

04

IL FISCO
CHE VERRÀ

IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA ATAD I (COME MODIFICATA DALLA DIRETTIVA ATAD II) DA PARTE DELL'ITALIA



Piergiorgio VALENTE

Valente Associati GEB Partners / Crowe Valente

Il Consiglio dei Ministri ha approvato, durante la seduta dell'8 agosto 2018, lo schema di Decreto Legislativo attuativo della legge di delegazione europea per il recepimento della Direttiva 2016/1164/UE, avente ad oggetto le norme per il contrasto delle pratiche di elusione fiscale incidenti in maniera diretta sul funzionamento del mercato interno, e della Direttiva 2017/952/UE, la quale ha modificato la Direttiva 2016/1164/UE relativamente ai disallineamenti da ibridi.

1

PREMESSA

In data 8 agosto 2018, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di Decreto Legislativo attuativo della legge di delegazione europea per il recepimento della Direttiva 2016/1164/UE, recante le norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, e della Direttiva 2017/952/UE relativa ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi.

La Direttiva 2016/1164/UE (c.d. "**ATAD I**") disciplina le pratiche di elusione fiscale incidenti direttamente sul funzionamento del mercato interno. L'ATAD I è stata approvata il 12 luglio 2016 dal Consiglio dell'Unione Euro-

pea, a seguito della proposta presentata dalla Commissione Europea nell'ambito del c.d. "**pacchetto antielusione**" [COM(2016) 26]¹. Tale Direttiva è stata successivamente modificata dalla Direttiva 2017/952/UE (c.d. "**ATAD II**") avente ad oggetto le norme relative ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi².

Obiettivo delle disposizioni contenute nelle Direttive ATAD I e ATAD II è quello di **contrastare i sistemi più diffusi di elusione fiscale**, garantendo maggiore protezione agli Stati membri avverso le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva in grado di minare gli equilibri del mercato unico europeo.

La Direttiva 2016/1164/UE è stata pubblicata a seguito degli *input* delineati dall'OCSE in relazione al progetto BEPS³. A conferma di quanto detto, nel considerando n. 2 della

1 Direttiva (UE) 12.7.2016 n. 1164.

2 Direttiva (UE) 29.5.2017 n. 952.

3 Sul tema, con particolare riguardo al Progetto BEPS, cfr. Valente P. "Elusione Fiscale Internazionale", Milano, 2014, p. 1904 ss.; OCSE "Addressing Base Erosion and Profit Shifting" del 12.2.2013.

Direttiva ATAD I si legge: "(è) essenziale per il corretto funzionamento del mercato interno che gli Stati membri attuino come minimo i loro impegni in materia di BEPS e, più in generale, prendano provvedimenti per scoraggiare le pratiche di elusione fiscale e garantire un'equa ed efficace imposizione nell'Unione in modo sufficientemente coerente e coordinato".

Il Consiglio UE, preso atto della diversità dei regimi di tassazione presenti nei 28 Stati membri, ha ritenuto doveroso stabilire **linee guida normative comuni tali da contrastare il fenomeno del c.d. "aggressive tax planning"**⁴.

Proprio in considerazione della diversità dei regimi di imposta sulla società presente negli Stati membri⁵, entrambe le Direttive contengono norme generali volte a:

- consentire ai Paesi appartenenti all'Unione Europea di scegliere gli strumenti più adeguati per attuare tali previsioni normative⁶;
- definire le disposizioni specifiche necessarie per adattare le normative nazionali alle disposizioni europee.

Appare evidente come le Direttive in questione si collocano in un contesto preordinato all'**armonizzazione dei regimi fiscali** presenti negli Stati membri.

L'armonizzazione delle legislazioni in materia fiscale persegue il duplice obiettivo di:

1. garantire, ad ognuno dei 28 Stati apparte-

nenti all'Unione Europea, un livello minimo di protezione avverso le pratiche di elusione fiscale maggiormente diffuse all'interno del mercato comune;

2. coordinare l'attuazione delle 15 "BEPS Actions", proposte dall'OCSE, necessarie per contrastare il fenomeno del "Base erosion and profit shifting" (cd. "BEPS").

Il progetto di armonizzazione legislativa e di miglioramento del mercato unico europeo ha trovato ulteriore esplicitazione a seguito dell'approvazione della Direttiva ATAD II occupantesi della specifica regolamentazione dei **disallineamenti da ibridi**⁷.

Obiettivo delle norme è quello di eliminare o limitare le situazioni di disallineamento che possano comportare casi di doppia deduzione, conflitti nella qualificazione di strumenti finanziari, pagamenti ed entità ovvero nell'allocazione dei pagamenti⁸.

2

IL CONTENUTO DELLA DIRETTIVA 2016/1164/UE COME MODIFICATA DALLA DIRETTIVA 2017/952/UE

Al fine di adeguare la normativa degli Stati membri dell'Unione Europea ai principi OCSE, enucleati all'interno delle 15 Action in mate-

4 Per ulteriori approfondimenti in merito al fenomeno dell'*aggressive tax planning* cfr. Valente P. "Elusione fiscale internazionale", cit.

5 In merito all'impatto della Direttiva ATAD sui sistemi fiscali europei cfr. Gutmann D., Perdelwitz A., Raingard de la Blétière E. "The impact of the ATAD on domestic systems: a comparative survey", in *European taxation*, Vol. 57, no. 1/2017, p. 2-20.

6 Nel considerando n. 3 della Direttiva 2016/1164/UE del Consiglio UE si evidenzia come "(è) necessario stabilire norme per rafforzare il livello medio di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno. Dal momento che dovrebbero adattarsi a 28 diversi regimi di imposta sulle società, queste norme dovrebbero limitarsi a disposizioni generali e lasciare 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. Tale obiettivo potrebbe essere conseguito creando un livello minimo di protezione per i regimi nazionali di imposta sulle società contro le pratiche di elusione fiscale in tutta l'Unione".

7 Il considerando n. 27 della Direttiva UE 2017/952 specifica come il miglioramento del mercato non può essere "conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri che agiscono individualmente, considerato che i regimi nazionali di imposizione delle società sono eterogenei e che l'azione indipendente degli Stati membri si limiterebbe a riprodurre l'attuale frammentazione del mercato interno nel campo della fiscalità diretta".

8 La Direttiva UE 2017/952 specifica al considerando n. 9 come "(l)le norme sui disallineamenti da ibridi dovrebbero disciplinare le situazioni di disallineamento derivanti da doppia deduzione, da conflitti nella qualificazione di strumenti finanziari, pagamenti ed entità o dall'allocazione dei pagamenti. Poiché i disallineamenti da ibridi potrebbero determinare una doppia deduzione o una deduzione senza inclusione, è necessario stabilire regole secondo le quali lo Stato membro interessato neghi la deduzione di un pagamento, di spese o perdite oppure esiga che il contribuente includa il pagamento nel suo reddito imponibile, secondo i casi. Tali norme, tuttavia, si applicano solo ai pagamenti deducibili e non dovrebbero incidere sulle caratteristiche generali di un regime di imposizione, che si tratti di un sistema classico o di un sistema di imputazione".

ria BEPS, la Direttiva 2016/1164/UE⁹ ha delineato disposizioni normative aventi ad oggetto principalmente:

- la deducibilità degli interessi;
- l'imposizione in uscita (c.d. "exit tax");
- la norma generale antiabuso;
- la disciplina CFC;
- gli strumenti ibridi.

In riferimento alla **deducibilità degli interessi** all'interno di un periodo di imposta, la Direttiva fissa un limite in merito all'importo deducibile. In particolare, gli interessi passivi netti potranno essere dedotti solo entro una percentuale prestabilita, basata sul risultato lordo d'esercizio del contribuente.

La percentuale di deducibilità è fissata al livello più elevato, cioè il 30%, in conformità di quanto disposto dalle raccomandazioni OCSE¹⁰. Agli Stati membri è concesso di escludere, dall'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 4 della Direttiva ATAD I, le imprese finanziarie.

L'imposizione in uscita (c.d. "exit tax") è disciplinata dall'art. 5 della Direttiva in esame. La *ratio* della norma in questione è quella volta a prevenire le pratiche in virtù delle quali i contribuenti perseguono l'obiettivo di ridurre l'onere fiscale trasferendo la propria residenza fiscale e/o i propri *assets* in una giurisdizione a fiscalità più vantaggiosa. La norma, dunque, mira a prevenire l'erosione della base

imponibile nello Stato di origine qualora le plusvalenze non realizzate siano trasferite al di fuori dallo Stato in questione¹¹.

La Direttiva consente al contribuente di dilazionare il pagamento dell'imposta mediante pagamenti rateizzati che vengono ripartiti su un arco temporale di cinque anni.

In relazione alla "**norma generale antiabuso**", introdotta nella Direttiva ATAD I, essa trova la propria *ratio* nella constatazione concernente la costante evoluzione e complessità raggiunta dagli schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Al fine di combattere il fenomeno del c.d. "*aggressive tax planning*", il Consiglio Europeo ha delineato una norma generale antiabuso avente l'obiettivo di includere tutte quelle fattispecie in relazione alle quali non si rinviene una norma antielusione specifica. La "**norma generale antiabuso**" introdotta dall'art. 6 della Direttiva in questione ha, dunque, lo scopo di colmare le eventuali lacune che possono esistere nelle specifiche norme antiabuso nazionali. Al fine di applicare correttamente la disposizione in oggetto è necessario verificare la genuinità delle costruzioni poste in essere dai contribuenti. A tale scopo la Direttiva richiede che gli Stati membri prendano in considerazione la presenza delle c.d. "*valide ragioni commerciali*" che rispecchino la realtà economica¹².

9 Per ulteriori approfondimenti in merito alla Direttiva 2016/1164/UE cfr. Valente P. "Manuale di politica fiscale dell'Unione europea e degli organismi sovranazionali", Eurilink University Press, Roma, 2017.

10 Secondo l'art. 4 della Direttiva 2016/1164/UE "1. 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 (EBITDA) [...]".

11 L'art. 5 della Direttiva 2016/1164/UE dispone "Un contribuente è soggetto ad imposta per un importo pari al valore di mercato degli attivi trasferiti, al momento dell'uscita, meno il loro valore a fini fiscali, in una delle seguenti situazioni:

- (a) un contribuente trasferisce attivi dalla sua sede centrale alla sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo;
- (b) un contribuente trasferisce attivi dalla sua stabile organizzazione situata in uno Stato membro alla sua sede centrale o a un'altra stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un paese terzo;
- (c) un contribuente trasferisce la sua residenza fiscale in un altro Stato membro o in un paese terzo, ad eccezione degli attivi che rimangono effettivamente collegati a una stabile organizzazione situata nel primo Stato membro;
- (d) un contribuente trasferisce la sua stabile organizzazione al di fuori di uno Stato membro. [...]

12 In relazione a quanto disposto dall'art. 6 della Direttiva 2016/1164/UE "1. Ai fini del calcolo dell'imposta dovuta sulle società, gli Stati membri ignorano 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. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte.

2. Ai fini del paragrafo 1, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non è stata posta in essere per valide ragioni commerciali che riflettono la realtà economica.

3. Quando le costruzioni o una serie di costruzioni sono ignorate a norma del paragrafo 1, l'imposta dovuta è calcolata con riferimento alla sostanza economica in conformità al diritto nazionale".

L'art. 7 disciplina le norme che gli Stati membri dovrebbero adottare in merito alle **società estere controllate** (CFC). La disposizione in questione – avente quale effetto la riattribuzione, ai fini fiscali, dei redditi prodotti dalla controllata estera alla casa madre – persegue l'obiettivo di contrastare le pratiche attraverso le quali ingenti quantità di redditi sono trasferiti dalla casa madre alla *subsidiary* situata in un Paese a tassazione ridotta.

I limiti previsti all'applicazione dell'art. 7 della Direttiva riguardano nello specifico:

- 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 imponibile¹³.

Particolare rilevanza rivestono le problematiche relative ai **disallineamenti da ibridi**. La differente qualificazione che può essere attribuita a tali strumenti dalle diverse giurisdizioni può comportare la creazione di

fenomeni di doppia deduzione con conseguente doppia non-imposizione. Per tale motivo risulta importante che 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 coinvolto¹⁴. Le norme sui disallineamenti da ibridi perseguono, dunque, il fine di assicurare che l'elemento di reddito non vada incontro a una doppia esenzione (o a una doppia deduzione)¹⁵.

In data 29 maggio 2017 è stata pubblicata la Direttiva 2017/952/UE (c.d. "**ATAD II**")¹⁶ avente l'obiettivo di modificare la Direttiva ATAD I. Scopo di tale iniziativa legislativa è stato quello di introdurre norme volte a disciplinare la problematica dei disallineamenti da ibridi con i regimi di imposizione dei Paesi *extra-UE*, individuando, quale termine per il recepimento da parte degli Stati membri, il 1° gennaio 2020¹⁷.

La Direttiva 2017/952/UE sostituisce l'art. 9 relativo ai disallineamenti da ibridi presente

Per ulteriori approfondimenti sul tema cfr. Valente P. "«Costruzione genuina» e «sostanza economica» nei principi comunitari", *il fisco*, 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".

13 Secondo l'art. 7 della Direttiva 2016/1164/UE "1. Lo Stato membro di un contribuente tratta un'entità o una stabile organizzazione i cui utili non sono soggetti ad imposta o sono esenti da imposta in tale Stato membro come una società controllata estera se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

a) nel caso di un'entità, il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese associate, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50 per cento dei diritti di voto o possiede direttamente o indirettamente oltre il 50 per cento del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50 per cento degli utili di tale entità; e

b) l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione è inferiore alla differenza tra l'imposta sulle società che sarebbe stata applicata all'entità o alla stabile organizzazione nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente e l'imposta sulle società realmente versata sui suoi utili dall'entità o dalla stabile organizzazione.

Ai fini del primo comma, lettera b), la stabile organizzazione di una società controllata estera che non è soggetta ad imposta o è esente da imposta nella giurisdizione della società controllata estera non è presa in considerazione. Inoltre, per imposta sulle società che sarebbe stata applicata nello Stato membro del contribuente si intende l'imposta calcolata secondo le norme dello Stato membro del contribuente [...]."

14 L'art. 9 della Direttiva 2016/1164/UE, nella formulazione precedente all'approvazione della Direttiva ATAD II, disponeva: "1. 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.

2. Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento".

15 Per ulteriori approfondimenti in relazione alla doppia non imposizione dovuta agli ibridi, cfr. Parada L. "Double non-taxation and the use of hybrid entities: an alternative approach in the new era of BEPS", *Kluwer Law International*, 2018.

16 Per ulteriori approfondimenti sulla Direttiva ATAD II, cfr. Balco T. "ATAD 2: Anti-Tax Avoidance Directive", *European taxation*, Vol. 57, no. 4/2017; p. 127-136; Fibbe, G.K., Stevens, A.J.A. "Hybrid mismatches under the ATAD I and II", *EC tax review*, Vol. 26, no. 3/2017, p. 153-166; Bosco L., Sanna C. "Le disposizioni di contrasto alle strutture ibride", in *questa Rivista*, 3, 2017, p. 112-125.

17 L'introduzione di tale modifica risiede nella necessità avvertita da parte dell'Unione Europea di impedire che i disallineamenti da ibridi possano determinare una doppia deduzione o una deduzione senza inclusione stabilendo regole volte a negare, da parte di uno Stato Membro, la deduzione di un pagamento, di spese o perdite oppure esigere che il contribuente includa il pagamento nel suo reddito imponibile.

nella versione originaria della Direttiva ATAD I e introduce due nuovi articoli: l'art. 9-*bis* ("Disallineamenti da ibridi inversi") nonché l'art. 9-*ter* ("Disallineamenti da residenza fiscale"). Nello specifico l'art. 9 prevede due distinte fattispecie da disallineamento da ibridi con riferimento alla:

- **doppia deduzione** (art. 9, § 1);
- **deduzione senza inclusione** (art. 9, § 2).

Il § 1 dell'art. 9 dispone che qualora il disallineamento da ibridi determini una doppia deduzione, ad essere negata sarà quella posta in essere nello Stato membro corrispondente alla giurisdizione dell'investitore (lett. a). Qualora non fosse negata dalla giurisdizione dell'investitore, la deduzione in questione dovrà essere negata nello Stato membro corrispondente alla giurisdizione del pagatore (lett. b).

Il § 2 del medesimo articolo disciplina la fattispecie degli ibridi che determinano una deduzione senza inclusione. In tali casi la norma prevede la negazione della deduzione nello Stato membro corrispondente alla giurisdizione del pagatore (lett. a) e, solo qualora tale Stato membro non la negasse, l'importo del pagamento che altrimenti genererebbe un disallineamento è incluso nel reddito nello Stato membro corrispondente alla giurisdizione del beneficiario (lett. b).

L'art. 9-*bis* introduce i disallineamenti da **ibridi inversi** disponendo 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. La Direttiva ATAD

Il esclude l'applicazione di tale disposizione agli organismi di investimento collettivo.

Infine, la Direttiva 2017/952/UE inserisce *ex novo* l'art. 9-*ter* rubricato "**Disallineamenti da residenza fiscale**". L'articolo in questione dispone la negazione della deduzione da parte dello Stato membro del contribuente qualora la 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 e solo qualora l'altra giurisdizione consente che la doppia deduzione sia compensata a fronte di reddito non rientrante in quello da doppia inclusione. Nel caso in cui entrambe le giurisdizioni siano Stati membri, la deduzione è negata dallo Stato membro in cui il contribuente non è considerato residente ai sensi della Convenzione contro la doppia imposizione tra i due Stati membri in questione. Stante l'obbligo di recepimento della Direttiva 2016/1164/UE, previsto dall'art. 11 entro il 31 dicembre 2018, l'Italia in data 8 agosto 2018 ha approvato lo schema di Decreto Legislativo volto all'attuazione della Direttiva in questione come modificata dalla Direttiva 2017/952/UE.

3

LO SCHEMA DI DLGS. RECANTE LE NORME DI ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE ATAD I E ATAD II

Lo schema di Decreto Legislativo costituisce uno dei provvedimenti normativi necessari al recepimento della Direttiva 2016/1164/UE, avente ad oggetto le norme contro le pratiche di elusione fiscale, e della Direttiva 2017/952/UE che ha modificato la precedente del 2016 introducendo la nuova disciplina relativa ai disallineamenti da ibridi.

L'obiettivo del legislatore italiano è quello adeguarsi a quanto richiesto dalle Direttive europee armonizzando la normativa domestica a quella degli Stati membri. In particolare, si intende creare un livello minimo di protezione per il mercato interno in confor-

mità, non solo a quanto previsto dalla normativa europea ma, altresì, a quanto previsto dall'OCSE in relazione al progetto volto a contrastare il fenomeno BEPS.

Il recepimento della normativa europea inciderà sulla legislazione nazionale intervenendo su diversi aspetti tra cui si annoverano: **la deducibilità degli interessi passivi, l'imposizione in uscita e le CFC.**

Occorre rilevare come il Decreto Legislativo, volto al recepimento delle Direttive, tiene conto della circostanza per cui l'ordinamento tributario italiano già dispone di norme nei settori specifici indicati dalla Direttiva ATAD I, ad eccezione delle normative volte a contrastare i disallineamenti da ibridi le quali dovranno essere inserite *ex novo*¹⁸.

Nello specifico, il recepimento all'interno del Decreto Legislativo dell'art. 4 della Direttiva 2016/1164/UE in merito alla **deducibilità degli interessi passivi** andrà ad incidere sulla disciplina di cui all'art. 96 del TUIR. Le modifiche della disciplina in questione avranno principalmente ad oggetto:

- la sostituzione del ROL contabile con il **ROL fiscale**. Come evidenziato nella Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo il ROL contabile è calcolato assumendo le voci che lo compongono nella loro quantificazione contabile. Nel ROL fiscale *"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"*;
- l'applicazione dei **limiti di deducibilità**,

previsti dall'art. 96 del TUIR, anche agli **interessi passivi e oneri finanziari assimilati capitalizzati**;

- la **compensazione** degli interessi passivi sia con gli interessi attivi di periodo che con l'eventuale eccedenza di interessi attivi riportati da periodi di imposta precedenti.

Il recepimento della norma di cui all'art. 5, avente ad oggetto l'*"imposizione in uscita"*, comporta la sostituzione degli artt. 166 e 166-bis del TUIR 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**¹⁹.

In conformità a quanto previsto dalla Direttiva, l'imposizione in uscita verrà estesa anche ai trasferimenti di attivi verso stabili organizzazioni per le quali è stata esercitata l'opzione per la *branch exemption* ex art. 168-ter del TUIR.

Le norme dovranno adeguarsi ai nuovi aspetti previsti della Direttiva. Trattasi nello specifico:

- dell'introduzione del **concetto di valore di mercato**, il quale dovrà sostituire quello di valore normale;
- della riduzione da 6 a 5 del numero delle rate in caso di **rateizzazione** delle imposte;
- dell'**eliminazione della possibilità di fruire della sospensione del versamento delle imposte.**

In merito alla disciplina avente ad oggetto le norme relative alle **società controllate estere** (CFC) nei Paesi a fiscalità privilegiata, l'art. 167 del TUIR verrà sostituito da una nuova previsione normativa conforme alle indicazioni

18 Nella Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo il legislatore italiano specifica che mediante tale atto avente forza di legge: *"[...] 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"*. La Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo è consultabile al seguente link: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/La_Relazione_Illustrativa_.pdf.

19 Nella Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo si legge come il recepimento della Direttiva in questione comporta la sostituzione dell'art. 166 del TUIR *"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'articolo 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'articolo 166 del TUIR e, quindi, il citato DM 2 luglio 2014 è implicitamente abrogato, al comma 2 dell'articolo 2 si fanno salvi gli effetti derivanti dall'applicazione del Provvedimento del Direttore 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"*.

ni previste dalle Direttive ATAD I e ATAD II²⁰. Nel documento di Analisi Tecnico-Normativa allo schema di Decreto²¹, il Ministero dell'Economia e delle Finanze evidenzia che "(l)a disciplina CFC 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. Ai fini dell'applicazione della disciplina è necessario che:

- la tassazione effettiva nel Paese di localizzazione del soggetto controllato non residente sia inferiore alla metà di quella a cui sarebbe stato assoggettato in Italia;
- il soggetto controllato realizzi proventi per oltre un terzo derivanti da *passive income*".

La normativa nazionale, al fine di adeguarsi a quanto previsto dalle Direttive europee, dovrà introdurre un nuovo criterio per individuare i soggetti cui applicare la disciplina CFC. Sarà, dunque, necessario **estendere l'ambito soggettivo** non solo all'ipotesi di controllo, diretto o indiretto, di cui

all'art. 2359 c.c.²², ma anche, in conformità a quanto disposto dalla Direttiva, ai casi di partecipazione superiore al 50% agli utili della società controllata.

In relazione alla disciplina della CFC, il Decreto Legislativo dovrà intervenire anche in merito alla modifica relativa alla distribuzione degli utili e del realizzo di plusvalenze/minusvalenze derivanti da cessioni di partecipazioni in società non residenti.

A seguito del recepimento della Direttiva ATAD I, come modificata dalla ATAD II, la normativa italiana dovrà introdurre norme relative al contrasto del disallineamento da ibridi. A differenza di quanto previsto dall'art. 6 della Direttiva ATAD I, il Decreto Legislativo non prevede una norma generale antiabuso. Il motivo che si pone dietro la scelta operata dal legislatore domestico è da rinvenirsi nella circostanza per cui lo Statuto del Contribuente (L. 212/2000), all'art. 10-*bis*, prevede già una norma volta a contrastare il fenomeno dell'abuso del diritto o elusione fiscale che appare essere conforme a quanto previsto dall'art. 6 della Direttiva²³.

20 Come emerge dalla Relazione illustrativa, la Direttiva 2016/1164/UE propone due approcci in merito all'applicazione della CFC *rule*: (i) 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, c. 4, lettera b), della Direttiva; (ii) 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. Nello specifico, 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*".

21 Il documento di Analisi Tecnico-Normativa (c.d. "A.T.N.") è consultabile al seguente link: http://www.governo.it/sites/governo.it/files/ATN_Disallineamento_ibridi.pdf.

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 Nella Relazione Illustrativa al Decreto Legislativo il legislatore ha specificato ulteriormente tale aspetto evidenziando: "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 I. Ciò trova conferma nella circostanza che le disposizioni della Direttiva sono identiche a quella della Direttiva Madre-figlia n. 2015/121/UE del 27 gennaio 2015, attuata, ai sensi del comma 5 dell'art. 27-*bis* del DPR n. 600 del 1973, proprio con l'art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente".

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La complessità dell'attuale sistema fiscale internazionale ha reso necessario proporre iniziative volte alla enucleazione di interventi coordinati in ambito fiscale.

La difficoltà principale, che rende complesso disincentivare le pratiche di "*aggressive tax planning*", è da rivenirsi nello sfruttamento da parte dei contribuenti delle differenze presenti nelle legislazioni fiscali delle diverse giurisdizioni. Pertanto, l'obiettivo comune delle iniziative legislative poste in essere dagli organismi nazionali e sovranazionali è quello di combattere schemi internazionali preordinati all'ottenimento di un risparmio fiscale indebito mediante forme di pianificazione fiscale aggressiva.

Al fine di poter creare un fronte comune per combattere tali situazioni, gli organismi sovranazionali (*i.e.* OCSE, UE) sono intervenuti mediante la previsione di progetti inclusivi volti a fornire risposte coordinate ed efficaci necessarie per arginare

le problematiche relative all'erosione della base imponibile.

Deve considerarsi fondamentale il contributo fornito dagli organismi dell'Unione Europea i quali hanno partecipato in maniera attiva alle iniziative proposte dall'OCSE in merito al progetto BEPS.

Le Direttive ATAD I e ATAD II hanno costituito elemento fondamentale del c.d. "*Anti-Tax Avoidance Package*" in quanto strumento normativo indispensabile per l'implementazione a livello europeo delle misure di riforma previste dal progetto BEPS.

Il recepimento delle Direttive ATAD I e ATAD II all'interno dell'ordinamento italiano, costituisce manifestazione della volontà del legislatore nazionale di adeguarsi, conformemente agli obblighi derivanti dalla stipula di Convenzioni e Trattati, alle iniziative proposte a livello nazionale ed internazionale.

Quanto detto trova fondamento nella necessità di contribuire a disincentivare l'esplorazione di pratiche di elusione fiscale e di pianificazione fiscale aggressiva perseguenti l'obiettivo di alterare gli equilibri del mercato unico europeo.