

# In dirittura di arrivo la Direttiva anti-elusione

## Nuove norme europee per la prevenzione ed il contrasto all'elusione



**Michele Gentile**

Fiduciario Commercialista, Fondatore e Presidente della G & J System SA, Lugano, società di consulenza aziendale

Il 2 agosto 2017, il Senato italiano ha approvato il disegno di legge di delegazione europea 2016-2017, che contiene la delega al Governo per il recepimento dell'attesa Direttiva cd. "anti-elusione". La Direttiva contiene una serie di iniziative legislative e non legislative dell'UE intese a rafforzare le norme contro l'elusione dell'imposta sulle società, per un'imposizione delle imprese nell'UE più equa, semplice ed efficiente.

I. Premessa.....	336
II. La Direttiva anti-elusione .....	336
III. Aree d'intervento.....	337
A. Interessi passivi (limiti alla deducibilità) .....	337
B. Imposizione in uscita (exit tax).....	338
C. Imposizione delle controllate estere (norme CFC).....	338
D. Norma generale antiabuso .....	338
E. Disallineamenti da ibridi .....	338
IV. Conclusioni.....	339

### I. Premessa

La direttiva di delegazione europea, nota anche come Direttiva anti-elusione (o ATAD)[1] raccoglie le raccomandazioni dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), formulate nel 2015, per affrontare il problema dell'erosione della base imponibile e del trasferimento degli utili (*Base Erosion and Profit Shifting* [BEPS]). In particolare per:

- impedire la pianificazione fiscale aggressiva;
- aumentare la trasparenza;
- creare un contesto più equo per le imprese nell'Unione europea (UE).

[1] 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, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32016L1164> (consultato l'08.11.2017).

In ambito tributario, essa codifica una serie di misure giuridicamente vincolanti volte alla prevenzione ed al contrasto delle pratiche elusive, contenute nella cd. "pianificazione fiscale aggressiva", generalmente messa in atto dalle multinazionali. Pertanto è volta ad affrontare quelle situazioni in cui i gruppi societari traggono profitto dalle disparità esistenti fra i sistemi fiscali nazionali, al fine di ridurre il loro onere fiscale complessivo.

Occorre però sottolineare che il vero obiettivo della Direttiva è il superamento delle difformità, oggi presenti, negli ordinamenti domestici dei Paesi dell'UE. Tale obiettivo è l'elemento necessario, non solo per prevenire e contrastare le pratiche elusive poste in essere a livello internazionale dalle imprese (non solo multinazionali), ma anche per facilitare l'espansione internazionale, in ambito UE, delle imprese stesse.

La Direttiva si rivolge alle imprese soggette all'imposta sulle società[2], includendo ovviamente le stabili organizzazioni di soggetti extra UE ed escludendo le persone fisiche.

Il 29 maggio 2017, la Direttiva è stata integrata e modificata con ulteriori norme volte ad affrontare i cd. "disallineamenti da ibridi" derivanti dalla diversa qualificazione, in altrettanti distinti ordinamenti, di strumenti finanziari che possono a volte sottendere apporti di capitale di finanziamento, a volte capitale di rischio con i regimi di imposizione dei Paesi non appartenenti all'UE (cd. "Direttiva anti-elusione modificata")[3].

### II. La Direttiva anti-elusione

L'UE, per combattere la pianificazione fiscale aggressiva, ritiene necessaria, attraverso la Direttiva anti-elusione, l'adozione da parte dei Paesi membri di disposizioni "giuridicamente vincolanti" (con regole opzionali), nei seguenti settori:

[2] Art. 1 Direttiva anti-elusione (nota 1).

[3] Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio, del 29 maggio 2017, recante modifica della Direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A32017L0952> (consultato l'08.11.2017).

- interessi passivi (limitazioni alla deducibilità);
- imposizione in uscita (norme *exit tax*);
- imposizione delle controllate estere (norme per le *Controlled Foreign Companies* [CFC]);
- norma generale antiabuso (clausola generale anti-elusiva);
- norme per contrastare i disallineamenti da ibridi (*hybrid mismatches*).

Il Consiglio europeo, al fine di evitare che la Direttiva si traduca in uno strumento di repressione e di contrasto allo sviluppo economico, ha precisato:

- a. *“ove l'applicazione di tali norme dia luogo a una doppia imposizione, i contribuenti dovrebbero beneficiare di uno sgravio tramite una detrazione dell'imposta versata in un altro Stato membro o in un paese terzo, a seconda del caso. Le norme dovrebbero pertanto mirare non solo a contrastare le pratiche di elusione fiscale, ma anche a evitare la creazione di altri ostacoli al mercato, come la doppia imposizione”*[4];
- b. *“il contribuente dovrebbe avere il diritto di scegliere la struttura più vantaggiosa dal punto di vista fiscale per i propri affari commerciali. È inoltre importante garantire che le norme generali antiabuso si applichino in modo uniforme in situazioni nazionali, all'interno dell'Unione e nei confronti di paesi terzi, così che l'ambito di applicazione e i risultati dell'applicazione in contesti nazionali e transfrontalieri siano identici. Agli Stati membri non dovrebbe essere impedito di imporre sanzioni nei casi in cui è applicabile la norma generale antiabuso. Nel valutare se una costruzione debba essere considerata non genuina, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di prendere in esame tutte le valide ragioni economiche, incluse le attività finanziarie”*[5].

La Direttiva, per conseguire i suoi obiettivi di contrasto al BEPS, attua un livello minimo di protezione del mercato interno, prevedendo azioni di coordinamento normativo tributario, in conformità al principio di sussidiarietà e di proporzionalità di cui all'art. 5 Trattato sull'Unione europea (TUE). Infatti, in questo contesto, l'art. 3, della Direttiva (“livello minimo di protezione”), stabilisce che la stessa 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.

Gli Stati membri avranno tempo fino al 31 dicembre 2018 per recepire la Direttiva anti-elusione nelle loro disposizioni legislative e regolamentari nazionali, ad eccezione delle norme sull'imposizione in uscita (*exit tax*), per le quali avranno tempo fino al 31 dicembre 2019. La Direttiva anti-elusione modificata, che introduce norme che neutralizzano i disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi, dovrà essere applicata, invece, entro il 1° gennaio 2020.

L'Italia è uno fra quei Paesi che ha già in parte recepito alcune raccomandazioni del piano d'azione BEPS[6], come la

[4] Direttiva anti-elusione (nota 1), considerazioni iniziali, punto 5.

[5] Direttiva anti-elusione (nota 1), considerazioni iniziali, punto 18.

[6] Direttiva (UE) 2016/881 del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico

disciplina del *Country-by-Country Reporting*, sempre elaborata dall'OCSE[7].

### III. Aree d'intervento

Le cinque aree d'intervento previste dalla Direttiva anti-elusione per la prevenzione ed il contrasto delle pratiche elusive sono qui riportate[8].

#### A. Interessi passivi (limiti alla deducibilità)

La disposizione vincolante (art. 4) prevede la limitazione della deduzione degli interessi passivi, come definiti al punto 1 dell'art. 2, per un importo non superiore al 30% dell'EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*), escludendo i redditi esenti da imposta dal calcolo dell'EBITDA (cd. *“earning-stripping rule”*).

In deroga il contribuente può ottenere il diritto:

- a. di sostituire il margine di riferimento con l'EBIT (*Earnings Before Interests and Taxes*);
- b. di sostituire, in presenza di un gruppo d'impresa, il margine di riferimento con l'EBITDA consolidato del gruppo;
- c. di dedurre liberamente gli interessi eccedenti, come definiti al punto 2 dell'art. 2, il limite dell'EBITDA, entro una franchigia non superiore a 3'000'000 euro, calcolata a livello di gruppo (cd. *“safe harbour rule”*);
- d. di dedurre integralmente gli interessi passivi, nel caso sia una società indipendente. È un'entità indipendente una società che non è parte di un gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria (bilancio consolidato redatto in conformità ai principi internazionali d'informativa finanziaria [IFRS] o al sistema nazionale di informativa finanziaria di uno Stato membro) e non ha alcuna impresa associata con partecipazioni superiori al 25% del capitale sociale, dei diritti di voto o della quota di partecipazione agli utili, o stabile organizzazione[9];
- e. di dedurre integralmente gli interessi passivi nel caso la società faccia parte di un gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria qualora il rapporto tra il patrimonio netto e le passività della singola società corrisponda al rapporto del gruppo complessivamente considerato (cd. *“equity escape”*).

Gli Stati membri che dispongono di norme mirate di analogo efficacia rispetto alle norme relative ai limiti sugli interessi passivi della Direttiva anti-elusione possono applicarle finché l'OCSE non avrà raggiunto un accordo su una norma minima o comunque al più tardi fino al 1° gennaio 2024[10].

obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, in: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0881> (consultato l'08.11.2017).

[7] Decreto ministeriale (D.M.) del 23 febbraio 2017, Attuazione dell'articolo 1, commi 145 e 146 della Legge (L.) del 28 dicembre 2015, n. 208 e della Direttiva 2016/881/UE del Consiglio, del 25 maggio 2016, recante modifica della Direttiva 2011/16/UE, per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale, in: Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 56, dell'8 marzo 2017.

[8] Direttiva anti-elusione (nota 1), cap. II.

[9] Art. 2, punti 4 a) e b), Direttiva anti-elusione (nota 1).

[10] Come ad esempio l'Italia, disposizione ex art. 96 Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), per la deducibilità degli interessi passivi.

### B. Imposizione in uscita (exit tax)[11]

La disposizione vincolante (art. 5) prevede l'imposizione all'uscita degli attivi, calcolata sulla differenza fra il valore normale degli *assets* ed il valore fiscale, quando una società:

- trasferisce attivi dalla sua sede centrale alla sua stabile organizzazione situata in un altro Stato membro o in un Paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della sede centrale non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento;
- 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, nella misura in cui lo Stato membro della stabile organizzazione non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento;
- 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;
- trasferisce le attività svolte dalla sua stabile organizzazione da uno Stato membro a un altro Stato membro o a un Paese terzo, nella misura in cui lo Stato membro della stabile organizzazione non abbia più il diritto di tassare gli attivi trasferiti a seguito del trasferimento.

Per l'*exit tax* in tema di stabile organizzazione, le disposizioni anti-elusive sono già state recepite dal Governo italiano nella cd. "*branch exemption*" (possibilità di optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili organizzazioni all'estero)[12].

In determinati casi vi è il diritto di dilazionare gli importi mediante pagamenti parziali in un arco di tempo di 5 anni[13].

### C. Imposizione delle controllate estere (norme CFC)

La Direttiva anti-elusione prevede la presenza di due elementi sostanziali in tema di CFC:

- un controllo superiore al 50% nel capitale sociale, nei diritti di voto e nella partecipazione agli utili;
- il non assoggettamento dell'ente estero, nel proprio Paese di residenza, ad una tassazione inferiore al 50% della tassazione effettiva, alla quale sarebbe stato soggetto applicando le disposizioni tributarie del Paese di residenza della controllante.

Qualora tali presupposti risultino verificati, occorre distinguere fra enti controllati esteri che:

- svolgono una sostanziale attività economica nel Paese di residenza (presenza di *assets*, personale ed insediamento proprio). In tal caso, gli Stati membri possono prevedere dei valori-soglia, al di sotto dei quali la CFC non trova applicazione. In particolare, potranno essere esclusi dalla disciplina CFC gli enti che realizzano un utile di bilancio non superiore a 750'000 euro o non superiore al 10% dei costi operativi. Il superamento di tali parametri viene però considerato come una presunzione semplice, quindi il soggetto controllante potrà dimostrare la non elusività del rapporto;
- svolgono solo attività che comportano il conseguimento dei cd. "*passive income*"[14], in questo caso limitatamente ad alcune categorie di redditi la presunzione è *juris et de jure*, pertanto senza possibilità di dimostrare che l'operazione non è elusiva.

### D. Norma generale antiabuso

La disposizione generale antiabuso, contenuta nell'art. 6, è conforme al modello GAAR (*General Anti-Avoidance Rule*)[15].

L'abuso di diritto si realizza con il compimento di operazioni prive di sostanza economica o di valide ragioni, che pur rispettando formalmente la normativa fiscale applicabile, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.

Il contrasto a tali operazioni deve essere attuato in modo da non comportare ostacoli al mercato e nel pieno rispetto del diritto del contribuente di scegliere la struttura più vantaggiosa, dal punto di vista fiscale, per i propri affari commerciali.

### E. Disallineamenti da ibridi

I disallineamenti da ibridi consistono in situazioni di doppia non imposizione derivanti dalla diversa qualificazione, in altrettanti distinti ordinamenti, di strumenti finanziari che possono a volte sottendere apporti di capitale di finanziamento, a volte capitale di rischio. Si realizzano per la diversa qualificazione giuridica che i flussi di pagamento o determinate entità assumono nei diversi Stati.

Le strutture ibride generalmente rientrano in:

- schemi di doppia deduzione, ossia strutture tramite le quali una deduzione fiscale derivante dal medesimo obbligo contrattuale è pretesa in due Paesi diversi;
- schemi di deduzione/non inclusione, cioè strutture che danno luogo ad una deduzione in un Paese, tipicamente una deduzione per interessi passivi, ma che ne eludono la corrispondente inclusione nel reddito imponibile in un altro Paese;
- schemi che comportano la generazione artificiosa di crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero, come strutture che generano crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero altrimenti non spettanti, almeno non nella stessa misura, o non spettanti se non in presenza di un correlativo maggior reddito imponibile estero.

[11] Negli ordinamenti tributari l'imposizione in uscita ha la funzione di garantire che quando un contribuente trasferisce attivi o la propria residenza fiscale al di fuori della giurisdizione fiscale di uno Stato, detto Stato assoggetta ad imposta il valore economico di qualsiasi plusvalenza creata nel suo territorio, anche se tale plusvalenza non è ancora stata realizzata al momento dell'uscita.

[12] Infatti, nella normativa italiana, si ha un caso di perdita della potestà impositiva da parte della casa madre nel caso di opzione per la *branch exemption*.

[13] Art. 5, comma 1, lett. b) Direttiva anti-elusione (nota 1).

[14] Interessi, dividendi, *royalties*, canoni di locazione finanziaria, attività bancaria, assicurativa o finanziaria o mera distribuzione di beni o prestazioni di servizi infragruppo senza creazione di valore aggiunto.

[15] Allineata all'art. 10-bis L. n. 212/2000 (Statuto del contribuente italiano).

Pertanto in questi casi:

- a. uno stesso pagamento che è deducibile in entrambi gli Stati potrà essere dedotto solo nel Paese della fonte;
- b. una deduzione nel Paese di corresponsione, alla quale non consegue l'inclusione nel reddito imponibile nel Paese in cui viene percepito (come nel caso di *profit participating loan*), non sarà deducibile nel Paese del pagatore.

Occorre sottolineare che proprio gli *hybrid mismatches* oggi consentono un maggior risultato nella pianificazione aggressiva del carico tributario a livello internazionale. Pertanto, i disallineamenti da ibridi sono un tema particolarmente complesso, che la Direttiva cerca di regolare attraverso le norme contenute nella Direttiva anti-elusione modificata sopra menzionata, detta anche Direttiva anti-ibridi (o ATAD 2)<sup>[16]</sup>.

### IV. Conclusioni

Nell'ultimo decennio, la difformità di tali principi in ambito internazionale e la particolare interpretazione ed applicazione fatta in alcuni Stati, ha reso estremamente difficile il compito di consigliare ed assistere le imprese, nell'impervio cammino dell'internazionalizzazione.

Le diverse interpretazioni ed applicazioni del principio di non elusività espongono l'impresa a criticità a volte tanto gravi da vanificare le strategie di crescita e di consolidamento economico-patrimoniale.

Pertanto, non possiamo che accogliere favorevolmente la Direttiva anti-elusione quale *corpus* di norme regolatrici in ambito UE e non UE, anche al solo fine dell'uniformità dei principi regolatori aventi carattere anti-elusivo.

---

[16] Cfr. nota 3.