

Disallineamenti da ibridi con Paesi terzi: nuove regole contro l'elusione fiscale

Federico Vincenti e Francesca Pecorari - Valente Associati GEB Partners

Il Consiglio europeo ha adottato una direttiva che regola i disallineamenti da ibridi limitatamente ai Paesi terzi. In particolare, la nuova direttiva prende le mosse dalla consapevolezza che anche i contribuenti dell'Unione europea impegnati in strutture transfrontaliere che coinvolgono Paesi terzi beneficiano dei disallineamenti da ibridi per ridurre le imposte complessive dovute nella UE, con la conseguenza che si avverte l'esigenza di contrastare anche tali forme di disallineamento. Le forme di disallineamento da ibridi nell'ambito dell'Unione europea sono già state, invece, disciplinate dalla direttiva n. 2016/1164/UE.

In data 29 maggio 2017, il Consiglio UE ha adottato una direttiva recante modifica della direttiva n. 2016/1164/UE relativa ai **disallineamenti da ibridi** che coinvolgono i **Paesi terzi**. Tale intervento si pone in linea con le misure previste in ambito europeo ed internazionale di contrasto alle pratiche di **elusione fiscale** che incidono direttamente sul corretto funzionamento del mercato interno e sul principio di libera concorrenza.

Leggi anche [Disallineamenti da ibridi: in arrivo nuove regole](#)

Nell'ambito degli strumenti di contrasto all'erosione della base imponibile e al fine di rendere effettivo il principio per cui ogni società è tenuta a pagare le imposte nel luogo in cui gli utili e il valore vengono generati, il 12 luglio 2016 il Consiglio europeo ha adottato la direttiva n. 2016/1164/UE (cd. "Anti Tax Avoidance Directive" o ATAD I) la cui proposta era stata presentata dalla Commissione europea nell'ambito del cd. Pacchetto antielusione.

Si tratta di un intervento di significativa rilevanza diretto ad impedire le distorsioni del mercato interno attualmente esistenti e a garantire un'efficace ed equa imposizione nell'Unione Europea attraverso un'azione coordinata degli Stati membri.

A tal riguardo, l'Unione Europea ritiene indispensabile creare un **livello minimo di protezione** per i **regimi nazionali di imposta sulle società** contro le pratiche di elusione fiscale, tenendo anche conto di quanto previsto dall'OCSE nell'ambito del Progetto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting).

Risulta dunque necessario stabilire una normativa chiara e precisa contro il fenomeno di erosione della base imponibile nel mercato interno al fine di evitare che le imprese multinazionali, dopo aver generato profitti su un determinato territorio nazionale, successivamente possano trasferirli verso Stati dove il livello di imposizione è nullo o ridotto.

In tale contesto, si inserisce la direttiva adottata dal Consiglio europeo in data 29 maggio 2017 recante modifica della direttiva n. 2016/1164/UE con lo scopo di regolamentare i disallineamenti da ibridi limitatamente ai Paesi terzi, dato che le forme di disallineamento da ibridi nell'ambito dell'Unione Europea erano già state disciplinate dalla precedente direttiva n. 2016/1164/UE.

In particolare, ci si muove nella consapevolezza che anche i contribuenti dell'Unione Europea impegnati in strutture transfrontaliere che coinvolgono Paesi terzi beneficiano dei disallineamenti da ibridi per ridurre le imposte complessive dovute nell'UE, con la conseguenza che si avverte l'esigenza di contrastare anche tali forme di disallineamento.

La direttiva ATAD I

La direttiva n. 2016/1164/UE “recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno” (cd. ATAD I) è stata approvata dal Consiglio europeo il 12 luglio 2016 sulla base della proposta presentata dalla Commissione europea nell’ambito del cd. Pacchetto antielusione [COM(2016)26].

In linea con gli standards elaborati a livello internazionale, con particolare riferimento ai principi OCSE in materia di BEPS, la direttiva contiene specifiche disposizioni relative alla deducibilità degli interessi, all’exit tax, alla norma generale antiabuso, alla disciplina CFC e agli strumenti ibridi.

Come emerge dal Considerando n. 5, qualora dall’applicazione di tali norme derivi una **doppia imposizione**, ai contribuenti dovrebbe essere riconosciuto 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 impedire la creazione di altri ostacoli al mercato, come la doppia imposizione.

Con riguardo alla **deducibilità degli interessi**, l’art. 4 della direttiva prevede che “gli oneri finanziari eccedenti sono deducibili nel periodo d’imposta in cui sono sostenuti solo fino al 30 per cento degli utili del contribuente al lordo di interessi, imposte, deprezzamento e ammortamento”.

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

La previsione di un’imposizione in uscita di cui all’art. 5 (cd. **exit tax**) risponde all’esigenza di assicurare che qualora un contribuente trasferisca attivi o la propria residenza fiscale al di fuori della giurisdizione fiscale di uno Stato, detto Stato assoggetta ad imposta il valore economico di qualsiasi plusvalenza creata nel suo territorio, anche qualora tale plusvalenza non sia ancora stata realizzata al momento dell’uscita.

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

Al fine di contrastare schemi di pianificazione fiscale aggressiva, l’art. 6 prevede una “**norma generale antiabuso**” in forza della quale si prevede che debba essere ignorata una “costruzione o una serie di costruzioni che, essendo stata posta in essere allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l’oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti”.

Nello specifico, la clausola generale antiabuso:

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

Le disposizioni di cui all’art. 7 sulle **società estere controllate** (CFC), mediante la riattribuzione, ai fini fiscali, dei redditi prodotti dalla controllata estera alla casa madre, si propongono di contrastare quelle pratiche in virtù delle quali ingenti quantità di redditi vengono trasferiti alla “subsidiary” che si trova in un Paese a tassazione ridotta.

La citata norma prevede dei limiti ai fini della sua applicazione, i quali riguardano la percentuale di partecipazione della casa madre nella controllata, l’aliquota d’imposta applicabile nel Paese della controllata, le categorie di redditi coinvolte, le modalità di calcolo della base imponibile.

L’art. 9 disciplina i cd. “**disallineamenti da ibridi**” i quali costituiscono la conseguenza delle

differenze nella qualificazione giuridica degli strumenti ibridi nelle diverse giurisdizioni e “tali differenze emergono quando i sistemi giuridici di due giurisdizioni interagiscono” con l’effetto di portare ad una doppia deduzione ovvero a una doppia non-imposizione.

Per tale ragione 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 coinvolto.

Al riguardo, nel Considerando n. 13 della direttiva in commento si sottolinea l’importanza della prosecuzione dei “lavori sui disallineamenti da ibridi tra Stati membri e paesi terzi, come pure su altri disallineamenti da ibridi, ad esempio quelli che coinvolgono le stabili organizzazioni”.

Disallineamenti da ibridi con Paesi terzi

La nuova direttiva approvata dal Consiglio europeo modifica la direttiva n. 2016/1164/UE relativamente ai disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi.

La proposta relativa alla direttiva in esame era stata approvata dal Consiglio europeo in data 21 febbraio 2017 al fine di neutralizzare gli effetti del disallineamento da ibridi che coinvolgono Paesi terzi, in quanto la direttiva n. 2016/1164/UE disciplina solo quelli derivati dall’interazione fra i regimi di imposizione delle società degli Stati membri.

Come emerge dal considerando n. 5 della proposta di direttiva, il 12 luglio 2016 il Consiglio ECOFIN aveva rilasciato una dichiarazione nella quale chiedeva alla Commissione “di avanzare, entro ottobre 2016, una proposta sui disallineamenti da ibridi che coinvolgono paesi terzi finalizzata all’adozione di norme che siano coerenti con le norme raccomandate dalla relazione dell’OCSE sulla BEPS relativa all’azione 2, al fine di giungere a un accordo entro la fine del 2016”.

L’Azione 2 del Progetto BEPS si pone l’obiettivo di neutralizzare gli effetti dei cd. **hybrid mismatch arrangements**, intesi come strumenti e strategie che mirano a sfruttare le asimmetrie tra i diversi ordinamenti giuridici nazionali al fine di determinare situazioni di vantaggio fiscale indebito.

L’art. 9 della direttiva n. 2016/1164/UE affronta le forme più diffuse di disallineamento da ibridi con riguardo al solo ambito dell’Unione Europea con la conseguenza che si è avvertita l’esigenza di contrastare anche i disallineamenti da ibridi con i Paesi terzi.

In tale contesto, si inserisce la proposta presentata in data 25 ottobre 2016 dalla Commissione europea “recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi” ed approvata dal Consiglio dell’Unione europea il 21 febbraio 2017 (cd. **ATAD II**).

Nello specifico, con la nuova proposta di direttiva l’art. 9 della direttiva n. 2016/1164/UE rubricato “Disallineamenti da ibridi” è stato modificato ed integrato per tenere conto dei Paesi terzi relativamente a strumenti finanziari ed entità ibride.

Il citato art. 9 prevede **due distinte fattispecie** da disallineamento da ibridi con riferimento alla doppia deduzione e alla deduzione senza inclusione, rispettivamente nei paragrafi 1 e 2:

- “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” (art. 9, par. 1, direttiva n. 2016/1164/UE);

- “Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento” (art. 9, par. 2, direttiva n. 2016/1164/UE).

Sul punto, occorre ricordare che una doppia deduzione si verifica quando una deduzione dalla base imponibile dello stesso pagamento, delle stesse spese o perdite avviene sia nello Stato membro in cui il pagamento ha origine, le spese sono sostenute o le perdite sono subite, sia in un altro Stato membro.

Diversamente, si è in presenza di una deduzione senza inclusione quando un pagamento viene dedotto dalla base imponibile nella giurisdizione in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione, a fini fiscali, dello stesso nell'altra giurisdizione.

Per effetto della proposta di modifica della direttiva n. 2016/1164/UE la nuova formulazione di cui all'art. 9 prevede che:

- "Nella misura in cui un disallineamento da ibridi fra Stati membri determini una doppia deduzione dello stesso pagamento, delle stesse spese o perdite, la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto pagamento ha origine, dette spese sono sostenute o dette perdite sono subite";

- "Nella misura in cui un disallineamento da ibridi che coinvolge un paese terzo determini una doppia deduzione dello stesso pagamento, delle stesse spese o perdite, lo Stato membro interessato nega la deduzione di tale pagamento, spesa o perdita, salvo che il paese terzo abbia già provveduto".

In caso di deduzione senza inclusione con un Paese terzo, l'art. 9 stabilisce una disciplina che varia in funzione dell'origine del pagamento. Nello specifico:

- "se il pagamento ha origine in uno Stato membro, detto Stato membro nega la deduzione";

- "se il pagamento ha origine in un paese terzo, lo Stato membro interessato esige dal contribuente l'inclusione di detto pagamento nella base imponibile, salvo che il paese terzo abbia già negato la deduzione o abbia richiesto l'inclusione del pagamento".

Nella risoluzione legislativa del 27 aprile 2017 sulla proposta di direttiva recante modifica della direttiva n. 2016/1164/UE, il Parlamento europeo ha affermato che è "essenziale che le norme sui disallineamenti da ibridi si applichino **automaticamente** ai **pagamenti transfrontalieri** dedotti al pagatore, senza dover dimostrare l'esistenza di un'elusione fiscale, e disciplinino le situazioni di disallineamento derivanti da doppia deduzione, conflitti nella caratterizzazione giuridica di strumenti finanziari, pagamenti ed entità o conflitti nell'allocazione dei pagamenti".

In tal senso, al fine di impedire che i disallineamenti da ibridi possano determinare una doppia deduzione o una deduzione senza inclusione, si è avvertita la necessità di 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.