

Il contrasto alle pratiche di elusione fiscale nell'attuazione delle Direttive ATAD

di GIUSEPPE CORASANITI

Il D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142 (pubblicato in G.U. n. 300 del 28 dicembre 2018 ed entrato in vigore il 12 gennaio 2019, salvo alcune disposizioni) è stato emanato in attuazione della legge 25 ottobre 2017, n. 163 (legge di delegazione europea), al fine di recepire la 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 (cd. ATAD 1), come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017, relativamente ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi (cd. ATAD 2).

Come noto, la direttiva ATAD 1 nasce dall'esigenza di stabilire norme per rafforzare il livello medio di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno e si pone in continuità con le attuali priorità politiche di fiscalità internazionale, che evidenziano la necessità di assicurare che l'imposta sia versata nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati.

Tali obiettivi politici sono stati tradotti in raccomandazioni di azioni concrete nel quadro dell'iniziativa contro l'erosione della base imponibile e il trasferimento degli utili (BEPS) dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE). La direttiva ATAD 1 adotta un approccio strategico, al fine di impedire una frammentazione del mercato e porre fine ai disallineamenti e alle distorsioni del mercato attualmente esistenti, pur limitandosi a dettare disposizioni di carattere generale, lasciando il compito dell'attuazione agli Stati membri, che si trovano in una posizione migliore per definire gli elementi specifici di tali norme secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi di imposizione delle società.

In tale ottica, la direttiva si pone l'obiettivo di creare un livello minimo di protezione per il mercato interno in settori specifici: limiti sulla deducibilità degli interessi, imposizione in uscita, norma generale antiabuso, norme sulle società controllate estere e norme per contrastare i disallineamenti da ibridi.

Con il D.Lgs. n. 142 del 2018 si dispongono le norme di attuazione volte a recepire tale direttiva, rilevando, sin da subito, che l'adozione delle stesse è effettuata nella considerazione che l'ordinamento tributario italiano già dispone di norme nei settori specifici indicati dalla direttiva ATAD 1, ad esclusione di quelle volte a contrastare i disallineamenti da ibridi.

Proprio in tale considerazione si è ritenuto di non disporre in merito alla norma generale antiabuso in quanto l'attuale formulazione dell'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto del contribuente) recante la disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale appare conforme al testo dell'articolo 6 della direttiva ATAD 1.

Ciò trova conferma nella circostanza che le disposizioni della direttiva sono identiche a quelle della direttiva Madre-Figlia n. 2015/121/UE del 27 gennaio 2015, attuata, ai sensi del comma 5 dell'art. 27-bis del D.P.R. n. 600/1973, proprio con l'art. 10-bis dello Statuto del contribuente.

L'articolo 1 del D.Lgs. n. 142 del 2018 recepisce nel nostro ordinamento l'articolo 4 della Direttiva con il quale vengono disposte limitazioni alla deducibilità degli interessi passivi. Per effetto di tale recepimento viene sostituito il testo dell'articolo 96 del TUIR con un nuovo testo allineato alle indicazioni contenute nella Direttiva e vengono introdotte disposizioni finalizzate a disciplinare la transizione dalla precedente alla nuova normativa. Con gli articoli 2 e 3 del D.Lgs. n. 142/2018 è recepito l'art. 5 della Direttiva ATAD concernente l'imposizione in uscita.

A tal fine, è sostituito l'art. 166 del TUIR, con una disposizione che fornisce una disciplina completa della materia, 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, 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 D.M. 2 luglio 2014 è implicitamente abrogato, al co. 2 dell'art. 2 si fanno salvi gli effetti derivanti dall'applicazione del Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 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 per la rateazione.

La nuova disciplina si discosta dalla precedente, oltre che per un più esteso ambito oggettivo di applicazione, anche per altri aspetti diversamente disciplinati dalla Direttiva, quali:

- i) l'introduzione del concetto di valore di mercato, in sostituzione del valore normale, ai fini della determinazione della plusvalenza in uscita;
- ii) la riduzione da sei a cinque del numero delle rate in caso di rateizzazione delle imposte;
- iii) l'eliminazione della possibilità di fruire della sospensione del versamento delle imposte.

La sezione I del capo III del D.Lgs. n. 142/2018 recepisce nel nostro ordinamento gli artt. 7 e 8 della Direttiva (UE) 2016/1164, con i quali sono innovate le norme sulla disciplina delle società controllate residenti (*Controlled Foreign Companies, CFC*) in Paesi a regime fiscale privilegiato.

Per effetto di tale recepimento è sostituito l'art. 167 del TUIR, che già disciplinava la suddetta materia, con un nuovo testo uniformato alle indicazioni contenute nella suddetta Direttiva.

La finalità della norma è quella di evitare che i soggetti con società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata possano attuare pratiche di pianificazione fiscale in virtù delle quali trasferiscano ingenti quantità di utili dalla società controllante - soggetta ad elevata fiscalità - verso le società controllate soggette, invece, a tassazione ridotta.

A tal fine, la disciplina CFC prevede l'imputazione per trasparenza al soggetto residente nel territorio dello Stato italiano dei redditi conseguiti dal soggetto controllato non resi-

dente, anche in assenza di effettiva distribuzione di utili, qualora lo stesso sia assoggettato a tassazione privilegiata.

La Direttiva ha previsto due approcci differenti per l'applicazione della CFC *rule*:

- l'approccio *transactional*, o per categorie di reddito, che prevede l'imputazione al contribuente residente dei redditi non distribuiti dalla CFC, rientranti fra i *passive income*, di cui all'art.7, co.4, lett. b), della Direttiva. Nell'ambito di tale approccio la Direttiva consente di non applicare la relativa disciplina, se non oltre un terzo di tali redditi rientri nelle categorie dei *passive income*;
- l'approccio *jurisdictional*, il quale dispone l'imputazione al contribuente residente dei redditi non distribuiti dell'entità derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale rinveniente dall'ubicazione in un Paese a fiscalità privilegiata.

Al 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, il Legislatore ha deciso di adottare un approccio "misto" 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*.

La nozione di controllo individuata dal nuovo art. 167, co. 2 TUIR, ha rilevanza anche ai fini della disciplina della tassazione dei dividendi e delle plusvalenze provenienti da paesi a fiscalità privilegiata e ciò ha reso necessario intervenire anche sulla disciplina relativa a tali componenti di reddito.

La modifica intervenuta nei requisiti per l'applicazione della CFC *rule* ha reso, inoltre, necessario prevedere un'apposita disposizione, introdotta tramite l'art. 47-bis del TUIR, nella quale sono previsti criteri specifici per l'individuazione dei paesi a fiscalità privilegiata laddove non sussistono i requisiti per l'applicazione della disciplina CFC.

Il nuovo art. 47-bis introduce un diverso requisito per l'individuazione dei Paesi a fiscalità privilegiata, facendo riferimento al livello di tassazione effettivo o a quello nominale, a seconda che la partecipazione sia o non sia di controllo, secondo la stessa nozione valevole ai fini della disciplina CFC.

Tale diverso trattamento deriva dall'opportunità di prevedere un criterio semplificatorio, quello dell'aliquota nominale, per l'individuazione del livello di tassazione in caso di partecipazioni non di controllo per le quali risulta più complesso, per il partecipante, reperire le informazioni necessarie a determinare il livello di tassazione effettivo.

Le disposizioni del d.lgs. n. 142 del 2018, relative al contrasto ai disallineamenti ibridi, implementano nel sistema tributario italiano le previsioni della Direttiva (UE) 2016/1164 nella versione risultante dalle modifiche apportate dalla Direttiva (UE) 2017/952 del 29 maggio 2017.

Per quanto concerne gli *hybrid mismatches* o disallineamenti da ibridi, i *report* di riferimento sono rappresentati dal Report OCSE 2015, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* e dal Report OCSE 2017, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*.

L'Unione Europea ha contribuito attivamente e sin dal principio ai lavori dell'OCSE relativi al progetto BEPS. Dando seguito ai lavori OCSE, il Consiglio ha approvato, in data 12 luglio 2016, la Direttiva (UE) 2016/1164 (ATAD 1), come, per l'appunto, modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952, al fine di estendere l'ambito oggettivo della disciplina anti ibridi. Le menzionate direttive rappresentano lo strumento normativo di riferimento per l'implementazione a livello europeo delle misure di riforma previste dal progetto BEPS.

Le misure *anti-hybrid* del Decreto in esame mirano a contrastare gli effetti di doppia deduzione ovvero di deduzione senza inclusione, derivanti da conflitti nella qualificazione di strumenti finanziari, pagamenti, entità, stabili organizzazioni o dall'allocazione dei pagamenti.

È, inoltre, oggetto di contrasto l'ottenimento di un indebito credito per le imposte estere originato dallo sfruttamento di un disallineamento concernente uno strumento finanziario. L'art. 6 del Decreto fornisce le definizioni rilevanti ai fini dell'applicazione delle disposizioni *anti-hybrid*.

Il disallineamento rilevante ai fini dell'applicazione delle norme *anti-hybrid* è rappresentato da un effetto fiscale che può avere differenti manifestazioni: la “*doppia deduzione*” ovvero sia “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; ovvero la “*deduzione senza inclusione*” ovvero sia “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 giurisdizione del beneficiario”.

Di assoluta rilevanza ai fini dell'applicazione delle disposizioni *anti-hybrid* appare il concetto di entità che, nella prospettiva fiscale, può essere trattata come autonomo soggetto passivo d'imposta (entità opaca) ovvero come trasparente ai fini fiscali.

L'art. 6, comma 1, lett. i), del Decreto definisce l'“*entità ibrida*” come “qualsiasi entità o accordo che in base alla legislazione di uno Stato è considerato un soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi e i cui componenti positivi e negativi di reddito sono considerati componenti positivi e negativi di reddito di un altro o di altri soggetti passivi a norma delle leggi di un'altra giurisdizione”.

L'art. 6, comma 1, lett. r), del Decreto descrive le fattispecie che danno origine agli effetti fiscali oggetto di contrasto.

In particolare, sono individuate le seguenti categorie di disallineamento da ibridi:

- (a) i disallineamenti derivanti dai componenti negativi di reddito correlati ad uno strumento finanziario ovvero ad un trasferimento ibrido;
- (b) i disallineamenti originati dalle differenze nell'allocazione dei componenti positivi di reddito relativi a flussi finanziari diretti a favore entità ibride;
- (c) i disallineamenti originati dalle differenze nell'allocazione dei componenti positivi di reddito relativi a flussi finanziari diretti a una stabile organizzazione;
- (d) i disallineamenti originati dalle differenze nell'allocazione dei componenti positivi di reddito relativi a flussi finanziari diretti ad una stabile organizzazione sconosciuta;
- (e) i disallineamenti da ibridi risultanti da componenti negativi di reddito sostenuti da un'entità ibrida;
- (f) i disallineamenti da ibridi risultanti da componenti negativi di reddito correlati a pagamenti nozionali tra la sede centrale e la stabile organizzazione o tra due o più stabili organizzazioni;
- (g) i fenomeni di doppia deduzione risultanti da componenti negativi di reddito sostenuti da un'entità ibrida o da una stabile organizzazione.

L'articolo 9 del Decreto prevede una misura di contrasto ai disallineamenti da ibridi cosiddetti “*inversi*”, che corrispondono a casi di “*deduzione senza inclusione*” derivanti dall'attribuzione di componenti positivi di reddito ad entità considerate trasparenti ai fini della legge dello Stato di localizzazione dell'entità e opache ai fini della legge dello Stato di localizzazione dei soggetti che detengono un interesse rilevante nell'entità.

In tali casi, è fondamentale valutare se i soci non residenti sono considerati contribuenti dello Stato di residenza o dello Stato in cui si trova l'entità.

L'articolo 10 del Decreto 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 disciplina gli 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.

Viene dunque sancita la necessità di un contraddittorio preventivo tra contribuente e amministrazione rispetto all'emissione dell'avviso di accertamento. La richiesta di chiarimenti deve essere notificata al contribuente entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo. 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.

L'art. 12 del Decreto ha infine introdotto l'art. 162-bis del TUIR, recante la nuova definizione di "intermediari finanziari", rilevante sia ai fini delle imposte sui redditi sia ai fini IRAP, per risolvere taluni dubbi interpretativi sorti in passato con particolare riguardo alle società *holding* industriali. Tale definizione è volta ad attuare la riforma della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, già intrapresa dal D.Lgs. n. 141/2010, e proseguita con l'emanazione del D.Lgs. n. 136/2015, recante l'attuazione della direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari.

Nei precedenti fascicoli, contraddistinti dai numeri 40, 41, e con il presente fascicolo n. 42 della rivista, sono stati pubblicati autorevoli commenti di studiosi e operatori particolarmente attenti a esaminare le ricadute interpretative e applicative dell'importante disciplina introdotta dall'attuazione delle direttive ATAD, che saranno oggetto di un proficuo dibattito nell'ambito del *workshop*, organizzato dalla casa editrice EGEA, il prossimo 19 settembre 2019.