

La procedura APA in caso di trasferimento da Stati UE

di Antonio Cuoco (*) e Paolo Serva (**)

L'istanza di **accordo preventivo** con l'Amministrazione finanziaria italiana per determinare il **valore normale** delle **attività** e delle **passività in ingresso** da altro Stato UE è ammissibile, nonostante qualche incertezza che potrebbe derivare da una lettura decontestualizzata dell'art. 166-bis del T.U.I.R., anche nella versione in vigore dal 2019. Il principio di riconoscimento reciproco del valore di mercato contenuto nella Direttiva ATAD ha carattere relativo, sicché la procedura APA si configura come l'unico (e opportuno) strumento a disposizione dei contribuenti per cercare di ottenere **certezza giuridica** dei valori di mercato come definiti ai fini dell'imposizione in uscita dallo Stato UE di partenza ed **evitare**, in tal modo, possibili fenomeni di **doppia imposizione** che non sarebbero rimediabili in base all'attuale standard del Modello OCSE.

Nell'ambito del recepimento della Direttiva ATAD (1), il D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142 ha modificato anche la disciplina del trasferimento in Italia della residenza fiscale di soggetti che esercitano imprese commerciali (2). La determinazione dei valori fiscali d'ingresso delle attività e delle passività trasferite da giurisdizioni estere ha da sempre costituito una *vexata quaestio*, che è finalmente stata disciplinata mediante l'introduzione, nel 2015, dell'art. 166-bis del T.U.I.R. (3) ("art. 166-bis"). La versione originaria di tale disposizione aveva (*inter alia*) codificato il principio generale di valorizzazione fiscale a valore normale, ai sensi dell'art. 9 del T.U.I.R., delle attività e delle passività dei soggetti esercenti imprese commerciali che trasferiscono in Italia la propria residenza fiscale provenendo da Stati o territori collaborativi (4) dal punto di vista dello scambio di informazioni (c.d. *white-listed*).

Il D.Lgs. n. 142/2018 ha compiuto un *restyling* dell'art. 166-bis senza, in realtà, emendarlo in maniera radicale. In particolare:

- la disciplina dei trasferimenti in ingresso è stata estesa a una serie di fattispecie ulteriori (diverse dal trasferimento della sede legale o amministrativa) (5) tramite le quali può realizzarsi il trasferimento della residenza fiscale in Italia (ad esempio, quando un soggetto residente all'estero esercente attività commerciale viene fuso per incorporazione in un soggetto fiscalmente residente in Italia);
- il riferimento al valore normale è stato sostituito da quello al valore di mercato coerentemente con l'art. 110, comma 7 del T.U.I.R.;
- è stata mantenuta la bipartizione, in base agli Stati di partenza, delle regole di valorizzazione fiscale delle attività e delle passività (6) trasferite in Italia. È previsto, quale principio generale, che le attività e le passività facenti parte

(*) Dottore Commercialista in Milano, LL.M., Di Tanno e Associati

(**) Dottore Commercialista in Roma, Socio Di Tanno e Associati

(1) Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea n. 1164 del 12 luglio 2016, recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, come modificata dalla Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea n. 952 del 29 maggio 2017.

(2) Intendendosi per tali tutti i soggetti che producono reddito d'impresa secondo la legislazione italiana, incluse le società *holding* c.d. statiche (cfr. in tal senso la risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 69/E del 5 agosto 2016). Tale interpretazione era stata già proposta da Assonime (cfr. nota tecnica n. 9/2015).

(3) Ad opera dell'art. 12 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (c.d. Decreto internazionalizzazione).

(4) Si tratta della lista dei Paesi contenuta nel D.M. 4 settembre 1996.

(5) In tale prospettiva va inquadrato anche il mutamento della rubrica della norma da "Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato" a "Valori fiscali in ingresso".

(6) La norma fa riferimento alle attività e alle passività costituenti il patrimonio del soggetto trasferente. Di conseguenza, si ritiene compreso nell'ambito di applicazione anche l'avvicinamento incorporato nel compendio aziendale oggetto di trasferimento. Inoltre, come riconosciuto dalla citata risoluzione n. 69/E/2016 in caso di fusione transfrontaliera con incorporante italiana, il valore normale (ora valore di mercato) può essere riconosciuto anche ai beni della società che trasferisce la propria residenza fiscale che non sono più valorizzati in bilancio in quanto completamente ammortizzati o aventi valore contabile inferiore al *fair value*. Il conseguente riconoscimento di una maggiore quota di ammortamento fiscale, rispetto a quella ri-

del patrimonio del soggetto che trasferisce la residenza fiscale in Italia assumano quale valore fiscale il valore di mercato a condizione che il trasferimento avvenga da uno Stato appartenente all'UE (a cui l'originaria versione della norma non riservava un riferimento espresso) o da uno Stato incluso nella lista dei Paesi che consentono un adeguato scambio di informazioni. Ciò indipendentemente dalla perdita della potestà impositiva sui beni trasferiti da parte dello Stato di partenza (in assenza della quale lo Stato UE di partenza non applicherà alcuna imposizione in uscita, c.d. *exit tax*) (7).

Nelle altre ipotesi (i.e. quando il soggetto trasferisce la residenza da uno Stato non appartenente all'UE o *non white-listed*), le attività e le passività assumono fiscalmente il loro valore di mercato "quale determinato in esito all'accordo preventivo di cui all'art. 31-ter del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600". In assenza di accordo, si applica in via residuale un criterio prudenziale di valorizzazione (i) delle attività, al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore di mercato, (ii) delle passività, in misura pari al maggiore dei medesimi parametri.

Ciò premesso, una lettura superficiale dell'art. 166-bis potrebbe *prima facie* suggerire 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

IL PROBLEMA APERTO

Art. 166-bis del T.U.I.R. e procedura APA

L'art. 166-bis del T.U.I.R. fa riferimento a un **accordo preventivo** con l'Amministrazione finanziaria ("procedura APA") solo in caso di **trasferimento da uno Stato non appartenente all'UE o non white-listed**. La ratio di tale riferimento espresso è quella di monitorare i casi in cui il contribuente provenga da Stati "opachi" dal punto di vista dello scambio d'informazioni e voglia ottenere il riconoscimento di un valore normale superiore al costo di acquisto o al valore di bilancio. In queste fattispecie, il ricorso alla procedura APA è obbligatorio. Non si ravvedono ragioni normative, tuttavia, per disconoscere l'ammissibilità della procedura APA, in via facoltativa, anche in caso di **trasferimenti intra-UE**.

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-listed*. 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 riteniamo siffatta interpretazione giustificata per le molteplici ragioni descritte *infra*, in primo luogo in base ad un'attenta analisi della normativa domestica di riferimento.

Rapporto tra art. 166-bis del T.U.I.R. e normativa APA

Come anticipato, l'art. 166-bis fa espresso riferimento a un accordo preventivo ai sensi dell'art. 31-ter solo in caso di trasferimento da uno Stato non appartenente all'UE o *non white-listed*. La ratio di tale riferimento espresso è senza dubbio quella di monitorare i casi in cui il contribuente provenga da Stati "opachi" dal punto di vista dello scambio d'informazioni e voglia ottenere il riconoscimento di un valore normale superiore al costo di acquisto o al valore di bilancio.

In queste fattispecie, il ricorso alla procedura di cui all'art. 31-ter è obbligatorio.

Non si ravvedono ragioni normative, tuttavia, per disconoscere l'ammissibilità della procedu-

sultante in contabilità, sarà possibile ai sensi dell'art. 109, comma 4, lett. b) del T.U.I.R.

(7) Cfr. in tal senso la relazione illustrativa al D.Lgs. n. 142/2018, dove si specifica che, in accoglimento del parere espresso dalla Commissione finanze del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, è stato eliminato il riferimento alla perdita della potestà impositiva dello Stato di origine,

che "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 T.U.I.R. e non per la disciplina dei valori fiscali in ingresso di cui all'art. 166-bis del T.U.I.R."

Fiscalità internazionale

ra APA, in via facoltativa, anche in caso di trasferimenti *intra-UE*.

In primo luogo, negare dal punto di vista sistematico l'ammissibilità di un'istanza ai fini APA in caso di trasferimento in ingresso da Stati UE rimetterebbe la determinazione del valore normale unilateralmente ed esclusivamente al soggetto trasferito così privando la fattispecie dei requisiti di certezza giuridica necessari per evitare contestazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana. Si tratterebbe, con tutta evidenza, di una soluzione contraria alla *ratio* dell'art. 31-ter volta a favorire la valutazione preventiva dei profili fiscali di carattere internazionale e l'esercizio consensuale e condiviso dei poteri di competenza dell'Amministrazione finanziaria al riguardo (8). D'altronde, la formulazione letterale della disposizione normativa non contiene elementi che depongono in tal senso. Riguardo all'ambito oggettivo, l'art. 31-ter elenca, infatti, le fattispecie per le quali è possibile stipulare un accordo preventivo ai fini delle imposte sui redditi (9), specificando che le imprese con attività internazionale hanno accesso alla procedura APA negli ambiti ivi espressamente elencati (tra cui, alla lett. a), "i valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, rispettivamente, ai sensi degli artt. 166 e 166-bis del medesimo testo unico"). L'art. 31-ter, comma 1, lett. a) richiama quindi l'art. 166-bis nella sua interezza, sicché la circostanza che l'accordo preventivo sia espressamente disciplinato come obbligatorio dall'art. 166-bis solo in caso di trasferimento da Stato "opaco" non implica *tout court* che la procedura APA sia preclusa in caso di trasferimento in ingresso da altro Stato UE. Semplicemente, nel primo caso l'accordo preventivo con l'Amministrazione finanziaria è obbligatorio tenuto conto della difficoltà di scambiare informazioni con il Paese di provenienza, nel

secondo caso la procedura appare meramente facoltativa, ma comunque ammissibile ai sensi dell'art. 31-ter, comma 1, lett. a). Quest'ultima disposizione, inoltre, disciplina la procedura APA "con principale riferimento" agli ambiti ivi elencati: la casistica non è pertanto esclusiva di talché l'ambito applicativo della procedura APA appare estendibile in via interpretativa a fattispecie diverse, a condizione che siano inerenti a componenti del reddito d'impresa con carattere di internazionalità (10).

Per quanto concerne l'ambito soggettivo, sono interessate dalla procedura in esame le "imprese con attività internazionale", per tali intendendosi, ai sensi dell'art. 1.4 del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 21 marzo 2016 (11), "l'impresa che si trovi nelle condizioni indicate rispettivamente agli articoli (...) 166-bis del T.U.I.R.". Il Provvedimento (così come l'art. 31-ter, comma 1, lett. a) richiama quindi l'intero art. 166-bis, di talché il soggetto esercente attività commerciale che intende trasferire la propria residenza fiscale in Italia da uno Stato UE è senza dubbio ricompreso nell'ambito dei contribuenti che possono beneficiare della procedura di cui all'art. 31-ter. A riprova dell'assoluta ragionevolezza di tale interpretazione va considerato il recente chiarimento fornito dall'Amministrazione finanziaria nella risposta a interpello n. 11 del 28 gennaio 2019. La fattispecie aveva a oggetto la valutazione, ai fini della disciplina dell'abuso del diritto, di una fusione per incorporazione transfrontaliera di una società controllata residente in Lussemburgo nella società controllante italiana. Nel ribadire che le attività e le passività in esame avrebbero assunto il valore di mercato quale valore fiscale in ingresso, l'Agenzia delle entrate ha affermato in via incidentale che "le imprese con attività internazionale possono comunque accedere alla specifica procedura riguardante gli

(8) Cfr. in tal senso la relazione illustrativa al Decreto internazionalizzazione, che ha introdotto anche l'art. 31-ter.

(9) La rilevanza della procedura APA anche ai fini IRAP è riconosciuta dalla relazione illustrativa al citato Decreto internazionalizzazione. Ciò in virtù del generico rinvio alle norme oggetto del D.P.R. n. 600/1973 contenuto nell'art. 25 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446 riguardante la disciplina IRAP. In tal senso si segnala anche la posizione interpretativa di Assonime nella circolare n. 10 del 1° aprile 2016. Dal punto di vista sistematico, inoltre, tale rilevanza risulta avvalorata dal riferimento al valore di mercato, da determinarsi ai sensi dell'art. 110, comma 7 del T.U.I.R., quale contenuto nella disciplina dei va-

lori fiscali in ingresso di cui all'art. 166-bis nella versione in vigore dal 1° gennaio 2019. Si rammenta, infatti, che l'art. 1, comma 281 della Legge 27 dicembre 2013, n. 147 ha espressamente previsto che la disciplina in materia di prezzi di trasferimento di cui all'art. 110, comma 7 del T.U.I.R. deve intendersi applicabile anche ai fini IRAP.

(10) In tal senso cfr. anche Assonime, circolare n. 10 del 1° aprile 2016.

(11) Contenente le disposizioni per l'attuazione della disciplina degli accordi preventivi per le imprese con attività internazionale.

accordi preventivi con l'Amministrazione finanziaria di cui all'art. 31-ter del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, anche con riguardo alla corretta definizione dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, rispettivamente, ai sensi degli artt. 166 e 166-bis del T.U.I.R. [cfr. citato art. 31-ter, comma 1, lett. a)]". Conseguentemente la stessa Amministrazione finanziaria ha ritenuto ammissibile la procedura APA in caso di trasferimento in Italia da altro Stato UE e ciò in coerenza con la formulazione dell'art. 31-ter. La conclusione è coerente con l'ulteriore circostanza che la normativa sovranazionale - come si chiarirà *infra* - non assicura con certezza il riconoscimento reciproco del valore di mercato da parte degli Stati UE interessati sicché la procedura APA è lo strumento idoneo per ottenere certezza in tal senso costituendo, inoltre, l'opportunità di evitare asimmetrie idonee a generare fattispecie di doppia imposizione o salti d'imposta tra i due Stati coinvolti laddove, all'esito della procedura APA, i valori in uscita dallo Stato UE di partenza venissero riconosciuti in Italia (12).

Valore di mercato "in ingresso" e Direttiva ATAD

L'art. 166-bis, nella versione in vigore dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2018, ha recepito il paragrafo 5 dell'art. 5 della Direttiva ATAD (rubricato "Impo-

LA PRASSI AMMINISTRATIVA

Procedura APA in caso di trasferimento in Italia da altro Stato UE

Esprimendosi su una fusione transfrontaliera in ingresso, l'Amministrazione finanziaria ha ritenuto ammissibile la procedura APA in caso di trasferimento in Italia da altro Stato UE e ciò in coerenza con la formulazione dell'art. 31-ter del D.P.R. n. 600/1973. La conclusione è coerente con l'ulteriore circostanza che la normativa sovranazionale non assicura con certezza il riconoscimento reciproco del valore di mercato da parte degli Stati UE interessati sicché la procedura APA è lo strumento idoneo per ottenere certezza in tal senso, costituendo, inoltre, l'opportunità di evitare asimmetrie idonee a generare fattispecie di doppia imposizione o salti d'imposta tra i due Stati coinvolti, laddove, all'esito della procedura APA, i valori in uscita dallo Stato UE di partenza venissero riconosciuti in Italia.

sizione in uscita"), in base al quale "Se gli attivi, la residenza fiscale (...) sono trasferiti in un altro Stato membro, detto Stato membro accetta il valore determinato dallo Stato membro del contribuente (...) come valore di partenza degli attivi a fini fiscali, a meno che esso non rispecchi il valore di mercato". L'art. 5 della Direttiva ATAD, pertanto, oltre all'obbligo generalizzato di applicazione della *exit tax* (13) prevede l'obbligo - seppure relativo - di accettazione in ingresso, nello Stato UE di destinazione, dei valori assoggettati a tassazione in uscita nello Stato UE di partenza.

La regolamentazione fiscale del trasferimento di residenza in Italia è quindi strettamente connessa alla disciplina della *exit tax* prevista dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria. La circostanza non stupisce, trattandosi di due facce della stessa medaglia: avendo la giurisprudenza comunitaria riconosciuto che ogni Stato appartenente all'UE ha il diritto di tassare le plusvalenze maturate nel periodo in cui il contribuente è stato residente nella propria giurisdizione, l'allineamento al valore di mercato, sia dei valori fiscali in uscita, sia dei valori fiscali in ingresso è funzionale a evitare salti d'imposta o doppie imposizioni.

La disciplina in tema di *exit tax* e di valore di mercato in ingresso ai sensi dell'art. 5 della Direttiva ATAD si fonda pertanto sul principio del riconoscimento reciproco (*mutual recognition approach*) (14) tra Stati membri, individua-

(12) In sintesi, considerando la *exit tax* nello Stato UE di partenza, si potrebbe avere, alternativamente, un'ipotesi di salto d'imposta, nel caso in cui in Italia si attribuisse un valore di mercato superiore alle attività in ingresso rispetto a quello assoggettato alla *exit tax* ovvero un'ipotesi di doppia imposizione, nel caso contrario.

(13) La *exit tax* prevista dalla Direttiva ATAD è la codificazione di quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. *ex pluribus* Corte di Giustizia UE, 29 novembre 2011, causa C-371/10, National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Bela-

stingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam; 23 gennaio 2014, causa C-164/12, DMC Beteiligungsgesellschaft mbH v. Finanzamt Hamburg-Mitte), secondo cui la *exit tax*, pur costituendo una restrizione della libertà di stabilimento, è tuttavia da ritenersi giustificata in base a tre principali fattori: il principio di territorialità, la necessità di assicurare la coerenza del sistema fiscale e un'allocazione equilibrata della potestà impositiva tra Stati membri.

(14) Come evidenziato da B.J.M. Terra - P.J. Wattel, "European Tax Law", pag. 467, in casi non particolarmente recenti

Fiscalità internazionale

to dalla Commissione delle Comunità Europee già nel 2006 (15) come il più semplice da gestire al fine di evitare fenomeni di salti d'imposta o doppie esenzioni. Un corollario del principio di riconoscimento reciproco è che lo Stato UE di partenza può disinteressarsi di qualunque successiva diminuzione di valore degli *assets* trasferiti, che, ove si verificasse, verrebbe a costituire un tema solo per lo Stato UE di arrivo (16), il quale si ritroverebbe ad avere fiscalmente riconosciuto un valore in entrata

più alto rispetto al valore di mercato successivamente assunto dai medesimi *assets*.

Il principio di riconoscimento reciproco che ispira la Direttiva ATAD ha un carattere relativo e non assoluto (com'era invece nella originaria proposta di Direttiva del 28 gennaio 2016). Lo Stato UE di arrivo, infatti, ben potrebbe disconoscere il criterio adottato dallo Stato UE di partenza ove ritenesse che il valore così determinato non rifletta il *fair market value*. È in tale prospettiva che va interpretato il considerando n. 10 della Direttiva ATAD: "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

OSSERVAZIONI CRITICHE

Mutual recognition approach

La disciplina in tema di exit tax e di valore di mercato in ingresso ai sensi della Direttiva ATAD si fonda sul principio del **riconoscimento reciproco** (*mutual recognition approach*) tra Stati membri, individuato dalla Commissione delle Comunità Europee già nel 2006 come il più semplice da gestire al fine di **evitare** fenomeni di **salti d'imposta o doppie esenzioni**. Si tratta di un principio avente un **carattere relativo** e non assoluto (com'era invece nella originaria proposta di Direttiva del 28 gennaio 2016). Lo Stato UE di arrivo, infatti, ben potrebbe disconoscere il criterio adottato dallo Stato UE di partenza ove ritenesse che il valore così determinato non rifletta il *fair market value*.

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. (...) Al fine di calcolare gli importi è fondamentale stabilire un valore di mercato per gli attivi trasferiti al momento della loro uscita, basato sul principio di libera concorrenza (17). (...) Il diritto di imposizione dovrebbe essere definito a livello nazionale. È altresì necessario consentire allo Stato membro ricevente di con-

testare il valore degli attivi trasferiti determinato dallo Stato di uscita, qualora esso non rifletta tale valore di mercato. A tal fine gli Stati membri potrebbero ricorrere agli esistenti meccanismi di risoluzione delle controversie". È stato giustamente enfatizzato il conseguente conflitto d'interessi tra lo Stato UE di partenza e lo Stato UE di arrivo: il primo è interessato a determinare un maggiore valore per tassare le plusvalenze latenti al momento del trasferimento, mentre lo Stato di destinazione ha interesse a determinare un valore di carico fiscale inferiore per accrescere la base imponibile (ad esempio per il calcolo delle plusvalenze future in relazione ai medesimi *assets*) (18). In tale prospettiva va inquadrato il richiamo agli stru-

(come Eurowings, ICI v. Colmer, Metallgesellschaft, Oy AA) la Corte di Giustizia UE aveva sviluppato un *mutual recognition principle* secondo cui, in caso di trasferimento di residenza, lo Stato membro di partenza non avrebbe potuto lamentare la perdita di base imponibile nella propria giurisdizione nella misura in cui la medesima base imponibile fosse stata assoggettata a tassazione in un'altra giurisdizione europea (*i.e.* altrove nel mercato interno). Gli autori (giustamente a nostro parere) ritengono tale approccio difficilmente sostenibile finché non verrà implementata una base imponibile consolidata a livello europeo per l'imposizione sui redditi societari.

(15) La *exit tax* è stata al centro dell'attenzione della Commissione europea sin dal 2006, con la "Communication on Exit Taxation and the Need for Co-ordination of Member States' Tax Policies", COM(2006) 825 final.

(16) Cfr. in tal senso Corte di Giustizia UE, 29 novembre 2011, causa C-371/10, National Grid Indus BV v. Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam, par. 62, dove si afferma che "il Trattato non garantisce a una società

rientrante nella disciplina dell'art. 54 TFUE che il trasferimento in un altro Stato membro della propria sede amministrativa effettiva sia neutro sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in tale materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per una società sul piano fiscale (...). Infatti, la libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro sia obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro, al fine di garantire, in ogni situazione, una tassazione che elimini qualsivoglia disparità derivante dalle normative tributarie nazionali".

(17) L'art. 5, par. 6 della Direttiva ATAD definisce il valore di mercato come "l'importo in cambio del quale un attivo può essere scambiato o reciproche obbligazioni possono essere fissate tra acquirenti e venditori indipendenti e disponibili nel quadro di una transazione diretta".

(18) Cfr. H. Vermeulen, "Chapter 13: Entrepreneurial, Corporate and Asset Emigration in Exit Taxation in the ATAD", in *The*

menti di risoluzione delle controversie disponibili nell'UE (19): avendo il principio del mutuo riconoscimento un carattere relativo, diventa fondamentale la presenza di strumenti idonei a dirimere le controversie che possono derivare dalla determinazione, da parte dello Stato UE di arrivo, di un valore di mercato differente da quello determinato nello Stato UE di partenza.

Altrimenti le determinazioni unilaterali del contribuente trasferito rischiano di essere disconosciute *ex post* con conseguenze amplificate dai meccanismi sanzionatori vigenti.

Prescindendo dai complessi percorsi bilaterali di cui si dirà *infra*, la procedura APA in caso di trasferimento della residenza fiscale in Italia da uno Stato UE costituisce l'unico strumento a disposizione del contribuente per definire in via preventiva il valore di mercato, evitando l'alea connessa alle valutazioni unilaterali.

Ne consegue che, anche sotto questo profilo, sarebbe del tutto asistemica una interpretazione volta a negare l'accesso alla procedura di cui all'art. 31-ter in caso di trasferimento in Italia di imprese provenienti da Stati UE. A ciò si aggiunga che - in caso di riconoscimento in Italia dei valori definiti nello Stato di partenza - la procedura APA consentirebbe l'ulteriore effetto di evitare asimmetrie e i conseguenti fenomeni di tassazione anomala.

Valore di mercato "in ingresso" e doppia imposizione internazionale

Ove l'APA non ottenga questo ulteriore obiettivo è lecito domandarsi se la doppia imposizione che ne deriverebbe possa essere evitata alla luce delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in materia di imposte sui redditi.

OSSERVAZIONI CRITICHE

Definizione in via preventiva del valore di mercato

Alla luce del carattere relativo del principio di riconoscimento reciproco, la **procedura APA**, in caso di trasferimento della residenza fiscale in Italia da uno Stato UE, costituisce l'**unico strumento** a disposizione del contribuente per **definire in via preventiva il valore di mercato**, evitando l'alea connessa alle valutazioni unilaterali. Ne consegue che sarebbe del tutto asistemica una interpretazione volta a negare l'accesso alla procedura in caso di trasferimento in Italia di imprese provenienti da Stati UE.

Al riguardo va rilevato come le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate secondo il Modello OCSE non garantiscano una protezione certa da fenomeni di doppia imposizione in caso di trasferimento della residenza fiscale da uno Stato contraente all'altro. Non s'intende in questa sede riepilogare il lungo dibattito sulla compatibilità dell'imposizione in uscita (20) con l'art. 13 del Modello OCSE e, in par-

ticolare, con il relativo par. 5, che attribuisce in via residuale una potestà impositiva esclusiva allo Stato di residenza dell'alienante (21). Preme evidenziare come quest'ultima disposizione non sia idonea, di per sé, a evitare la doppia imposizione potenzialmente derivante dall'applicazione di una *exit tax* nello Stato di partenza e dalla successiva tassazione del *capital gain* nello Stato di destinazione, se e quando gli *assets* trasferiti venissero poi ivi ceduti.

Si consideri l'esempio di un contribuente che decida di trasferire la propria residenza fiscale in Italia e si supponga che lo Stato di partenza applichi un'imposizione in uscita sui *capital gains* latenti esistenti al momento del trasferimento (si consideri l'emersione di un *capital gain* latente pari a 1.000 dato dalla differenza tra il valore di mercato degli *assets* al momento del trasferimento, ipotizzato pari a 2.000 e il costo di acquisizione dei medesimi assunto pari a 1.000). Si supponga poi che, successivamente, il medesimo contribuente (diventato fiscalmente residente in Italia) ceda i predetti *assets* e che l'Italia tassi il *capital gain* emergente in misura pari alla differenza tra il corrispettivo percepito (pari in ipotesi a 3.000) e l'originario costo di acquisizione (pari a 1.000). In tale scenario si avrebbe in teoria una doppia imposizione su 1.000 poiché il plusvalore già assog-

Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study (P. Pistone & D. (Dennis) Weber eds., IBFD 2018).

(19) Assume rilievo la Direttiva sulla risoluzione delle controversie che è stata definitivamente approvata nel 2017 e che dovrà essere recepita entro il 30 giugno 2019.

(20) Cfr. *ex pluribus* B.M. Carramaschi, "Exit Taxes and the OECD Model Convention: Compatibility and Double Taxation Issues", in *Tax Notes International*, n. 49/2008.

(21) Riguardo ai beni non elencati nei precedenti paragrafi del medesimo art. 13 del Modello OCSE.

Fiscalità internazionale

gettato a *exit tax* nello Stato di partenza al momento del trasferimento concorrerebbe a formare il *capital gain* tassabile in Italia, in contrasto con l'art. 13 del Modello OCSE che riconosce potestà impositiva esclusiva allo Stato di residenza dell'alienante. In realtà, in tale esempio entrambi gli Stati si troverebbero ad esercitare la propria potestà impositiva in un momento in cui il contribuente è ivi

fiscalmente residente, per cui si tratterebbe di un caso di tassazione non concorrente in base al principio di residenza (i.e. *residence-residence non concurrent liability to tax*) che non sarebbe risolvibile in base all'attuale Modello OCSE (22) se non ai sensi dell'art. 25, par. 3 che prescrive una *mutual agreement procedure* ("MAP") per risolvere i casi di doppia imposizione non previsti dal Modello OCSE stesso (23). L'esperienza insegna che l'implementazione di una MAP difficilmente garantisce una soluzione rapida e certa del problema. Pertanto, l'APA unilaterale rappresenta l'unico strumento, almeno potenzialmente, in grado di evitare il rischio di doppie imposizioni o salti di imposta.

Considerazioni conclusive

Per quanto sinora esposto, non sussistono ragioni sistematiche e normative che ostino a una procedura APA con l'Amministrazione fi-

IL PROBLEMA APERTO

Doppia imposizione internazionale

Le Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate secondo il Modello OCSE non garantiscono una protezione certa da fenomeni di doppia imposizione in caso di trasferimento della residenza fiscale da uno Stato contraente all'altro. L'art. 13 del **Modello OCSE non è idoneo**, di per sé, a **evitare la doppia imposizione** potenzialmente derivante dall'applicazione di una *exit tax* nello Stato di partenza e dalla successiva tassazione del *capital gain* nello Stato di destinazione, se e quando gli **assets trasferiti venissero poi ivi ceduti**.

nanziaria italiana per definire in via preventiva il (e conseguire certezza giuridica sul) valore normale delle attività e delle passività in ingresso in caso di trasferimento della residenza fiscale da Stati UE in Italia. Alla luce del carattere relativo del principio di riconoscimento reciproco del valore di mercato contenuto nella Direttiva ATAD, la procedura APA si configura come l'unico strumento a di-

sposizione dei contribuenti per ottenere conferma in Italia dei valori di mercato come definiti ai fini dell'imposizione in uscita dallo Stato UE di partenza. In assenza di tale procedura i valori determinati unilateralmente dal contribuente potrebbero, infatti, essere sconosciuti *ex post* dall'Amministrazione finanziaria. Ben potrebbe accadere, vale ribadirlo, che all'esito della procedura APA i valori di mercato in ingresso in Italia siano determinati dall'Amministrazione finanziaria in misura diversa dai valori in uscita nello Stato di partenza. Laddove, al contrario, in esito alla procedura venissero confermati i valori di mercato determinati nello Stato di partenza quali valori fiscali delle attività e delle passività in Italia, l'APA avrebbe l'ulteriore effetto virtuoso di evitare fenomeni di doppia imposizione che non sarebbero altrimenti rimediabili in base all'attuale *standard* del Modello OCSE.

(22) Cfr. il Commentario all'art. 23 A e B del Modello OCSE (2017), par. 3, che elenca i tre casi di doppia imposizione giuridica affrontati dal Modello: (a) quando ciascuno Stato contraente assoggetta la medesima persona a tassazione sul reddito mondiale (c.d. *concurrent tax liability*); (b) la doppia tassazione tra Stato di residenza e Stato della fonte; (c) i casi di doppia tassazione alla fonte che si verificano quando ciascuno Stato contraente assoggetta la medesima persona, che non risiede in nessuno dei due Stati contraenti, a tassazione sul reddito derivato in uno dei due Stati contraenti.

(23) Sulla base dell'approccio di cui ai paragrafi dal 4.1 al 4.3 del Commentario all'art. 23 A e B del Modello OCSE (anche nella versione 2017), l'*Action 6 - 2015 Final Report*" del progetto BEPS (par. 67) propone di risolvere tramite MAP la

possibile doppia imposizione derivante dall'imposizione di una *exit tax* nello Stato di partenza: "*a possible basis for solving double taxations situation arising from the application of departure taxes would be for the competent authorities of the two States involved to agree, through the mutual agreement procedure, that (...) the new State of residence would provide relief for the departure tax levied by the previous State of residence on income that accrued whilst the person was a resident of that other State, except to the extent that the new State of residence would have had source taxation rights at the time that income was taxed (i.e. as a result of paragraphs 2 or 4 of Article 13). States wishing to provide expressly for that result in their tax treaties are free to include provisions to that effect*".