

# Contrasto all'elusione fiscale internazionale: il recepimento della Direttiva ATAD I e successive modifiche

di **Piergiorgio Valente**

## L'approfondimento

Il recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale della Direttiva ATAD I, come modificata dalla Direttiva ATAD II, si pone l'obiettivo di rafforzare gli strumenti di contrasto all'elusione fiscale internazionale, in conformità con quanto disposto in ambito OCSE e UE. Nello specifico, lo schema di Decreto legislativo contiene disposizioni in materia di: deducibilità degli interessi passivi, imposizione in uscita, società controllate non residenti (CFC), disallineamenti da ibridi.

In data 8 agosto 2018 il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di Decreto legislativo recante attuazione della Direttiva 2016/1164/UE (c.d. *Anti Tax Avoidance Directive* o ATAD I), come modificata dalla Direttiva 2017/952/UE (ATAD II), con l'obiettivo di contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile nonché di rendere effettivo il principio per cui ogni società è tenuta a pagare le imposte nel luogo in cui gli utili e il valore vengono generati<sup>1</sup>.

Con le Direttive ATAD I e ATAD II l'Unione Europea intende contrastare l'elusione fiscale internazionale, garantendo maggiore tutela agli Stati membri nei confronti di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che rappresentano un grave rischio per gli equilibri del mercato unico europeo.

In particolare, la Direttiva ATAD I contiene disposizioni con riferimento alla deducibilità degli interessi, all'*exit tax*, alla norma generale antiabuso, alla disciplina CFC e agli strumenti ibridi. La normativa afferente a tale ultima fattispecie è stata ampliata dalla Direttiva ATAD II la quale è intervenuta a disciplinare i **disallineamenti da ibridi** limitatamente ai Paesi terzi, in quanto le forme di disallineamento da ibridi nell'ambito dell'Unione Europea erano già state disciplinate dalla precedente Direttiva del 2016<sup>2</sup>.

In tale quadro giuridico di riferimento si pone lo schema di Decreto legislativo che recepisce la Direttiva ATAD I, come modificata dalla

**Piergiorgio Valente** - Valente Associati GEB Partners/Crowe Valente

### Note:

- 1 La Direttiva ATAD I del 12 luglio 2016 è stata approvata dal Consiglio dell'UE sulla base della proposta presentata dalla Commissione Europea nell'ambito del c.d. pacchetto antielusione [COM(2016) 26]. Per approfondimenti sulla Direttiva ATAD I e sulle successive modifiche apportate dalla Direttiva ATAD II, cfr. P. Valente, *Manuale di Politica Fiscale dell'Unione Europea e degli Organismi Sovranazionali*, Eurilink University Press, Roma, 2017, pag. 538 ss.
- 2 Nel Considerando n. 8 della Direttiva ATAD II si afferma che "(l)a direttiva (UE) 2016/1164 comprende norme sui disallineamenti da ibridi fra Stati membri e dovrebbe pertanto includere anche norme in relazione ai paesi terzi se almeno una delle parti coinvolte è una persona giuridica assoggettata all'imposta sulle società o, nel caso di ibridi inversi, un'entità in uno Stato membro, come pure norme sui disallineamenti importati".

Direttiva ATAD II, il quale, sotto il profilo strutturale, è suddiviso nei seguenti sei Capi:

- Capo I, Disposizioni in materia di deducibilità degli interessi passivi;
- Capo II, Disposizioni in materia di imposizione in uscita;
- Capo III, Disposizioni in materia di società controllate non residenti;
- Capo IV, Disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi;
- Capo V, Definizioni e disposizioni di coordinamento;
- Capo VI, Disposizioni transitorie e finali.

Lo schema di Decreto legislativo assolve agli obblighi di attuazione delle Direttive previste per gli Stati membri. Ai sensi dell'art. 11 della Direttiva ATAD I, il termine previsto per l'adozione delle disposizioni legislative volte al recepimento della stessa è previsto per il 31 dicembre 2018 (ad eccezione delle norme sull'*exit tax*, per le quali il termine è fissato al 31 dicembre 2019).

## Contesto normativo di riferimento

### **Contrasto all'elusione fiscale internazionale: le disposizioni contenute nella Direttiva 2016/1164/UE**

In linea con gli *standards* elaborati a livello internazionale, con particolare riferimento ai principi OCSE in materia di BEPS<sup>3</sup>, la Direttiva ATAD I prevede norme di contrasto all'erosione della base imponibile nel mercato interno dell'Unione Europea e al trasferimento degli utili al di fuori di detto mercato.

Al fine di conseguire tale obiettivo, come emerge dal Considerando n. 5 della Direttiva in commento, emerge la necessità di prevedere specifiche disposizioni aventi ad oggetto: limiti sulla deducibilità degli interessi, imposizione in uscita (c.d. *exit tax*), una norma generale antiabuso, norme sulle società controllate estere e per contrastare i disallineamenti da ibridi<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda la **deducibilità degli interessi**, l'art. 4 della Direttiva prevede che “gli oneri finanziari eccedenti sono deducibili nel periodo d'imposta in cui sono sostenuti solo

fino al 30 per cento degli utili del contribuente al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento”.

Tuttavia, gli istituti finanziari e le imprese di assicurazione possono essere esclusi dall'ambito di applicazione della citata norma in quanto si tratta di settori con caratteristiche peculiari che, pertanto, richiedono un approccio più adeguato alle loro esigenze<sup>5</sup>.

In relazione alla previsione di un'**imposizione in uscita**, l'art. 5 risponde all'esigenza di assicurare che nel caso in cui un contribuente trasferisca 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 qualora tale plusvalenza non sia ancora stata realizzata al momento dell'uscita.

In tale ipotesi, al contribuente dovrebbe essere riconosciuto il diritto di dilazionare il pagamento dell'imposta mediante una rateizzazione distribuita su un certo numero di anni, anziché essere tenuto a versarne immediatamente il corrispondente importo<sup>6</sup>.

Nello specifico, l'art. 5 della Direttiva ATAD I consente al contribuente di dilazionare il pagamento dell'imposta mediante pagamenti rateizzati che vengono ripartiti su un arco temporale di cinque anni.

Al fine di contrastare schemi di pianificazione fiscale aggressiva, l'art. 6 introduce una “norma generale antiabuso” in base alla quale si prevede

#### Note:

- 3 Per approfondimenti sul Progetto BEPS, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, Milano, 2014.
- 4 “Ove l'applicazione di tali norme dia luogo a una doppia imposizione, i contribuenti dovrebbero beneficiare di uno sgravio tramite una detrazione dell'imposta versata in un altro Stato membro o in un paese terzo, a seconda del caso. Le norme dovrebbero pertanto mirare non solo a contrastare le pratiche di elusione fiscale, ma anche a evitare la creazione di altri ostacoli al mercato, come la doppia imposizione” (cfr. Considerando n. 5 della Direttiva ATAD I).
- 5 Cfr. Considerando n. 9 della Direttiva ATAD I.
- 6 Cfr. Considerando n. 10 della Direttiva ATAD I.

che debba essere ignorata una “costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l’oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti”.

Nello specifico, la **clausola generale antiabuso**:

- si applica a quelle fattispecie per le quali non sono previste norme antielusive specifiche;
- colma le lacune esistenti nelle specifiche norme antiabuso nazionali<sup>7</sup>.

L’art 7 sulle **società estere controllate** (CFC), mediante la riattribuzione, ai fini fiscali, dei redditi prodotti dalla controllata estera alla casa madre, si propone quale obiettivo principale quello di contrastare il trasferimento di redditi alla *subsidiary* che si trova in un Paese a tassazione ridotta<sup>8</sup>.

La norma in commento stabilisce dei limiti ai fini della sua applicazione, i quali riguardano:

- la percentuale di partecipazione della casa madre nella controllata;
- l’aliquota d’imposta applicabile nel Paese della controllata;
- le categorie di redditi coinvolte;
- le modalità di calcolo della base imponibile.

La disciplina relativa ai “**disallineamenti da ibridi**” è delineata dall’art. 9 il cui paragrafo 1 prevede che “nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una doppia deduzione, la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto pagamento ha origine”.

Successivamente nella parte, “nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento”.

I disallineamenti da ibridi costituiscono la conseguenza delle differenze nella qualificazione giuridica degli strumenti ibridi nelle diverse giurisdizioni e “tali differenze emergono quando i sistemi giuridici di due giurisdizioni interagiscono” con l’effetto di portare ad una doppia deduzione ovvero a una doppia non-imposizione<sup>9</sup>.

Per tali ragioni acquisisce un ruolo fondamentale la qualificazione giuridica attribuita a uno strumento ibrido o a un’entità ibrida dallo Stato membro da cui ha origine un pagamento venga presa in considerazione, ai fini fiscali, dall’altro Stato membro coinvolto.

Al riguardo, il Considerando n. 13 della Direttiva in commento ha evidenziato l’importanza di introdurre norme volte a disciplinare la problematica dei disallineamenti da ibridi con i regimi di imposizione dei Paesi extra-UE le quali hanno successivamente trovato riconoscimento nella Direttiva 2017/952/UE (c.d. ATAD II).

## **Disallineamenti da ibridi con Paesi terzi: la Direttiva 2017/952/UE recante modifica della Direttiva 2016/1164/UE**

In data 29 maggio 2017 il Consiglio dell’Unione Europea ha approvato la Direttiva 2017/952/UE recante modifica della Direttiva 2016/1164/UE relativamente ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi<sup>10</sup>.

### **Note:**

7 Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. Valente, “Costruzione genuina’ e ‘sostanza economica’ nei principi comunitari”, in *il fisco*, n. 7/2017, in cui si evidenzia che “(u)na costruzione o una serie di costruzioni è considerata non ‘genuina’ (i.e., costruzione artificiosa) nella misura in cui non sia stata posta in essere per valide ragioni commerciali che rispecchiano la realtà economica”.

8 “(...) La società madre diventa quindi tassabile per i redditi che le sono stati attribuiti nello Stato in cui è residente a fini fiscali. In funzione delle priorità politiche di tale Stato, le norme sulle società controllate estere possono riguardare un’intera controllata soggetta a bassa imposizione o specifiche categorie di reddito oppure essere limitate ai redditi artificialmente dirottati verso la controllata (...)” (cfr. Considerando n. 12 della Direttiva ATAD I).

9 Cfr. Considerando n. 13 alla Direttiva ATAD I.

10 La proposta relativa alla Direttiva 2017/952/UE era stata approvata dal Consiglio UE in data 21 febbraio 2017 con l’obiettivo di neutralizzare gli effetti del disallineamento da ibridi che coinvolgono Paesi terzi, in quanto la Direttiva 2016/1164/UE disciplina solo quelli derivati dall’interazione fra i regimi di imposizione delle società degli Stati membri. Al riguardo, il 12 luglio 2016 il Consiglio ECOFIN aveva rilasciato una dichiarazione nella quale chiedeva alla Commissione “di avanzare, entro ottobre 2016, una proposta sui disallineamenti da ibridi che coinvolgono Paesi terzi finalizzata all’adozione di norme che siano coerenti con le norme raccomandate dalla relazione dell’OCSE sulla BEPS relativa all’azione 2, al fine di giungere a un accordo entro la fine del 2016”.

L'intervento legislativo si pone in linea con i principi condivisi a livello internazionale e, in particolare, in ambito OCSE con riferimento all'Action 2 del Progetto BEPS volta a neutralizzare gli effetti dei c.d. *hybrid mismatch arrangements*, intesi come strumenti e strategie che mirano a sfruttare le asimmetrie esistenti tra i diversi ordinamenti giuridici nazionali al fine di determinare situazioni di vantaggio fiscale indebito.

La Direttiva 2017/952/UE sostituisce l'art. 9 della Direttiva ATAD I il quale disciplina le forme di disallineamento da ibridi con riguardo al solo ambito dell'Unione Europea e introduce due nuove disposizioni: l'art. 9-*bis* ("Disallineamenti da ibridi inversi") e l'art. 9-*ter* ("Disallineamenti da residenza fiscale").

A seguito della modifica intervenuta, il nuovo art. 9 della Direttiva ATAD II prevede due distinte fattispecie da **disallineamento da ibridi** con riferimento alla **doppia deduzione** e alla **deduzione senza inclusione**, rispettivamente nei paragrafi 1 e 2 secondo cui:

- qualora un disallineamento da ibridi determini una **doppia deduzione**, la deduzione è negata nello Stato membro che corrisponde alla giurisdizione dell'investitore e, nel caso in cui essa non fosse negata dalla giurisdizione dell'investitore, la deduzione è negata nello Stato membro relativo alla giurisdizione del pagatore (art. 9, par. 1)<sup>11</sup>;
- se un disallineamento da ibridi determina una **deduzione senza inclusione**, la deduzione è negata nello Stato membro che corrisponde alla giurisdizione del pagatore e, qualora ciò non avvenga, l'importo del pagamento che altrimenti genererebbe un disallineamento è incluso nel reddito nello Stato membro corrispondente alla giurisdizione del beneficiario (art. 9, par. 2)<sup>12</sup>.

La disciplina dei **disallineamenti da ibridi inversi** è contenuta nell'art. 9-*bis* il quale statuisce che qualora una o più entità associate non residenti:

- detengano complessivamente un interesse diretto o indiretto pari o superiore al 50% dei diritti di voto, della partecipazione al capitale o dei diritti di partecipazione agli utili in un'entità ibrida costituita o stabilita in uno Stato membro; e

- siano situate in una giurisdizione o in giurisdizioni che considerano l'entità ibrida persona imponibile;
- l'entità ibrida è considerata residente di questo Stato membro e soggetta a imposizione sul suo reddito nella misura in cui quest'ultimo non è altrimenti soggetto a imposta a norma delle leggi dello Stato membro o di qualsiasi altra giurisdizione<sup>13</sup>.

Infine, la Direttiva 2017/952/UE introduce l'art. 9-*ter* disciplinante i "**Disallineamenti da residenza fiscale**".

Ai sensi di quanto previsto da tale disposizione se una deduzione di pagamenti, spese o perdite di un contribuente residente a fini fiscali in due o più giurisdizioni sia deducibile dalla base imponibile in entrambe le giurisdizioni, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione nella misura in cui l'altra giurisdizione consente che la doppia deduzione sia compensata a fronte di reddito che non è reddito da doppia inclusione.

Se entrambe le giurisdizioni sono Stati membri, la deduzione viene negata dallo Stato membro in cui il contribuente non è considerato residente ai sensi della convenzione contro la doppia imposizione stipulata tra i due Stati in questione.

## **Il recepimento nell'ordinamento giuridico interno della Direttiva: le disposizioni contenute nello schema di Decreto legislativo attuativo della normativa UE**

Al fine di adeguarsi alle disposizioni contenute nelle Direttive sopra descritte, in data 8 agosto

### **Note:**

- 11 Una doppia deduzione si verifica quando una deduzione dalla base imponibile dello stesso pagamento, delle stesse spese o perdite avviene sia nello Stato membro in cui il pagamento ha origine, le spese sono sostenute o le perdite sono subite, sia in un altro Stato membro.
- 12 Una deduzione senza inclusione si ha quando un pagamento viene dedotto dalla base imponibile nella giurisdizione in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione, a fini fiscali, dello stesso nell'altra giurisdizione.
- 13 Secondo quanto previsto dalla Direttiva ATAD II la disposizione non si applica agli organismi di investimento collettivo.

2018 il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di Decreto legislativo che recepisce la Direttiva.

In particolare, come evidenziato nella Relazione illustrativa<sup>14</sup>, lo schema di Decreto contiene anche le disposizioni che recepiscono le norme dettate dalla Direttiva ATAD II in materia di disallineamenti da ibridi in forza di quanto disposto dalla Legge n. 234/2012<sup>15</sup> il cui art. 32 stabilisce che nella redazione dei Decreti legislativi “si tiene conto delle eventuali modificazioni delle direttive dell’Unione europea comunque intervenute fino al momento dell’esercizio della delega”.

La Relazione illustrativa precisa che l’adozione delle disposizioni volte a recepire la normativa europea è effettuata tenuto conto che l’ordinamento tributario italiano già prevede norme nei settori specifici indicati dalla Direttiva ATAD I, ad eccezione di quelle volte a contrastare i disallineamenti da ibridi.

In ragione di ciò lo schema di Decreto legislativo non modifica la norma generale antiabuso di cui all’art. 10-bis dello Statuto del contribuente (Legge 27 luglio 2000, n. 212) la quale risulta conforme all’art. 6 della Direttiva ATAD I.

In attuazione di quanto disposto dall’art. 4 della Direttiva ATAD I recante **limiti alla deducibilità degli interessi passivi**, l’art. 1 dello schema di Decreto sostituisce l’art. 96 del T.U.I.R. la cui nuova formulazione prevede:

- l’applicabilità dei limiti di deducibilità anche agli interessi passivi ed oneri finanziari assimilati capitalizzati;
- la compensazione degli interessi passivi non solo con gli interessi attivi di periodo ma anche con l’eventuale eccedenza di interessi attivi riportati da periodi d’imposta precedenti.

Il comma 2 dell’art. 1 statuisce la deducibilità dell’eccedenza degli interessi passivi rispetto alla somma tra gli interessi attivi del periodo e l’eccedenza di interessi attivi riportata da periodi d’imposta precedenti, nei limiti del 30% del

risultato operativo lordo (ROL) del periodo e del 30% del ROL riportato da periodi precedenti. Un’ulteriore importante novità è costituita dalla **sostituzione del ROL contabile** (calcolato assumendo le voci che lo compongono nella loro quantificazione contabile) **con il ROL fiscale** (in cui le voci che lo compongono sono assunte in misura pari al loro valore fiscale, rilevante ai fini delle disposizioni in materia di determinazione del reddito d’impresa)<sup>16</sup>.

Il recepimento della norma di cui all’art. 5 della Direttiva ATAD I, rubricata “**imposizione in uscita**”, comporta la sostituzione degli artt. 166 e 166-bis del T.U.I.R. aventi ad oggetto, il primo, il trasferimento all’estero della residenza o della sede, mentre, il secondo, il trasferimento della residenza nel territorio dello Stato<sup>17</sup>.

#### Note:

14 La Relazione illustrativa allo schema di D.Lgs. è consultabile al seguente *link*: [http://www.governo.it/sites/governo.it/files/La\\_Relazione\\_Illustrativa\\_.pdf](http://www.governo.it/sites/governo.it/files/La_Relazione_Illustrativa_.pdf).

15 Legge 24 dicembre 2012, n. 234 recante “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia alla formazione e all’attuazione della normativa e delle politiche dell’Unione europea”.

16 Nella Relazione illustrativa si evidenzia che la rilevanza, ai fini della determinazione del ROL, dei valori fiscali comporta che, nel caso di doppio binario contabile-fiscale, i valori rilevanti saranno quelli previsti dalla normativa fiscale. In particolare si riporta l’esempio di “un soggetto che redige il bilancio adottando i principi contabili emanati dagli OIC e che valuta in bilancio le opere di durata ultrannuale con il metodo della commessa completata. Come noto, ai fini della determinazione del reddito d’impresa, tali opere rilevano, ai sensi dell’art. 93 del TUIR, secondo la percentuale di completamento. Pertanto il ‘ROL fiscale’ deve essere calcolato assumendo i ricavi e le variazioni di rimanenze nella misura determinata ai sensi del citato art. 93, indipendentemente dalla loro mancata contabilizzazione nel conto economico”.

17 Nella Relazione illustrativa allo schema di D.Lgs. si legge come il recepimento della Direttiva in questione comporta la sostituzione dell’art. 166 del T.U.I.R. “facendo proprie anche alcune disposizioni applicative che nella previgente disciplina erano regolate tramite decreto ministeriale (D.M. 2 luglio 2014), e, per coerenza di sistema, (del)l’art. 166-bis del TUIR recante disposizioni relative al riconoscimento fiscale dei valori in ingresso. A tal fine, in considerazione della circostanza che l’intera disciplina è ora organicamente inserita nel testo dell’art. 166 del TUIR e, quindi, il citato DM 2 luglio 2014 è implicitamente abrogato, al comma 2 dell’art. 2 si fanno salvi gli effetti derivanti dall’applicazione del Provvedimento del Direttore

(segue)

L'art. 2 dello schema di Decreto, il quale modifica l'art. 166 del T.U.I.R., si applica alle ipotesi in cui, nell'esercizio di un'attività d'impresa commerciale rilevante ai fini impositivi nel territorio dello Stato, siano trasferiti attivi all'estero.

Nello specifico, nella nuova norma di cui all'art. 166 del T.U.I.R.:

- vengono individuate specifiche fattispecie soggettive che determinano il realizzo degli attivi trasferiti;
- viene introdotto il concetto di valore di mercato, in sostituzione del valore normale, ai fini della determinazione della plusvalenza in uscita. In particolare, esso è determinato con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza, tenendo conto delle indicazioni contenute nel Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze in tema di prezzi di trasferimento (D.M. 14 maggio 2018, emanato ai sensi dell'art. 110, comma 7, del T.U.I.R.)<sup>18</sup>;
- è eliminata l'opzione per la sospensione del versamento dell'imposta dovuta in Italia in caso di trasferimento in uno Stato appartenente all'Unione Europea ovvero in uno Stato aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo (l'opzione è prevista nella precedente formulazione dell'art. 166 al comma 2-*quater*);
- viene ridotto da 6 a 5 il numero delle rate in caso di rateizzazione delle imposte.

In linea con quanto stabilito dalla Direttiva ATAD I, l'imposizione in uscita si estende anche ai trasferimenti di attivi verso stabili organizzazioni per le quali è stata esercitata l'opzione per la *branch exemption* di cui all'art. 168-*ter* del T.U.I.R.

Lo schema di D.Lgs. estende l'ambito di applicazione dell'art. 166-*bis* T.U.I.R. rubricato, nella nuova versione, "Valori fiscali in ingresso"<sup>19</sup>.

Oltre che alle imprese commerciali che si trasferiscono fiscalmente nel territorio dello Stato (come già era previsto nella precedente formulazione della norma), il nuovo art. 166-*bis* si applica anche nelle seguenti ipotesi:

- un soggetto non residente trasferisce attivi a favore di una stabile organizzazione italiana già esistente e, per effetto del trasferimento, lo Stato di residenza di tale soggetto perda il diritto di tassare gli attivi trasferiti (art. 166-*bis*, comma 1, lett. b), T.U.I.R.);
- un soggetto non residente trasferisce nel territorio dello Stato un complesso aziendale e, per effetto del trasferimento, lo Stato di residenza di tale soggetto perde il diritto di tassare i redditi generati da tale complesso aziendale (art. 166-*bis*, comma 1, lett. c), T.U.I.R.);
- un soggetto residente nel territorio dello Stato, il quale possiede una stabile organizzazione situata all'estero con riferimento alla quale si applica l'esenzione degli utili e delle perdite di cui all'art. 168-*ter*<sup>20</sup>, trasferisce alla sede centrale attivi facenti parte del patrimonio di tale stabile organizzazione; (art. 166-*bis*, comma 1, lett. d), T.U.I.R.);
- un soggetto non residente è oggetto di incorporazione da parte di una società fiscalmente residente nel territorio dello Stato, effettua una scissione a favore di una o più beneficiarie residenti nel territorio dello Stato o effettua il conferimento di una stabile organizzazione situata all'estero a favore di un soggetto fiscalmente residente nel territorio dello Stato (art. 166-*bis*, comma 1, lett. e), T.U.I.R.).

Per quanto riguarda la disciplina relativa alle **società controllate estere** (*Controlled Foreign Companies* o "CFC") nei Paesi a fiscalità privilegiata lo schema di D.Lgs. recepisce gli artt.

## Note:

(segue nota 17)

dell'Agenzia delle entrate 10 luglio 2014 (emanato in attuazione di detto decreto ministeriale) con il quale sono state adottate le modalità per l'esercizio dell'opzione per la disciplina sull'*exit tax* nonché della rateazione".

18 Per approfondimenti sulle modifiche apportate alla disciplina del *transfer pricing* nell'ordinamento giuridico interno, cfr. A. Della Rovere - F. Vincenti, "Dal principio del 'valore normale' al concetto di 'libera concorrenza': la nuova disciplina dei prezzi di trasferimento", in *Fiscalità & Commercio internazionale*, n. 8-9/2017.

19 Nella precedente versione, l'art. 166-*bis* del T.U.I.R. è rubricato "Trasferimento della residenza nel territorio dello Stato".

20 L'art. 14 del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 (c.d. Decreto internazionalizzazione) ha introdotto l'art. 168-*ter* nel T.U.I.R. Esso attribuisce la facoltà, alle imprese residenti nel territorio dello Stato, di optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero (c.d. *branch exemption*). Le modalità applicative del nuovo regime sono disciplinate dal Provvedimento dell'Agenzia delle entrate del 28 agosto 2017.

7 e 8 della Direttiva ATAD I concernenti la normativa CFC e, conseguentemente, modifica l'art. 167 del T.U.I.R. il quale contiene le disposizioni in materia di imprese estere controllate<sup>21</sup>.

Nello specifico, l'art. 167 del T.U.I.R. prevede l'imputazione per trasparenza al soggetto residente nel territorio dello Stato italiano dei redditi conseguiti dal soggetto controllato non residente, anche in assenza di effettiva distribuzione di utili, qualora lo stesso sia assoggettato a tassazione privilegiata.

Il nuovo comma 1 dell'art. 167 del T.U.I.R. individua l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina CFC, prevedendo che essa si applichi nei confronti delle persone fisiche, delle società di persone e della società di capitali, nonché delle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti, che controllano soggetti non residenti.

L'estensione dell'ambito soggettivo alle stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti si verifica limitatamente alle partecipazioni nella controllata estera che fanno parte del patrimonio della stabile organizzazione.

Il successivo comma 2 stabilisce i **requisiti per la sussistenza del controllo** che si configura quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni:

- l'impresa, la società o l'ente è controllato da un soggetto residente, direttamente o indirettamente, anche tramite società fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'art. 2359 del c.c.<sup>22</sup>; o
- la quota di partecipazione agli utili è detenuta per oltre il 50%, direttamente, o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi dell'art. 2359 del c.c. o tramite società fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente.

**La disciplina sulle CFC trova applicazione** in presenza delle due condizioni di seguito descritte che devono ricorrere congiuntamente:

- tassazione effettiva nel Paese di localizzazione del soggetto controllato non residente inferiore alla metà di quella a cui sarebbe stato assoggettato qualora fosse stato residente in Italia<sup>23</sup>;

- il soggetto estero controllato consegue proventi per oltre un terzo derivanti da *passive income*.

Se il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica sostanziale mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali la CFC non si applica.

Al riguardo, il contribuente può dimostrare la sussistenza di tale esimente anche attraverso la presentazione dell'interpello facoltativo ex art. 11, comma 1, lett. b), della Legge 27 luglio 2000, n. 212.

#### Note:

21 La Direttiva 2016/1164/UE propone due approcci in merito all'applicazione della CFC rule:

- l'approccio *transactional*, o per categorie di reddito, il quale dispone l'imputazione al contribuente residente dei redditi non distribuiti dalla CFC, rientranti fra i *passive income* di cui all'art. 7, comma 4, lett. b), della Direttiva ATAD I;

- l'approccio *jurisdictional* mediante il quale sono imputati al contribuente residente i redditi non distribuiti dell'entità derivanti da costruzioni non genuine preordinate esclusivamente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale derivante dall'ubicazione in un Paese a fiscalità privilegiata.

Al riguardo, la Relazione illustrativa evidenzia che "(a)l fine di contemperare le esigenze di semplificazione delle modalità di applicazione della disciplina CFC con la necessità di conservare la coerenza dell'ordinamento tributario interno preesistente, si è deciso di adottare un approccio che prevede l'imputazione al soggetto residente di tutti i redditi del soggetto controllato non residente localizzato in un Paese a fiscalità privilegiata, qualora quest'ultimo realizzi proventi per oltre un terzo derivanti da *passive income*".

22 Si riporta di seguito il testo di cui all'art. 2359 c.c.:

"Sono considerate società controllate:

1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;

2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;

3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa".

23 Si affida a un Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate il compito di indicare i criteri per effettuare, con modalità semplificate, la verifica di tale condizione (tra i quali quello dell'irrelevanza delle variazioni non permanenti della base imponibile).

Con l'obiettivo di contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile attuato mediante il trasferimento di profitti verso Paesi a fiscalità privilegiata il Capo IV (artt. da 6 a 11) dello schema di Decreto legislativo contiene le disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi.

La Relazione illustrativa precisa che le misure *anti-hybrid* sono volte a contrastare gli effetti di doppia deduzione ovvero di deduzione senza inclusione che derivano da conflitti nella qualificazione di strumenti finanziari, pagamenti, entità, stabili organizzazioni o dall'allocazione dei pagamenti.

In particolare, i disallineamenti disciplinati dalle disposizioni in esame sono quelli che trovano attuazione in ambito transnazionale mentre gli ibridi interni possono essere contrastati mediante il principio del divieto dell'abuso del diritto, laddove applicabile.

L'art. 6 dello schema di D.Lgs. richiama le definizioni che, nell'ambito della normativa europea, sono previste dall'art. 2, punto 9) della Direttiva ATAD I, come modificato dall'art. 1, paragrafo 2) della Direttiva ATAD II.

Nello specifico, la citata disposizione definisce i fenomeni che la normativa intende contrastare, quali la doppia deduzione e la deduzione senza inclusione, e fornisce un elenco esemplificativo di fattispecie riconducibili al "disallineamento da ibridi"<sup>24</sup>.

Come evidenziato nella Relazione illustrativa, ai fini dell'applicazione delle disposizioni in commento, **rileva il disallineamento in concreto**: occorre, in altri termini, che si realizzi effettivamente una doppia deduzione o una deduzione senza inclusione.

La ragione di ciò risiede nel fatto che un approccio basato su un rischio potenziale avrebbe determinato una negazione immediata della deduzione di componenti negativi di reddito con la conseguenza di colpire situazioni in cui non si è ancora verificato in concreto l'effetto negativo del disallineamento: in tale ipotesi la

reazione dell'ordinamento sarebbe stata sproporzionata rispetto al rischio.

In conformità con la Direttiva ATAD II, lo schema di D.Lgs. disciplina tre tipi di disallineamento:

- **disallineamenti da ibridi**, da cui deriva, come effetto, una doppia deduzione o una deduzione senza inclusione (art. 8);
- **disallineamenti da ibridi inversi**; se una o più imprese associate non residenti nel territorio dello Stato detengono complessivamente il 50% dei diritti di voto in un'entità ibrida costituita in Italia e tali imprese sono situate in una giurisdizione o in giurisdizioni che considerano l'entità ibrida soggetto imponibile, il reddito prodotto dall'entità ibrida è soggetto a imposizione nella misura in cui quest'ultimo non è altrimenti soggetto a imposta a norma delle leggi di un altro Stato (art. 9);
- **disallineamenti da residenza fiscale**; un componente negativo di reddito, sostenuto da un soggetto passivo residente in Italia e residente fiscalmente anche in un altro Stato non è deducibile in Italia se tale componente negativo di reddito è considerato deducibile nell'altro Stato e la deduzione non è ivi compensata da un reddito a doppia inclusione. Tale disposizione si applica solo a condizione che il disallineamento non sia neutralizzato dall'altro Stato (art. 10).

L'art. 13, comma 8 dello schema di Decreto legislativo stabilisce che le disposizioni sui

#### Nota:

<sup>24</sup> Si riportano, di seguito, le definizioni di "doppia deduzione" e "deduzione senza inclusione" delineate dall'art. 6, comma 1 dello schema di D.Lgs.: "(...) b) 'doppia deduzione', una deduzione dello stesso componente negativo di reddito nella giurisdizione in cui è sostenuto ovvero che si ritiene sia sostenuto, ossia la giurisdizione del pagatore e in un'altra giurisdizione, ossia la giurisdizione dell'investitore. Nel caso di un componente negativo di reddito sostenuto da un'entità ibrida o da una stabile organizzazione, la giurisdizione del pagatore è la giurisdizione in cui l'entità ibrida o la stabile organizzazione è stabilita o localizzata; (...) c) 'deduzione senza inclusione', la deduzione di un componente negativo di reddito in qualsiasi giurisdizione in cui lo stesso sia sostenuto ovvero si ritiene sia sostenuto, ossia la giurisdizione del pagatore, senza la corrispondente inclusione, a fini fiscali, del correlato componente positivo di reddito nella diversa giurisdizione del beneficiario. La giurisdizione del beneficiario è qualsiasi giurisdizione in cui il componente positivo di reddito è conseguito ovvero si ritiene conseguito a norma delle leggi di qualsiasi altra giurisdizione (...)".

disallineamenti da ibridi si applicano a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2019, ad eccezione dell'art. 9 in tema di disallineamenti da ibridi inversi le cui disposizioni trovano applicazione a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2021.

Infine, un'ulteriore importante novità è rappresentata dall'inserimento nel T.U.I.R. del nuovo art. 47-*bis*, il quale delinea **criteri specifici per identificare i Paesi a fiscalità privilegiata** (art. 5, comma 1, lett. b) dello schema di D.Lgs.).

Il vigente comma 4 dell'art. 167 prevede che i regimi fiscali, anche speciali, di Stati o territori si considerano privilegiati laddove il livello nominale di tassazione risulti inferiore al 50% rispetto a quello applicabile nel territorio dello Stato.

Il nuovo art. 47-*bis*, ai fini dell'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, distingue tra **partecipazioni**:

- **di controllo** (per la cui nozione si richiama quanto previsto per la disciplina CFC), per le quali l'individuazione del regime fiscale privilegiato si basa sul confronto tra la **tassazione effettiva** estera e il 50% della tassazione effettiva italiana;
- **non di controllo**, per le quali la verifica è fondata sul confronto tra la aliquota nominale estera e il 50% dell'**aliquota nominale** italiana, tenendo conto dell'eventuale incidenza su tali aliquote nominali della presenza di regimi speciali<sup>25</sup>.

La Relazione illustrativa chiarisce che il diverso trattamento si spiega in ragione della necessità di riconoscere un criterio semplificatorio (ovvero quello dell'aliquota nominale) ai fini dell'individuazione del livello di tassazione in caso di partecipazioni non di controllo per le quali risulta meno agevole, per il partecipante, rinvenire le informazioni necessarie a determinare il livello di tassazione effettivo.

Per quanto riguarda le **esimenti**, il comma 2 dell'art. 47-*bis* prevede che la disciplina in materia di regimi fiscali privilegiati **può essere disapplicata** nei seguenti casi:

- se la partecipata non residente svolge nel Paese in cui è insediata un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali;
- se il soggetto residente, mediante il possesso della partecipazione estera, non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

## Considerazioni conclusive

Il recepimento nell'ordinamento giuridico nazionale delle Direttive ATAD I e ATAD II è espressione della volontà del legislatore domestico di rafforzare le misure di contrasto alle pratiche elusive in linea con quanto previsto dagli organismi sovranazionali.

L'elusione fiscale internazionale costituisce una delle maggiori criticità per le fonti erariali nazionali, per lo sviluppo e la crescita perseguiti dalla comunità internazionale, nonché per i principi di giustizia tributaria e solidarietà politica, economica e sociale sanciti dalla Costituzione<sup>26</sup>.

Lo sfruttamento, da parte delle imprese multinazionali, delle differenze esistenti nelle legislazioni fiscali delle diverse giurisdizioni rende spesso complesso disincentivare le pratiche di *aggressive tax planning*; in tale ottica, obiettivo comune delle iniziative legislative promosse dagli organismi nazionali e sovranazionali è quello di combattere schemi internazionali diretti all'ottenimento di un vantaggio fiscale

## Note:

25 "(...) per 'regime speciale' si può intendere quella disciplina fiscale applicabile a determinati soggetti in ragione della tipologia di attività esercitata (ad esempio attività industriali svolte in 'zone franche'), ovvero delle particolari categorie di appartenenza (ad esempio le 'microimprese'), ovvero in virtù di accordi o provvedimenti *ad hoc* dell'Amministrazione finanziaria estera, laddove nell'ordinamento estero è presente un regime ordinario, strutturale e differente applicabile ad altri contribuenti che svolgono analoghe attività industriale, commerciale o finanziaria" (cfr. Relazione illustrativa).

26 Cfr. Audizione dell'Agenzia delle entrate, VI Commissione Finanze e Tesoro del Senato, 10 ottobre 2018 in cui si afferma che "(...) secondo le stime fornite dall'OCSE, l'elusione fiscale genera perdite di gettito tra il 4 e il 10 per cento delle imposte sui redditi societari globali (...)".

# Norme antiabuso

---

indebito mediante forme di pianificazione fiscale aggressiva.

Attraverso la previsione di disposizioni di carattere generale contenute nella Direttiva ATAD I, come modificata dalla Direttiva ATAD II, si intende porre fine ai disallineamenti e alle

distorsioni del mercato attualmente esistenti e, a tal fine, gli Stati membri sono chiamati ad adempiere agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi impositivi delle società.