Amministrazione finanziaria con la ris. 05-08-2008 n.345/E, in base al quale il valore dei beni doveva essere fatto dipendere dalla fiscalità dell'ordinamento di provenienza. Se lo stato estero di provenienza applicava l'*exit tax* il valore di ingresso doveva essere quello preso a riferimento a tal fine, mentre se il Paese d'origine non applicava alcuna *exit tax* il valore di ingresso doveva essere fatto coincidere con il costo storico.

Così, come detto, viene introdotto dall'art. 12 del D.Lgs. n.147/2015 l'art. 166-*bis*, rubricato originariamente "Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato" che, più che introdurre una vera e proprio "tassa", disciplinava la modalità di determinazione del "valore fiscale d'ingresso" degli asset "provenienti" da altre giurisdizioni.

Presupposto dell'applicazione della disciplina dell'*entry tax* era il trasferimento della residenza fiscale²² nel territorio dello Stato.

In particolare ai sensi del comma 1 del citato articolo "i soggetti che esercitano imprese commerciali", provenienti da Paesi c.d. *White list*, che, "trasferendosi nel territorio dello Stato, acquisiscono la residenza ai fini delle imposte sui redditi assumono quale valore fiscale delle attività e delle passività il valore normale delle stesse".

Con tale previsione veniva quindi sancita quale regola generale, ai fini della determinazione dei valori fiscali in entrata delle società che acquisivano la residenza fiscale in Italia, il criterio del valore normale di cui all'art. 9 del TUIR.

²² Come noto per le società e gli enti soggetti all'imposta sul reddito delle società (IRES) la residenza è stabilita dall'art. 73, co. 3, del TUIR con tre criteri di collegamento fra tali soggetti e il territorio (criteri tra loro alternativi, è sufficiente che sussista uno perché la società possa considerarsi fiscalmente residente in Italia):

1) la sede legale;

2) la sede dell'amministrazione;

3) l'oggetto principale.

Perché possa configurarsi la residenza è necessario che il criterio di collegamento sussista per la maggior parte del periodo di imposta.

Tale automatismo scattava tuttavia a condizione che il Paese di provenienza fosse incluso nella lista di cui all'art. 11, comma 4, lett. c) del D.Lgs. 1° aprile 1996, n.239, vale a dire garantisse un adeguato scambio di informazioni, e ciò a prescindere dal regime fiscale applicato dal Paese di origine ai beni in uscita e, quindi, anche "in assenza dell'applicazione di un'*exit tax* da parte dello Stato di provenienza".

Diversamente, qualora cioè le attività e passività trasferite provenissero da Stati o territori non inclusi nella citata lista, il successivo comma 2 subordinava il riconoscimento del valore normale al raggiungimento di un accordo con l'Agenzia delle entrate, nell'ambito della procedura dei c.d. Accordi preventivi per le imprese con attività internazionale di cui all'art. 31-ter del D.P.R. n.600/1973.

In assenza di tale accordo, le attività erano valutate al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore normale, determinato ai sensi dell'art. 9 del TUIR, mentre le passività in misura pari al maggiore tra questi.

Da ultimo, il comma 3 dell'art. 166-*bis* demandava a un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate l'individuazione delle modalità di segnalazione dei valori fiscali d'ingresso e, inoltre, fissava la sanzione applicabile in caso di omessa o incompleta segnalazione nella misura pari al 10% degli importi omessi con un minimo di euro 500 fino ad un massimo di euro 50.000.

La rubrica della norma «Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato» aveva da subito, però, generato dubbi circa la portata della disposizione e in particolare se questa fosse applicabile anche ad ipotesi diverse rispetto al mero trasferimento di residenza (come nel caso di migrazioni per operazioni straordinarie).

Così con la risoluzione 69/E del 2016 l'Agenzia delle entrate aveva esteso:

a) l'applicazione delle disposizioni dell'art. 166-*bis* del TUIR anche alle ipotesi di trasferimento di residenza diverse rispetto al mero trasferimento di residenza (come nel caso di migrazioni per operazioni straordinarie).

b) il riconoscimento fiscale anche qualora il bene non sia presente in bilancio perché, ad esempio, nel frattempo totalmente ammortizzato ovvero iscritto al

costo per un importo inferiore. Sul punto l'Amministrazione ritiene che la valorizzazione al valore normale risulti pienamente applicabile anche per questi beni non più presenti in bilancio, in quanto completamente ammortizzati o il cui valore contabile sia inferiore al *fair value*.

3.1. Il nuovo art. 166-bis: ambito soggettivo

Per rendere la norma più aderente alle previsioni comunitarie e allinearla alla disciplina dell'*exit tax* disciplinata dall'art. 166 del TUIR, come modificata in base all'art. 5 della Direttiva UE 2016/1164 (c.d. Direttiva ATAD), con effetto dal 1° gennaio 2019, l'art. 3 del D.lgs n.142 del 29 novembre 2018 ha modificato l'art. 166-bis rubricato ora "Valori fiscali in ingresso".

La novella legislativa si compone di sei commi che complessivamente dettano un più puntuale regime di *entry tax* rispetto alla formulazione previgente.

In dettaglio, il comma 1 elenca le fattispecie in cui si rendono applicabili i nuovi criteri di valorizzazione fiscale, vale a dire allorquando:

- a) un soggetto che esercita un'impresa commerciale trasferisce in Italia la propria residenza fiscale;
- b) un soggetto fiscalmente residente all'estero trasferisce attivi a una propria stabile organizzazione situata in Italia;
- c) un soggetto fiscalmente residente all'estero trasferisce in Italia un complesso aziendale;
- d) un soggetto fiscalmente residente in Italia che possiede una stabile organizzazione situata all'estero in regime di c.d. *branch exemption*²³ trasferisce alla sede centrale sita in Italia attivi facenti parte del patrimonio di tale stabile organizzazione;

²³ In sintesi, ai sensi dell'art. 168-ter del TUIR le imprese residenti in Italia possono optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni situate all'estero, con tassazione esclusiva, quindi, nel solo Stato ove è localizzata la stabile organizzazione in alternativa al regime ordinario, in base al quale il reddito della stabile organizzazione è tassato prima nello Stato estero e poi in Italia con riconoscimento del credito per le imposte pagate all'estero.

e) un soggetto fiscalmente residente all'estero esercente attività commerciale è oggetto di incorporazione da parte di una società italiana, effettua una scissione a favore di una o più beneficiarie residenti in Italia oppure effettua il conferimento di una stabile organizzazione situata al di fuori del territorio dello Stato a favore di un soggetto fiscalmente residente in Italia.

Ne discende che i nuovi criteri di valorizzazione fiscale risultano espressamente applicabili, oltreché ai "classici" trasferimenti di residenza (ipotesi *sub a*), anche ai trasferimenti "indiretti" di residenza nel territorio dello Stato attuati mediante operazioni straordinarie (ipotesi *sub e*) quali le fusioni, le scissioni e i conferimenti (in linea con quanto già confermato con la risoluzione n.69/E/2016), ed anche ai trasferimenti in Italia di complessi aziendali provenienti dall'estero (ipotesi *sub c*), nonché ai trasferimenti di attivi tra sede centrale e stabile organizzazione e viceversa (ipotesi *sub b e d*).

Per quanto attiene, poi, alla definizione di impresa commerciale, occorrerebbe fare riferimento a quei soggetti che, in base alle regole dell'ordinamento nazionale, risulterebbero titolari di reddito d'impresa²⁴. Sulla base del tenore letterale della norma rientrerebbero nell'ambito applicativo della stessa tutti i soggetti potenzialmente titolari di reddito d'impresa: società di capitali (e similari) ed enti pubblici e privati che hanno per oggetto (esclusivo o principale) l'esercizio di attività commerciali. In tale senso è esteso l'ambito applicativo a

²⁴ L'Agenzia delle entrate nella risoluzione n.69/E/2016 aveva chiarito con riferimento alla previgente formulazione in tema *entry tax* che "il presupposto consistente nell'esercizio di un'impresa commerciale, cui è subordinato il regime in esame, deve intendersi riferito a tutti i soggetti titolari di reddito d'impresa secondo l'ordinamento domestico, a prescindere dall'attività economica concretamente svolta dai medesimi", evidenziando "come la finalità sottesa alla disposizione in esame sia, dunque, sostanzialmente diversa da quella che ha ispirato la disciplina della *participation exemption*, che tutela la circolazione di aziende e non delle strutture meramente patrimoniali, o da quella della CFC rule che ha un chiaro carattere antielusivo e colpisce, anticipandone la tassazione in capo al socio residente, i redditi dei soggetti che non svolgono un'attività economica effettiva nei c.d. paradisi fiscali". Difatti come ribadito dalla risposta n.50, fornita in occasione dell'incontro con la stampa specializzata del 31 gennaio 2019, "la *ratio* dell'art. 166-bis del TUIR consiste nel ripartire correttamente la potestà impositiva tra le giurisdizioni coinvolte nell'operazione di trasferimento di un soggetto che esercita impresa commerciale ed evitare, conseguentemente, che plusvalori e minusvalori maturati fuori dal reddito d'impresa italiano possano concorrere alla formazione dello stesso".

qualsiasi soggetto la cui commercialità sia presunta a causa della forma giuridica adottata²⁵.

A parere di parte della dottrina²⁶, a determinate condizioni, le disposizioni potrebbero essere estese anche agli enti non commerciali: fondazioni, associazioni e trust non commerciali residenti nel territorio dello Stato così come precisato anche dalla risoluzione dell’Agenzia delle entrate n.69/E del 5 agosto 2016.

Resta però anche per l’*entry tax* la stessa osservazione fatta per la *exit tax* alla quale si rinvia.

Giova da ultimo precisare che con riferimento al trasferimento di attivi ad una stabile organizzazione nel territorio dello Stato non è richiesta la perdita della potestà impositiva da parte dello stato di origine degli *asset*²⁷.

3.2. Ambito applicativo

Il comma 2, concentrandosi sui trasferimenti di attivi a o da una stabile organizzazione (ipotesi *sub b e d*), precisa che in tali casi il momento a partire

²⁵ Anche sulla base dei principi enunciati nella risoluzione n.69/E/2016, dovrebbero essere incluse quindi nel perimetro di applicazione della disciplina dell’art. 166-*bis* del TUIR anche le *holding* statiche, le quali, pur non rappresentando l’esercizio di una attività commerciale, sotto il profilo squisitamente tributario, in considerazione della veste societaria, sono attratte nel regime del reddito d’impresa ai sensi dell’art. 81 del TUIR (in tal senso si veda: Assonime, Nota tecnica n.9/2015, p. 9; L. MIELE e V. RUSSO, “*Entry tax* allineata ai principi OCSE”, in *Corr. Trib.*, 2018.

²⁶ G. BIZIOLI, *ATAD i giochi non sono chiariti*, *cit.*.

²⁷ La relazione illustrativa al Decreto ATAD, nella versione del 26 novembre 2018, precisa che diversamente dalle proposte ricevute non si era ritenuto di “eliminare il riferimento alla perdita della potestà impositiva dello Stato di origine in quanto non rappresenta un requisito essenziale ai fini dell’applicazione del riconoscimento dei valori fiscali in ingresso. Si fa presente, infatti, che tale requisito è richiesto, conformemente all’art. 5, comma 1, della Direttiva, nella disciplina dell’imposizione in uscita di cui all’art. 166 del TUIR e non per la disciplina dei valori fiscali in ingresso di cui all’art. 166-*bis* del TUIR”. Difatti nel caso di trasferimento degli *asset* ad una stabile organizzazione italiana il regime riservato dallo Stato in cui ha sede la società dovrebbe essere quello della continuità di valore generando, pertanto, una potestà impositiva concorrente. Come evidenziato da autorevole dottrina (S. MAYR, *Il trasferimento della sede (residenza) delle imprese commerciali dall’estero in Italia: alcune considerazioni*, in *Boll. trib.*, 2016), dovrebbe attivarsi il meccanismo di funzionamento del credito d’imposta per le imposte assolute all’estero nel periodo di permanenza della stabile organizzazione anche se non sempre la valutazione al valore di mercato delle attività e delle passività della società che trasferisce la sua residenza in Italia reca alla stessa un effettivo beneficio.

dal quale tali attivi si considerano trasferiti decorre da “quando in applicazione dei criteri definiti dall’OCSE, considerando la stabile organizzazione un’entità separata e indipendente, che svolge le medesime o analoghe attività, in condizioni identiche o similari, e tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati, tali attivi si considerano rispettivamente entrati nel patrimonio o usciti dal patrimonio di tale stabile organizzazione”.

Il comma 3 prevede il riconoscimento del valore di mercato, in sostituzione del previgente valore normale, quale valore fiscale degli attivi e passivi che per la prima volta fanno ingresso nell’ordinamento tributario nazionale. Anche in tale occasione il legislatore ha tuttavia subordinato l’applicazione del nuovo criterio del valore di mercato alla condizione che gli attivi e passivi provengano da soggetti fiscalmente residenti in uno Stato appartenente all’Unione europea oppure in uno Stato garante di un adeguato scambio di informazioni (D.M. 4 settembre 1996).

Nel successivo comma 4 viene precisato che il valore di mercato deve determinarsi tenendo conto delle linee guida emanate in materia di prezzi di trasferimento (D.M. 14 maggio 2018, emanato ai sensi dell’art. 110, comma 7 del TUIR), vale a dire facendo riferimento alle “condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili tenendo conto, qualora si tratti di valore riferibile a un complesso aziendale o a un ramo di azienda, del valore dell’avviamento, calcolato tenendo conto delle funzioni e dei rischi trasferiti”.

Come già prescritto dal comma 2 della precedente versione dell’art. 166, il comma 5 precisa poi che nei casi di trasferimento elencati al comma 1, qualora gli attivi e passivi provengano da Stati o territori diversi dall’UE o da quelli con cui non vi è adeguato scambio di informazioni fiscali, la valorizzazione ai fini fiscali secondo il criterio del valore di mercato è subordinata alla stipula di un accordo preventivo con l’Amministrazione finanziaria ai sensi dell’art. 31-ter del D.P.R. n.600/1973. In assenza di tale accordo, come per il passato, le attività verranno valorizzate ai fini fiscali al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il

valore di mercato (non più valore normale) determinato ai sensi del già citato comma 4, mentre per le passività al maggiore tra questi²⁸.

Ciò detto da una lettura superficiale dell'art. 166-*bis* potrebbe portare ad un'interpretazione restrittiva secondo cui – dal momento che la norma fa riferimento espresso alla procedura di accordo preventivo (“procedura APA”) ai sensi dell'art. 31-*ter* del D.P.R. n.600/1973 (“art. 31-*ter*”) soltanto in caso di provenienza da Stati opachi dal punto di vista dello scambio d'informazioni – l'avvio di una procedura APA non sarebbe necessario (e, quindi, ammissibile) in caso di trasferimento in ingresso da Stati UE o *white-list*. In tale ultima fattispecie, se ci si limitasse a una lettura decontestualizzata dell'art. 166-*bis*, l'avvio di una procedura APA con l'Amministrazione finanziaria potrebbe apparire superfluo perché il riconoscimento del valore di mercato quale valore fiscale in entrata potrebbe avvenire in via automatica, sulla base della determinazione unilaterale del contribuente.

Non si ravvedono ragioni normative, tuttavia, per disconoscere l'ammissibilità della procedura APA, in via facoltativa, anche in caso di trasferimenti intra-UE.

Il co. 6, infine, demanda (come già il co. 3 della precedente versione dell'art. 166-*bis*) ad un provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate²⁹ il compito di stabilire le modalità di segnalazione dei valori delle attività e delle passività trasferite in Italia e replica le sanzioni già previste dalla previgente versione dell'art. 166-*bis* in caso di omessa o incompleta segnalazione. In particolare si applica la sanzione amministrativa prevista dall'art. 8, co. 3-*bis*, del D.Lgs. n.471/1997 (sanzione amministrativa pari al 10% dell'importo complessivo non indicato con un minimo di euro 500 ed un massimo di euro 50.000).

²⁸ E. DELLA VALLE, *Nuova entry tax estesa ai soggetti diversi dalle società, in il fisco*, 2019, p. 248.

²⁹ Il Provvedimento dell'Agenzia delle entrate non risulta ancora emanato. Per quanto riguarda la previgente formulazione si veda l'art. 2.7 del Provvedimento del Direttore n.42295 del 21 marzo 2016.

3.3. Questioni applicative irrisolte

La disposizione in tema di *entry tax* non definisce il **momento di efficacia del trasferimento** ossia il momento in cui l'entità immigrata si intenda residente in Italia: rendendo, pertanto, applicabili, in generale, gli ordinari principi³⁰.

Si segnala che in presenza di trasferimenti di sede (ipotesi *sub a*) potrebbe verificarsi il caso in cui il periodo d'imposta di effettivo trasferimento in Italia da parte della società estera non coincida con quello di acquisizione da parte della stessa della residenza fiscale, a cui è subordinata l'applicabilità dei criteri dettati dall'art. 166-bis. Infatti, mentre il trasferimento di sede rappresenta un preciso momento legato all'arrivo in Italia della società trasferente ed è collegato, in linea generale, alla cancellazione della stessa dall'equivalente registro delle imprese tenuto nel Paese di provenienza (cfr. risoluzione 17 gennaio 2006, n.9/E.³¹), l'acquisizione della residenza fiscale ex art. 73, comma 3, del TUIR presuppone, invece, la verifica del requisito temporale, vale a dire la presenza in Italia della

³⁰ E. ARTUSO e I. BISINELLA, *Brevi note sugli artt. 166 e 166-bis T.U.I.R.: luci ed ombre dei recenti interventi normativi*, in *Dir. prat. trib.*, 2018, par. 6.3.

³¹ L'Agenzia delle entrate, con risoluzione n.9/E/2006 ha chiarito al riguardo, che "qualora il trasferimento in Italia avvenga in condizioni di continuità giuridica, il periodo d'imposta, costituito dall'esercizio sociale, non si interrompe. Pertanto, in applicazione dell'art. 73, comma 3, del TUIR, l'ente risulterà residente in Italia per l'intero esercizio se il trasferimento di sede si è perfezionato prima che sia decorso un numero di giorni inferiore alla metà del periodo d'imposta. Nell'ipotesi di inefficacia del trasferimento di sede, la società, costituita *ex novo* secondo l'ordinamento italiano, inizia un nuovo periodo d'imposta e sarà considerata da subito residente, alla stregua delle società neocostituite. Del pari, in ipotesi di trasferimento in continuità giuridica della sede statutaria dall'Italia in un altro Stato, la società risulterà residente in Italia per tutto il periodo d'imposta, coincidente con l'esercizio, se per la maggior parte dello stesso la sede legale è stata nel territorio dello Stato".

³¹ In tale ipotesi, qualora il Paese di destinazione determini la residenza fiscale a decorrere dalla data di trasferimento (*c.d. split year*) e consideri "la maggior parte del periodo d'imposta", per la frazione di esercizio tra la data di trasferimento ed il termine del periodo d'imposta il contribuente risulterebbe residente in entrambe le giurisdizioni. Al riguardo si segnala, G. MAISTO, *Dual Residence of Companies under Tax Treaties*, IBFD, 2018, pag. 34. Diversamente, qualora il medesimo contribuente effettui il trasferimento dal territorio dello Stato verso la medesima giurisdizione nel corso della prima metà del periodo d'imposta, per la frazione di esercizio tra l'inizio del periodo d'imposta e la data di trasferimento potrebbe potenzialmente risultare non residente in alcuna giurisdizione. In tal senso vedasi anche Corte di giustizia UE, 25 ottobre 2017, causa C-106/16, Polbud e del 16 dicembre 2008, causa C-201/06, Cartesio: da un punto di vista legale-societario, si può ritenere ragionevolmente consolidata in ambito UE la possibilità per una società di trasferire in un altro Stato la propria sede legale seguita dall'aggiornamento del sistema legale applicabile.

sede legale o della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale della società trasferente "per la maggior parte del periodo di imposta". Sicché, il trasferimento di sede effettuato nei primi 183 giorni dell'anno determinerebbe l'acquisizione della residenza fiscale per l'intero anno in cui il trasferimento è avvenuto e, quindi, anche la valorizzazione degli attivi e passivi trasferiti dovrebbe essere effettuata all'inizio del medesimo periodo d'imposta. Per contro, il trasferimento di sede effettuato nella seconda metà dell'anno comporterebbe l'acquisizione della residenza fiscale in Italia solamente a decorrere dall'anno successivo, con differimento a tale preciso momento (inizio del periodo d'imposta successivo a quello di trasferimento della sede) del processo di valorizzazione ex art. 166-bis del T.U.I.R.³².

Tale sfasamento temporale discende, tra l'altro, dall'assenza nella normativa tributaria interna, come in gran parte di quella convenzionale prevista esclusivamente nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni siglate dall'Italia con la Germania (cfr. punto 3 del protocollo alla Convenzione ratificata con la Legge 24 novembre 1992, n.459³³) e la Svizzera (cfr. art. 4, paragrafo 4 della Convenzione ratificata con la Legge 23 dicembre 1978, n.943) e, tra l'altro, in entrambi i casi rilevante solo per le persone fisiche sottoscritta dall'Italia, della c.d. clausola di *split year*, che sostanzialmente prevede la possibilità di frazionare il periodo d'imposta in presenza di trasferimenti di sede avvenuti nel corso dell'anno.

Diverso è il caso in cui la residenza del soggetto non sia novellata dal trasferimento di attivi: si pensi al caso in cui una società si trasferisca in Italia costituendo una stabile organizzazione, ovvero attribuisca alla stessa una sola parte dei propri asset (senza estinzione della società trasferente e non

³² Cass. 31 maggio 2016., n.11324.

³³ "Se una persona fisica è considerata residente dello Stato contraente in base all'art. 4 soltanto per una frazione dell'anno ed è considerata residente dell'altro Stato contraente per il resto dell'anno (cambio di residenza), l'assoggettamento all'imposta, nei limiti in cui esso dipenda dal luogo di residenza, termina nel primo Stato alla fine del giorno in cui è stato effettuato il cambio di domicilio. Nell'altro Stato, l'assoggettamento all'imposta, nei limiti in cui esso dipenda dal luogo di residenza, inizia il giorno successivo al cambio di domicilio".

residente). In tal caso, la valorizzazione dei beni nel territorio italiano dovrebbe avere efficacia alla data del trasferimento degli asset, non rilevando presumibilmente il momento in cui l'operazione si perfeziona, ad esempio secondo semestre del periodo d'imposta.

A ciò si aggiunge la necessità di chiarire la sorte delle eventuali **perdite fiscali maturate in costanza di residenza estera da parte della società che intende trasferirsi in Italia**. Tale questione, marginalmente affrontata nella già citata risoluzione n.345/E/2008, sembra tutt'ora irrisolta.

In tale occasione, infatti, l'Agenzia delle entrate aveva negato la possibilità di riportare e, quindi, utilizzare, le perdite fiscali di cui si discute per mere ragioni antielusive posto che, prima del trasferimento in Italia, la società era "localizzata in un Paese a fiscalità privilegiata" pertanto "le perdite maturate nel corso degli esercizi fiscali [pregressi al trasferimento, N.d.A.] potevano essere compensate soltanto con i futuri redditi della stessa società (...) ai sensi dell'art. 167 del TUIR" e, quindi, utilizzate "soltanto per abbattere i redditi [assoggettati, N.d.A.] a tassazione separata della medesima entità e non ai fini della determinazione del proprio reddito complessivo da sottoporre a tassazione ordinaria".

Il problema, in realtà, è stato affrontato dalla giurisprudenza comunitaria nella sentenza 21 febbraio 2013, causa C-123/11, A Oy, riguardante il caso di una fusione transnazionale comunitaria. In quell'occasione la Corte di giustizia UE ha ritenuto ammissibile l'utilizzo da parte della società incorporante delle perdite pregresse realizzate dalla società incorporata a condizione che le stesse non fossero più utilizzabili a qualsiasi titolo nello Stato membro di residenza della società che le ha generate (punto 56, secondo cui è ammissibile "una normativa nazionale che esclude che una società controllante, che procede ad una fusione con una società controllata stabilita nel territorio di un altro Stato membro e che ha cessato l'attività, abbia la possibilità di dedurre dal suo reddito imponibile le perdite subite da tale controllata negli esercizi fiscali anteriori alla fusione, quando invece detta normativa nazionale ammette tale possibilità se la fusione è realizzata con una controllata residente. Siffatta normativa nazionale è tuttavia

incompatibile con il diritto dell'Unione se non consente alla società controllante di provare che la sua controllata non residente ha esaurito le possibilità di contabilizzare tali perdite e che non vi è la possibilità che queste ultime siano contabilizzate nel suo Stato di residenza a titolo di esercizi futuri, né dalla società stessa né da un terzo". In senso analogo si veda la sentenza causa C-446/03, Marks & Spencer Plc del 13 dicembre 2005, punti da 55 a 59)³⁴.

Inoltre, nel caso di beni provenienti da Paesi non collaborativi sarebbe utile chiarire gli eventuali **effetti di ruling parziali** con l'Agenzia delle entrate identificando puntualmente i valori fiscali in entrata dei beni per i quali non sia stato raggiunto un accordo.

Al fine di fugare qualsivoglia dubbio e garantire certezza al contribuente si ritiene necessario per i dubbi sopra esplicitati un chiarimento dell'Agenzia delle entrate.

³⁴ Tra le altre sentenze della Corte di giustizia UE che potrebbero aprire riflessioni sul tema: sentenza 12 giugno 2018, causa C-650/16, A/S Bevola; sentenza 4 luglio 2018, causa C-28/17, NN; nonché si vedano anche le recenti conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott alle cause 607/18 e 608/18 depositate in data 10 gennaio 2019.