



SENATO DELLA REPUBBLICA
6^A COMMISSIONE PERMANENTE (FINANZE E TESORO)

*Schema di decreto legislativo di attuazione
della 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,
come modificata dalla direttiva (UE) 2017/952
del Consiglio del 29 maggio 2017
relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi*

(Atto del Governo n. 42)

Audizione del
Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

INDICE

	Pag.
Premessa	3
Articolo 1 (<i>Modifiche all'articolo 96 del Testo unico delle imposte sui redditi</i>)	4
Articolo 2 (<i>Modifiche all'articolo 166 del Testo unico delle imposte sui redditi</i>)	6
Articolo 3 (<i>Modifiche all'articolo 166-bis del Testo unico delle imposte sui redditi</i>).....	8
Articolo 4 (<i>Modifiche all'articolo 167 del Testo unico delle imposte sui redditi</i>)	10
Articolo 5 (<i>Modifiche alle disposizioni del Testo unico riguardanti dividendi e plusvalenze relativi a partecipazioni in soggetti non residenti</i>)	14
Articoli da 6 a 11 (<i>Disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi</i>)	14
Articolo 12 (<i>Definizione di intermediari finanziari</i>)	16

Premessa

Signor Presidente, Onorevoli Senatori,

il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (d'ora in avanti, "CNDCEC") desidera innanzitutto porgere alla Commissione il suo deferente saluto e i suoi più vivi ringraziamenti per l'opportunità che viene concessa di formulare le proprie osservazioni e proposte sullo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva (UE) 2016/1164 (c.d. *Anti Tax Avoidance Directive* o "ATAD 1") recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno come modificata dalla direttiva (UE) 2017/952 (c.d. "ATAD 2") relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi (Atto del Governo n. 42; d'ora in avanti, anche solo "Decreto").

In termini generali, sono senza dubbio da condividere gli obiettivi sottesi al recepimento di tale direttiva nel nostro ordinamento costituiti dal contrasto ai fenomeni di erosione delle basi imponibili derivanti dai rapporti tra contribuenti sia all'interno dell'Unione europea sia con Stati terzi.

La ATAD 1 fissa in particolare regole minime comuni in materia di:

- deducibilità degli interessi passivi da parte delle imprese. Al fine di contrastare l'erosione delle basi imponibili effettuata dai gruppi di imprese che collocano i prestiti infragruppo in Paesi ad alta tassazione, per beneficiare della deducibilità degli interessi passivi, e i profitti in Paesi a bassa tassazione, la direttiva prevede che gli interessi passivi siano deducibili fino al 30 per cento degli utili del contribuente al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento (EBITDA o margine operativo lordo);
- società controllate estere ("*Controlled Foreign Companies*" o CFC). Al fine di prevenire lo spostamento di profitti in giurisdizioni a bassa tassazione, all'interno e fuori dell'UE, la direttiva prevede che le società controllate estere siano tassate secondo aliquote e regole di calcolo della base imponibile del Paese dell'impresa controllante quando la CFC è localizzata in un Paese con tassazione inferiore alla metà di quella applicabile in Italia e in presenza di ulteriori requisiti;
- clausola antiabuso generale, al fine di disconoscere fiscalmente operazioni effettuate dalle imprese al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito;
- tassazione in uscita dei beni di impresa, per la tassazione delle operazioni di trasferimento in altri Paesi di stabili organizzazioni, rami d'azienda e *asset* societari.

Poiché la ATAD 1 riguardava solo i disallineamenti da ibridi all'interno dell'UE, è stata successivamente adottata la direttiva (UE) 2017/952 (ATAD 2) che ha ampliato l'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2016/1164 per garantire che le relative disposizioni coprissero anche i disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi. In via generale, con il termine "ibrido" si individuano transazioni, strumenti finanziari o entità con doppia

residenza trattate fiscalmente in modo diverso in due ordinamenti giuridici attraverso cui soggetti economici presenti in più Stati perseguono una riduzione del carico fiscale complessivo, facendo uso di meccanismi di diverso tipo: doppia deduzione di componenti negativi (in entrambi gli Stati coinvolti; tipologia “D/D”), deduzione in uno Stato e non tassazione nell’altro (deduzione non inclusione; tipologia “D/NI”), percezione di indebiti crediti di imposta per imposte pagate all’estero.

Così brevemente riassunto il contenuto delle direttive in oggetto, va preliminarmente riconosciuto che nell’ordinamento italiano sono già presenti misure antielusive che soddisfano gran parte degli *standard* minimi previsti dalle citate direttive.

Limiti alla deducibilità degli interessi passivi dei soggetti passivi dell’imposta sui redditi delle società (IRES) sono, infatti, previsti nell’articolo 96 del Testo unico delle imposte sui redditi (d’ora in avanti, TUIR), approvato con il decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917.

Anche il regime di tassazione in uscita (c.d. *exit tax*) e il regime di CFC sono, già da tempo, implementati negli articoli 166 e 167 del TUIR, così come la clausola antiabuso generale trova una sua compiuta codificazione normativa nell’articolo 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente).

Lo schema di decreto legislativo in oggetto, approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri l’8 agosto 2018 e da emanarsi in attuazione della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (legge di delegazione europea 2016-2017), opera pertanto un *restyling* delle richiamate discipline, con l’unica eccezione della clausola generale antiabuso, essendosi in quest’ultimo caso opportunamente ritenuto che il citato articolo 10-*bis* sia già conforme alle disposizioni contenute nell’articolo 6 della ATAD 1 in materia di “*General Anti-Abuse Rule*” (c.d. “GAAR”).

L’articolato dello schema appare, nel suo complesso, ben formulato, anche se non mancano aspetti particolari che si ritiene possano essere diversamente regolati, nel rispetto comunque dei principi contenuti nelle direttive oggetto di recepimento. Il CNDCEC sottopone pertanto alla valutazione di codesta On.le Commissione parlamentare le proposte emendative di seguito illustrate.

Articolo 1 (Modifiche all’articolo 96 del Testo unico delle imposte sui redditi)

Va osservato che l’attuale disciplina dell’articolo 96 del TUIR appare già conforme ai precetti fondamentali della direttiva, tra cui, in primo luogo, la prescrizione vincolante volta all’introduzione di un limite alla deduzione degli oneri finanziari pari al 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica (c.d. ROL, equivalente all’EBITDA nel linguaggio della direttiva).

Questa circostanza avrebbe consentito, molto opportunamente, di rinviare il recepimento della direttiva fino al 1° gennaio 2024. L’articolo 11, par. 6, dell’ATAD stabilisce infatti che “*In deroga all’articolo 4, gli Stati membri che all’8 agosto 2016 dispongono di norme nazionali mirate intese a prevenire i rischi di BEPS, di analoga efficacia rispetto alla norma relativa ai limiti sugli interessi di cui alla presente direttiva, possono applicare tali*

norme nazionali mirate fino al termine del primo esercizio intero successivo alla data di pubblicazione — sul sito web ufficiale dell'OCSE — dell'accordo tra suoi membri su una norma minima per quanto concerne l'azione 4 sul BEPS, e comunque al più tardi fino al 1° gennaio 2024”.

L'esercizio di tale facoltà richiedeva tuttavia una specifica comunicazione alla Commissione europea entro il 1° luglio 2017 (che il nostro Paese ha deciso, purtroppo, di non inoltrare), affinché quest'ultima potesse valutare *“l'analoga efficacia”* delle vigenti norme nazionali.

Il Decreto non recepisce neppure le prescrizioni contenute nel paragrafo 3 dell'articolo 4 della ATAD 1, secondo cui, in deroga alla disciplina in esame, *“il contribuente può ottenere il diritto: a) di dedurre gli oneri finanziari eccedenti fino a 3 000 000 EUR; b) di dedurre integralmente gli oneri finanziari eccedenti qualora il contribuente sia un'entità indipendente”*, intendendosi per tale una società *“che non è parte di un gruppo consolidato a fini di contabilità finanziaria e non ha alcuna impresa associata o stabile organizzazione”*.

Si tratta di semplificazioni per i casi in cui la deducibilità degli interessi passivi, anche se eccedente il limite del 30 per cento del ROL, è a minore (se non addirittura nullo) rischio di elusione e che dunque sarebbe auspicabile introdurre anche nella disciplina *“domestica”*.

Si suggerisce pertanto di stabilire la piena deducibilità degli oneri finanziari entro una franchigia non superiore a 3 milioni di euro (o al minor importo ritenuto compatibile con le coperture di bilancio necessarie per il recepimento di tale disposizione), così come la totale deducibilità degli interessi per le società che rappresentano *“entità indipendenti”*, ovvero società non appartenenti a gruppi, prive di stabili organizzazioni e che non sono collegate ad altre società da rapporti di partecipazione superiori al 25 per cento.

Le modifiche alla vigente normativa introdotte dal Decreto sono in estrema sintesi le seguenti: a) l'individuazione di un nuovo perimetro degli oneri e dei proventi finanziari rientranti nel campo di applicazione della disciplina (con l'inclusione degli interessi passivi capitalizzati su cespiti e l'esclusione degli interessi passivi sostenuti per finanziamenti volti alla realizzazione di progetti infrastrutturali pubblici a lungo termine individuati con rinvio alle disposizioni del codice degli appalti); b) la determinazione del ROL in base ai valori fiscalmente rilevanti (c.d. *“ROL fiscale”*) anziché in base ai valori di bilancio (c.d. *“ROL contabile”*); c) l'introduzione del limite temporale di cinque periodi d'imposta al riporto in avanti dell'eventuale eccedenza di ROL non utilizzata; d) l'introduzione del riporto in avanti – e della circolazione nel consolidato fiscale – dell'eventuale eccedenza di interessi attivi non utilizzata.

In particolare, per quanto concerne il nuovo perimetro degli oneri e dei proventi finanziari rilevanti ai fini della disciplina in esame, il comma 3 dell'articolo 96 del TUIR, come modificato dal Decreto, include gli interessi passivi e oneri assimilati che risultano qualificati come tali dai principi contabili adottati dall'impresa, per i quali tale qualificazione sia altresì confermata dalle disposizioni emanate in attuazione del principio di derivazione rafforzata (decreti del ministero dell'economia e delle finanze del 1° aprile 2009, n. 48, dell'8 giugno 2011 e del

3 agosto 2017) e che derivino da un'operazione/rapporto contrattuale avente causa finanziaria o da un rapporto contrattuale contenente una componente di finanziamento significativa, ivi compresi gli oneri finanziari derivanti da debiti di natura commerciale.

Al riguardo, si osserva che le attuali regole contabili non sempre impongono di rilevare come interesse quello che, in termini sostanziali, rappresenta un onere finanziario. Si pensi alle società che sono sotto i limiti dell'art. 2435-*bis* del codice civile e che non sono tenute ad aggiornare il valore dei crediti e debiti emergenti da operazioni commerciali aventi una componente finanziaria significativa. Sarebbe opportuno specificare, in tali circostanze, la regola da applicare ai fini in esame.

In merito all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, sarebbe altresì auspicabile una conferma, anche soltanto in via amministrativa, dell'esclusione, per le società che svolgono in via effettiva e prevalente attività immobiliare, degli interessi passivi relativi a finanziamenti garantiti da ipoteca su immobili destinati alla locazione, attualmente prevista dall'articolo 1, comma 36, della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

Per quanto concerne invece il passaggio dal ROL contabile al ROL fiscale previsto dal Decreto in attuazione dei dettami dell'articolo 4 della direttiva, esso introduce certamente, rispetto al passato, una maggiore complessità nel computo del limite di deducibilità degli interessi passivi, che si auspica possa essere limitata quanto più possibile anche grazie all'ausilio di futuri chiarimenti da parte della stessa prassi amministrativa.

Con riferimento infine all'introduzione del limite temporale di cinque periodi d'imposta al riporto in avanti dell'eventuale eccedenza di ROL non utilizzata, una rilevante criticità è rappresentata dall'impossibilità – che si desume dalla relazione illustrativa al Decreto – di utilizzare senza vincoli le eccedenze di ROL contabile maturate prima della entrata in vigore delle nuove disposizioni.

Tali eccedenze, infatti, sono riportabili negli anni successivi esclusivamente per “coprire” gli interessi passivi correlati a prestiti stipulati dall'impresa prima del giugno 2016. Risulteranno penalizzate, quindi, le imprese che hanno fatto affidamento sulla possibilità di utilizzo di eccedenze ROL pregresse per “coprire” interessi passivi derivanti da investimenti attuali o futuri.

Si ritiene pertanto auspicabile, sul punto, un intervento correttivo che preveda un utilizzo senza vincoli delle eccedenze di ROL contabile “pregresse” in discussione.

Articolo 2 (Modifiche all'articolo 166 del Testo unico delle imposte sui redditi)

Le previsioni dell'articolo 2 del Decreto, in attuazione dell'articolo 5, punto 2), della ATAD 1, regolano l'imposizione in uscita in caso di trasferimento all'estero di imprese residenti fiscalmente in Italia (c.d. “*exit tax*”), fattispecie attualmente disciplinata dall'articolo 166 del TUIR.

In sintesi – e salvo quanto si dirà *infra* per i trasferimenti in ambito comunitario – la disciplina domestica implica il realizzo a valore normale e l'immediato prelievo fiscale sui conseguenti plusvalori, dei componenti

dell'azienda che, in seguito al trasferimento all'estero della residenza fiscale, non vengano fatti confluire in una stabile organizzazione in Italia, ovvero ne vengano successivamente distolti. Inoltre, essa prevede anche la tassazione dei fondi in sospensione d'imposta che non siano ricostituiti nel patrimonio contabile della stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

L'ordinamento interno esercita la propria potestà impositiva sulle plusvalenze non ancora realizzate (nonché sulle riserve in sospensione d'imposta) nel momento in cui i componenti dell'azienda o del complesso aziendale cui essi si riferiscono fuoriescono dal regime d'impresa "domestico" (ovvero il vincolo di sospensione non sia ricostituito) in ragione del fatto che tale evenienza determinerebbe l'impossibilità per lo Stato di tassare i plusvalori maturati nel contesto di tale regime al momento dell'effettivo realizzo del componente (ovvero della cessazione del vincolo di sospensione). Detta *ratio* costituisce, all'evidenza, la ragione per cui nessun prelievo è operato sui beni che, successivamente al trasferimento di sede, confluiscono in una stabile organizzazione situata nel territorio dello Stato, circostanza che garantisce, in relazione ai beni ivi confluiti, la continuità del regime d'impresa "domestico", e dunque della potestà impositiva statale sui relativi plusvalori.

L'attuale disciplina prevede inoltre che i soggetti che trasferiscono la residenza, ai fini delle imposte sui redditi, in Stati della UE ovvero in Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo (SEE) "collaborativi" sotto il profilo della reciproca assistenza in materia di riscossione dei crediti tributari, in alternativa alla tassazione immediata sulle plusvalenze da trasferimento, possono richiedere la sospensione degli effetti del realizzo dei beni all'estero derivanti dalla disciplina in esame – che, in ogni caso, non può superare il decimo anno – ovvero, in alternativa, la rateazione delle imposte dovute in sei esercizi.

Facoltà che, per effetto della norma di interpretazione autentica contenuta nell'articolo 11, comma 3, del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 147, è riconosciuta anche in caso di trasferimento, da parte di un'impresa non residente nel territorio dello Stato, di una parte o della totalità degli attivi collegati ad una stabile organizzazione, aventi ad oggetto un'azienda o un ramo d'azienda, verso altro Stato appartenente all'Unione europea ovvero aderente all'Accordo sullo Spazio economico europeo.

Lo schema di decreto legislativo, in coerenza con quanto previsto dalla ATAD 1, tiene ferma la possibilità di rateizzazione delle imposte dovute che, tuttavia, è ridotta da sei a cinque rate annuali (di pari importo)¹, maggiorate di interessi e previa prestazione di eventuali garanzie. È invece soppresso il regime di sospensione della riscossione delle imposte sui redditi dovute sulla plusvalenza.

Il Decreto inoltre, ai fini della determinazione della plusvalenza in uscita, introduce il concetto di valore di mercato utilizzato agli effetti del *transfer pricing*, in sostituzione del valore normale². Si tratta di un intervento di

¹ Articolo 5, paragrafo 2), della direttiva e articolo 166, comma 9, del TUIR come modificato dall'articolo 2 del Decreto in esame.

² Articolo 166, comma 4, del TUIR come modificato dall'articolo 2 del Decreto in esame.

“manutenzione” delle norme del nostro ordinamento per tenere conto della evoluzione dei criteri definiti dall’OCSE.

Interviene, altresì, a disciplinare in modo organico i trasferimenti in uscita mediante operazioni straordinarie e, quindi, non solo in caso di trasferimento di residenza all’estero di imprese commerciali, ma anche di trasferimento mediante conferimento, fusione e scissione.

Nel dettaglio, per quanto riguarda le operazioni straordinarie, il nuovo articolo 166 del TUIR, così come riscritto dal Decreto, prevede che l’*exit tax* si applichi alle imprese commerciali fiscalmente residenti nel territorio dello Stato che sono state oggetto di incorporazione da parte di una società fiscalmente non residente oppure hanno effettuato una scissione a favore di una o più beneficiarie non residenti o, ancora, 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.

In conseguenza di tale previsione, è abrogato il vigente comma 6 dell’articolo 179 del TUIR concernente l’imposizione in uscita sui componenti dell’azienda oggetto di operazioni straordinarie.

Il Decreto interviene, inoltre, a regolare il trattamento delle perdite di esercizi precedenti non ancora utilizzate al momento del trasferimento in modo più puntuale di quanto oggi previsto dall’articolo 166 del TUIR e dal relativo decreto di attuazione emanato dal Ministro dell’economia e delle finanze il 2 luglio 2014.

Dal punto di vista della formulazione dell’articolato normativo, si suggerisce un intervento finalizzato a migliorare il coordinamento tra le previsioni del comma 15 del novellato articolo 166 (che dispone che con uno o più provvedimenti del Direttore dell’Agenzia delle entrate “possono” essere emanate le disposizioni di attuazione dell’articolo in commento, al fine di individuare le modalità di esercizio dell’opzione per la rateizzazione degli importi dell’imposta in argomento, nonché le circostanze e le modalità di prestazione di eventuali garanzie e al fine di monitorare il verificarsi delle eventuali ipotesi di decadenza dalla rateizzazione) che possono apparire in contraddizione con il disposto del comma 2 dell’articolo 2 del Decreto (che conferma le disposizioni emanate dall’Agenzia delle entrate con proprio provvedimento in attuazione del richiamato decreto del Ministro dell’economia e delle finanze del 2 luglio 2014). Si ritiene necessario, al fine di una migliore comprensione di tali previsioni, inserire nel citato comma 2 dell’articolo 2 un inciso da cui risulti che i “vecchi” provvedimenti restano fermi, “ove compatibili”.

Articolo 3 (Modifiche all’articolo 166-bis del Testo unico delle imposte sui redditi)

Il Decreto interviene anche sulla disciplina del trasferimento di residenza in Italia (c.d. “*entry tax*”), riformulando integralmente l’articolo 166-bis del TUIR che regola la determinazione del valore fiscalmente riconosciuto dei beni in caso di ingresso nel territorio dello Stato.

Si tratta di un intervento che non risponde a un obbligo di recepimento nell'ordinamento interno di previsioni della direttiva, ma ha il fine di rendere coerenti le disposizioni ivi contenute con le modifiche apportate dall'articolo 2 del Decreto alla disciplina in materia di *exit tax* di cui al precedente articolo 166 del TUIR.

L'intervento non ha ampiezza sostanziale significativa. Come avvenuto per la *exit tax*, vengono ora codificati alcuni orientamenti già affermati nella prassi amministrativa e si prosegue l'opera di "ammodernamento" del TUIR per tenere conto dell'evoluzione, in seno all'OCSE, di talune nozioni e criteri³.

In seguito dell'approvazione definitiva del decreto legislativo, alcuni temi controversi risulteranno certamente meglio definiti. È il caso, ad esempio, degli ingressi nel territorio dello Stato mediante operazioni straordinarie che la lettera e) del novellato comma 1 dell'articolo 166-*bis* del TUIR disciplina espressamente.

Si osserva che una fattispecie non regolata, invece, dallo schema di decreto è quella del trasferimento di *asset* dalla casa madre estera ad una stabile organizzazione in Italia qualora lo Stato di provenienza non perda la potestà impositiva sugli *asset* trasferiti. La lettera b) del comma 1 del rivisitato articolo 166-*bis* del TUIR disciplina, infatti, unicamente il caso in cui, a seguito di siffatto trasferimento in entrata, lo Stato di provenienza perda la propria potestà impositiva sugli *asset* trasferiti. È pertanto auspicabile che la fattispecie venga regolata anche nel caso in cui tale potestà non venga meno.

Altra novità riguarda – in coerenza con la scelta dettata per l'*exit tax* – l'adozione del valore di mercato, in luogo del valore normale, anche per la determinazione del valore fiscalmente riconosciuto dei beni in entrata, secondo i canoni del *transfer pricing*⁴. Come già osservato in riferimento alla *exit tax*, si tratta di un intervento di "manutenzione" del TUIR che tiene conto dell'evoluzione dei criteri e principi affermati in ambito OCSE.

Va altresì evidenziata l'inclusione nella disciplina del riferimento espresso all'avviamento, tenendo conto delle funzioni e dei rischi trasferiti, in analogia a quanto già previsto in materia di *exit tax*.

Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, si osserva che lo stesso non risulta ben definito in quanto nell'elencazione delle fattispecie previste dai commi 1 e 3 del nuovo articolo 166-*bis* del TUIR è fatto riferimento talvolta a soggetti che esercitano imprese commerciali, anche diversi dalle società di capitali, e talvolta, più genericamente, a soggetti residenti all'estero o nel territorio dello Stato. Si suggerisce, dunque, un intervento che definisca meglio l'ambito di applicazione della disciplina prevedendo, ad esempio, che nel caso di soggetti che si trasferiscono nel territorio dello Stato mediante operazioni straordinarie di cui alla lettera e) del comma 1 del novellato articolo 166-*bis*, i soggetti fiscalmente residenti all'estero debbano esercitare un'impresa commerciale, come previsto nel trasferimento di residenza fiscale di cui alla lettera a) del medesimo comma 1.

³ Si veda il riferimento al valore di mercato in luogo del valore normale.

⁴ Articolo 166-*bis*, comma 3, del TUIR, come riscritto dall'articolo 3 del Decreto in esame.

Ciò che risulta comunque evidente è che tali norme si applicano anche a soggetti diversi da quelli IRES, contrariamente a quanto previsto dall'articolo 1 della ATAD 1. Tale maggiore ampiezza dell'ambito soggettivo trova già riscontro nel nostro ordinamento non solo in tema di *exit* ed *entry tax*, ma anche in relazione al regime di CFC e viene prevista dal Decreto anche con riferimento alle disposizioni in materia di disallineamento da ibridi, introdotte dai successivi articoli da 6 a 11.

Si segnala, al riguardo, che l'articolo 3 della direttiva stabilisce che essa “*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*”.

Il riconoscimento della possibilità per i singoli Stati membri di adottare un livello di protezione più intenso per “*l'imposta sulle società*” (e, quindi, per i soli soggetti passivi dell'IRES, ossia società di capitali e soggetti assimilati), non pregiudica ovviamente che lo stesso (più intenso) livello di protezione possa essere esteso anche a soggetti diversi (società di persone, imprese individuali, ecc.), in virtù dell'autonomia che gli Stati hanno conservato in materia di tributi c.d. “non armonizzati”, quali le imposte sui redditi qui in argomento.

Ne consegue che il mantenimento per le richiamate discipline di un ambito soggettivo più esteso rispetto a quello previsto dalla direttiva deve ritenersi non confligente con il disposto del citato articolo 1 della ATAD 1.

Articolo 4 (Modifiche all'articolo 167 del Testo unico delle imposte sui redditi)

L'articolo 4 del Decreto sostituisce l'articolo 167 del TUIR in tema di società controllate non residenti (*Controlled Foreign Companies*, CFC), al fine di recepire gli articoli 7 e 8 della ATAD 1.

Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina, viene confermata la maggiore estensione rispetto a quanto previsto dalla direttiva, risultando destinatari della stessa non solo le società di capitali, ma anche le persone fisiche, le società di persone a cui si aggiungono le stabili organizzazioni italiane di società non residenti che controllano soggetti esteri (limitatamente alle partecipazioni nella controllata estera che fanno parte del patrimonio della stabile organizzazione).

Ai fini della qualifica di soggetti “controllati” non residenti è necessario, in alternativa, che si verifichi il controllo diretto o indiretto, anche tramite fiduciaria o interposta persona, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile ovvero che oltre il 50 per cento della quota di partecipazione ai loro utili sia detenuta, direttamente o indirettamente, mediante una o più società controllate ai sensi del medesimo articolo 2359 o tramite fiduciaria o interposta persona, da un soggetto residente.

Analizzando più nel dettaglio le condizioni al ricorrere delle quali operano le CFC *rules*, al fine di individuare i soggetti CFC, il decreto adotta, tra gli approcci previsti dalla direttiva, il c.d. approccio *transactional*, o per categorie di reddito, il quale attribuisce rilevanza, nell'applicazione della disciplina, alla presenza di redditi rientranti nella categoria dei c.d. *passive income*, a prescindere dal fatto che si tratti di società extra-Ue o di società comunitarie. Tale approccio è preferito a quello alternativamente proposto dalla direttiva (c.d.

approccio *jurisdictional*) volto a valorizzare la sussistenza di “costruzioni non genuine” poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale derivante dall’ubicazione in un Paese a fiscalità privilegiata.

La formulazione dell’articolo 167 del TUIR attualmente in vigore prevede, anche in assenza di effettiva distribuzione, l’imputazione per trasparenza dei redditi prodotti da imprese, società o enti:

- situati in Stati a regime fiscale privilegiato (CFC “*black list*”), se il livello nominale di tassazione della partecipata è inferiore al 50 per cento di quello italiano;
- ovunque situati, ma che presentino congiuntamente due condizioni, attinenti al conseguimento di proventi derivanti per più del 50 per cento dai c.d. “*passive income*” e l’assoggettamento a tassazione effettiva inferiore a più della metà di quella a cui sarebbero stati soggetti ove residenti in Italia (CFC “*non black list*”).

In base al testo dell’art. 167 riformulato dal Decreto, il regime di CFC opera se, congiuntamente:

- i soggetti controllati non residenti sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti se residenti in Italia;
- oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle categorie di redditi qualificati come *passive income* (si tratta di interessi, *royalties*, dividendi, redditi da *leasing* finanziario, redditi da attività assicurativa, bancaria o altre attività finanziarie, nonché redditi da operazioni di cessione di beni o prestazioni di servizi a scarso o nullo valore economico aggiunto con soggetti correlati).

L’impostazione adottata, che attribuisce rilevanza alla tassazione effettiva del Paese di localizzazione, estende, nella sostanza, il regime attualmente previsto per le CFC “*non black list*” a tutte le società partecipate estere (fatta salva la soglia di un 1/3, anziché del 50 per cento, dei *passive income*), e quindi anche a quelle “*black list*” con riferimento alle quali il regime attuale attribuisce, invece, rilevanza al livello di tassazione nominale; il nuovo approccio si pone in linea con l’orientamento internazionale, il quale prevede che l’individuazione dei soggetti CFC sia effettuata sulla base del livello di tassazione effettivo o sulla base di “liste nere”.

In sostanza, la nuova formulazione esclude automaticamente dalla disciplina antielusiva le società partecipate che, pur con un livello di tassazione effettiva molto basso, realizzino per almeno due terzi proventi derivanti da attività industriali e commerciali, nonché (come già avviene ora) le società partecipate che, pur producendo *passive income*, presentano un livello congruo di tassazione effettiva.

Ulteriore modifica attiene poi la previsione di un’unica esimente costituita dallo svolgimento di un’attività economica sostanziale mediante l’impiego di personale, attrezzature, attivi e locali. Il contribuente può dimostrare la sussistenza di tale esimente anche attraverso la presentazione dell’interpello facoltativo (ai sensi dell’articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 27 luglio 2000, n. 212).

Rispetto alla formulazione attualmente vigente è eliminata dunque la previsione per cui al fine di disapplicare la disciplina CFC, il socio residente può dimostrare che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

Così brevemente riassunto il contenuto saliente della disciplina, si ritiene in primo luogo condivisibile la scelta adottata dal Decreto di mantenere la nozione vigente di controllo di diritto e di fatto, anche indiretto, prevedendo un ulteriore ampliamento di tale nozione ai casi di partecipazione all'utile superiore al 50 per cento. Non si è invece introdotta, opportunamente, alcuna previsione in merito al concetto di imprese associate, contenuto nella direttiva, che avrebbe rischiato di generare forti criticità da un punto di vista operativo e concettuale.

Si condivide, altresì, il riferimento ai proventi lordi per quanto riguarda l'individuazione dei *passive income* rilevati dal soggetto estero, in luogo dei relativi redditi ossia del provento nettizzato dei costi afferenti alla sua produzione. La scelta del Decreto risulta opportuna non solo per motivi di semplificazione, di efficacia ed effettiva applicabilità della norma, ma anche con riferimento all'impianto complessivo della direttiva.

Con riguardo al primo aspetto deve rilevarsi che mentre i proventi rappresentano un parametro oggettivo difficilmente contestabile nell'ammontare, lo stesso non potrebbe dirsi per i redditi netti in quanto sarebbe in tal caso soggettiva l'allocazione dei costi, principalmente indiretti, che hanno concorso alla formazione della specifica categoria di *passive income*. Il margine di discrezionalità sull'allocazione dei costi porrebbe il contribuente in una condizione di forte incertezza circa l'applicazione del regime in esame, da cui potrebbero derivare contenziosi con l'Amministrazione finanziaria.

In secondo luogo, nel valutare la conformità del Decreto alla direttiva, si ritiene utile osservare che il riferimento della direttiva ai redditi da *passive income* è naturale in quanto è il postulato del fatto che nel modello *transactional* la tassazione per trasparenza deve riguardare i soli redditi da *passive income* (escludendo quindi il reddito "active" della CFC). Nel Decreto, invece, il riferimento ai *passive income* è una semplice condizione di accesso al regime dato che la tassazione per trasparenza si verifica sul reddito complessivo della CFC anche, cioè, per la parte formata da *active income*, secondo il criterio c.d. *jurisdictional*.

Per quanto concerne la previsione dell'unica esimente costituita dallo svolgimento di un'attività economica sostanziale mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali, sarebbe opportuno specificare che non è necessaria, ai fini della sua applicabilità, la presenza di tutti gli elementi indicati nella norma, ben potendo verificarsi per talune tipologie di attività la possibilità di essere svolte, ad esempio, senza l'impiego di personale o di particolari attrezzature.

Si ritiene, inoltre, che vi siano profili di illegittimità comunitaria in merito alla prova a carico del contribuente per dimostrare l'unica esimente prevista.

Come già ricordato, il combinato disposto dei commi 5 e 11 dell'articolo 167 del TUIR, come modificati dal Decreto, sancisce l'onere per il contribuente di dimostrare (comma 5) "... *che il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali*", prove da fornire previo avviso che, se non ritenute idonee dall'Amministrazione finanziaria (comma 11), daranno luogo all'applicazione della disciplina CFC.

Ebbene, questa impostazione contrasta sia con il testo della direttiva, sia con un costante orientamento della Corte di Giustizia manifestato, da ultimo, nelle pronunce sui casi Eqiom SAS, causa C-6/16 e GS, causa C-440/17.

Come stabilito nei casi sopra citati, l'incompatibilità con l'ordinamento comunitario di una norma domestica si verifica allorché s'impone sistematicamente al soggetto passivo l'onere di provare l'esistenza di motivi non fiscali, senza che l'amministrazione sia tenuta a fornire sufficienti indizi di elusione fiscale, poiché si fonda su una presunzione generale di elusione, eccedendo dunque quanto necessario a evitare le elusioni (violazione del principio di proporzionalità).

Alla luce di tali principi, si ritiene che la normativa sul punto ecceda quanto necessario a combattere le elusioni fiscali atteso che, in definitiva, impone ai contribuenti l'onere della prova dell'inesistenza dell'elusione.

Spetta infatti all'Amministrazione finanziaria dimostrare, in base a elementi e circostanze probanti, che il fine essenziale è quello di eludere l'obbligo tributario per conseguire un vantaggio fiscale; il contribuente potrà superare l'eccezione, dimostrando l'esistenza di motivi diversi da quelli meramente fiscali a giustificazione della scelta fatta, fermo restando che la struttura utilizzata può avere anche una spiegazione diversa dal semplice conseguimento del vantaggio fiscale.

La stessa direttiva, nel 12° considerando, si sofferma peraltro sull'importanza "*che le amministrazioni fiscali e i contribuenti cooperino per raccogliere le circostanze e i fatti pertinenti al fine di determinare se la norma di esclusione va applicata*", senza alterare il principio di parità dei rapporti.

Si ritiene pertanto necessario modificare il comma 11 dell'articolo 167, nella versione introdotta dal comma 1 dell'articolo 4 del Decreto, prevedendo specificatamente che ai fini dell'accertamento si applichi il comma 6 dell'articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000 (Statuto del contribuente), più aderente al dettato comunitario. In questo modo, resterebbe fermo l'onere per l'Amministrazione fiscale di inviare, a pena di nullità, una richiesta di chiarimenti, in cui saranno indicati i motivi per i quali si ritiene applicabile il regime di CFC, richiesta rispetto alla quale il contribuente sarà tenuto a cooperare fornendo le ragioni e tutti i documenti utili per determinare se torni o meno applicabile la disciplina.

È infine necessario prevedere espressamente la sanzione della nullità per il caso in cui l'atto impositivo non sia specificamente motivato in relazione ai chiarimenti forniti dal contribuente (c.d. obbligo di "motivazione rafforzata"). L'attuale versione del comma 11 dell'articolo 167 del TUIR, introdotta dal Decreto, si limita infatti a

stabilire che “qualora l’Agenzia delle Entrate non ritenga idonee le prove addotte dovrà darne specifica motivazione nell’avviso di accertamento”, senza però precisare che ciò è prescritto “a pena di nullità”.

Articolo 5 (Modifiche alle disposizioni del Testo unico riguardanti dividendi e plusvalenze relativi a partecipazioni in soggetti non residenti)

L’articolo 5 del Decreto modifica la vigente normativa in tema di dividendi e plusvalenze, al fine di coordinarla con le modifiche apportate dal precedente articolo 4 alla nozione di controllo societario rilevante ai fini dell’imputazione per trasparenza dei redditi da enti controllati esteri (si veda il novellato comma 2 dell’articolo 167 del TUIR). Viene introdotto inoltre l’articolo 47-bis del TUIR che stabilisce, in sostituzione del vigente articolo 167, comma 4, del TUIR, le condizioni per individuare i Paesi a fiscalità privilegiata.

Articoli da 6 a 11 (Disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi)

Si definiscono “ibridi” le entità giuridiche, gli strumenti finanziari o i trasferimenti di asset che assumono una diversa qualificazione giuridica in diverse giurisdizioni tale da comportare un trattamento fiscale asimmetrico che viene strumentalizzato dai gruppi multinazionali per generare il conseguimento di vantaggi fiscali contrari a quanto espressamente previsto dalle specifiche norme “anti-disallineamento da ibridi”.

Gli articoli da 6 a 11 del Decreto (contenute nel Capo IV) introducono nel nostro ordinamento le disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi, finalizzate a definire le azioni di contrasto ai predetti comportamenti.

Come rileva la relazione illustrativa, le misure dello schema di decreto mirano a contrastare gli effetti di doppia deduzione (D/D) ovvero di “deduzione non inclusione” (D/NI), che derivano da conflitti tra i sistemi fiscali di Paesi diversi nella qualificazione di strumenti finanziari, pagamenti, entità, stabili organizzazioni o dall’allocazione dei pagamenti. In sostanza, lo stesso pagamento, le stesse spese o le stesse perdite sono dedotti 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 (doppia deduzione), ovvero a un pagamento è applicata una deduzione nello Stato membro in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione, ai fini fiscali, dello stesso nell’altro Stato membro (deduzione senza inclusione). Si intende inoltre contrastare l’ottenimento di un indebito credito per le imposte estere, originato dallo sfruttamento di un disallineamento concernente uno strumento finanziario.

Merita di essere sottolineato che ai fini delle norme proposte rileva, come evidenzia la stessa relazione illustrativa, il disallineamento concreto: gli effetti di doppia deduzione ovvero di deduzione senza inclusione avversati dalle disposizioni in commento non sono infatti quelli potenziali, ma solo quelli effettivamente verificatisi.

Al riguardo, si suggerisce di codificare anche in via normativa quanto precisato dalla relazione illustrativa.

È importante, poi, sottolineare che ai fini dell'applicabilità della disciplina anti-ibridi in commento è essenziale l'elemento soggettivo e, cioè, la volontà del contribuente di provocare l'erosione e il trasferimento delle basi imponibili da un Paese ad un altro.

Ebbene, mentre nelle situazioni in cui è coinvolto un terzo, l'elemento soggettivo deve essere oggetto di specifica dimostrazione da parte dell'Amministrazione finanziaria, nelle operazioni poste in essere all'interno di un gruppo societario, lo stesso si presume automaticamente esistente, senza possibilità di prova contraria, sicché, in sostanza, per le fattispecie infragruppo opera una sorta di presunzione "assoluta".

In merito a quest'ultimo aspetto, si ritiene necessario prevedere espressamente la possibilità per il contribuente di fornire la prova contraria della legittimità del suo operato.

Venendo più nel dettaglio al contenuto delle singole norme del Capo IV del Decreto, l'articolo 6 riporta le definizioni che, nella disciplina europea, sono previste dall'articolo 2, punto 9) della ATAD 1 (direttiva 2016/1164), così come modificato e integrato dall'articolo 1, paragrafo 2) della ATAD 2 (direttiva 2017/952).

In particolare, vengono definiti i fenomeni che la normativa intende contrastare, quali la doppia deduzione e la deduzione senza inclusione (vedi *supra* in premessa), e viene fornito un elenco esemplificativo di situazioni riconducibili alla fattispecie del "disallineamento da ibridi".

L'articolo 7 del Decreto identifica il ruolo dello Stato italiano rispetto alle differenti posizioni attive e passive oggetto della normativa in argomento, specificando le ipotesi in cui esso è indicato come "Stato del pagatore", come "Stato dell'investitore" o come "Stato del beneficiario".

L'articolo 8 disciplina le misure di contrasto alle conseguenze fiscali derivanti dal disallineamento da ibridi. Nell'articolato si prendono in considerazione le differenti posizioni economico-finanziarie al fine di indicare specificatamente a quale soggetto debba imputarsi la deduzione del componente negativo di reddito o l'imponibilità di un componente positivo di reddito.

L'articolo 9 detta le regole per i casi di disallineamenti da ibridi "inversi", che corrispondono ai casi di deduzione non inclusione derivanti dall'attribuzione di componenti positivi di reddito ad entità considerate fiscalmente trasparenti nello Stato di residenza e fiscalmente opache nello Stato dei partecipanti.

L'articolo 10 disciplina le misure di contrasto ai fenomeni di doppia deduzione derivanti dai casi di doppia residenza fiscale del soggetto passivo.

L'articolo 11 del Decreto si occupa degli aspetti concernenti l'accertamento delle violazioni alle disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi, che deve essere effettuato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile una violazione.

Tra la data di ricevimento dei chiarimenti (ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta) e quella di decadenza dell'amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono almeno sessanta giorni.

A fronte della richiesta di chiarimenti, il contribuente avrà la possibilità di dimostrare che l'operazione vagliata non comporta un disallineamento da ibridi in relazione alle circostanze del caso concreto ed alla applicazione delle disposizioni tributarie delle giurisdizioni coinvolte.

Al riguardo, al fine di garantire effettività al contraddittorio preventivo tra contribuente e Agenzia delle entrate, sarebbe utile prevedere, in seguito alla richiesta di chiarimenti, la necessità di convocare il contribuente presso l'Ufficio al fine di poter avere un confronto diretto sui rilievi in contestazione.

Si ritiene necessario prevedere altresì che l'atto impositivo debba essere specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla riconducibilità della condotta del contribuente alla disciplina anti-ibridi, alle norme o ai principi violati, ai vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente (c.d. obbligo di "motivazione rafforzata"). Si segnala che analoga disposizione è già contenuta nel comma 8 dell'articolo 10-*bis* della legge n. 212 del 2000 a proposito della disciplina in materia di abuso del diritto o elusione fiscale, per cui deve ritenersi ragionevole assicurare la medesima tutela del contribuente anche ai fini della normativa in esame che, pur contrastando fenomeni diversi da quelli riconducibili all'elusione⁵, presenta comunque profili di complessità analoghi, se non superiori alla disciplina antielusiva.

Per le medesime ragioni, dovrebbe infine essere previsto che in caso di ricorso, i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione, ai sensi dell'articolo 68 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, e dell'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, soltanto in esito alla sentenza di primo grado eventualmente sfavorevole al contribuente.

Quanto alla decorrenza, le disposizioni transitorie relative al Capo IV in esame sono contenute nell'articolo 13, comma 8, del Decreto. Le norme anti-disallineamento da ibridi si applicano a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2019, ad esclusione di quelle relative all'articolo 9 in tema di disallineamenti da ibridi "inversi" che si applicano invece a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2021.

Articolo 12 (Definizione di intermediari finanziari)

L'articolo 12 del Decreto ridefinisce, ai fini delle imposte sui redditi e dell'IRAP, la nozione di intermediari finanziari, delle *holding* finanziarie e non finanziarie, introducendo tra l'altro il nuovo articolo 162-*bis* del TUIR, anche al fine di definire l'ambito soggettivo della disciplina degli interessi passivi dettata dalla ATAD 1.

⁵ La disciplina "anti-ibridi", a differenza di quella antielusiva, non ha infatti un *benchmark* normativo di riferimento che possa dirsi "aggirato".

Si recepiscono in tal modo gli effetti del processo di riforma della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, avviato dal decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, e concluso con l'emanazione del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 136, recante l'attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni delle banche e degli altri istituti finanziari.

Sebbene non espressamente previste dalla direttiva, tali disposizioni sono apprezzabili perché restituiscono certezza agli operatori in merito alla corretta individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione anche delle norme (non contemplate dalla direttiva) in materia di trattamento delle perdite fiscali, di accantonamento al fondo svalutazione crediti, di addizionale all'IRES e in materia di IRAP.