

Senato della Repubblica
6^a Commissione Finanze e tesoro del Senato

Atto del Governo n. 42
riferito allo schema di decreto legislativo recante
norme contro le pratiche di elusione fiscale

Audizione informale del Condirettore generale dell'Assonime

Ivan Vacca

Roma, 4 ottobre 2018

assonime

Associazione fra le società
italiane per azioni

1. Premessa

In via preliminare, svolgiamo qualche breve considerazione sugli obiettivi della Direttiva n. 2016/1164/UE (c.d. ATAD 1), così come modificata ed integrata dalla Direttiva 2017/952/UE (c.d. ATAD 2) – d’ora in poi, anche per brevità, “la direttiva” o “ATAD” – e sulle misure che essa adotta per raggiungere questi obiettivi. Si tratta di un riscontro opportuno, quanto meno per formulare, con maggior cognizione di causa, un giudizio attendibile sull’idoneità dello schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 9 agosto c.a. ad attuare correttamente tale direttiva.

Come è noto, la direttiva persegue lo scopo di difendere le basi imponibili degli Stati membri da fenomeni di erosione che pregiudicherebbero il principio di fondo enunciato nella Comunicazione della Commissione del 25 ottobre 2016 – COM (2016)687 – di *“far sì che tutte le imprese operanti nell’Unione paghino le tasse nel luogo in cui gli utili e il valore vengono generati”* e, sotto questo profilo, di garantire il corretto funzionamento del mercato interno. Va preso atto, al riguardo, che il mercato europeo è un mercato atipico che, per un verso, si presenta come un grande mercato unico, caratterizzato dai principi di libertà di stabilimento e di libera circolazione di merci, capitali e servizi; mentre, per un altro verso, risulta “frazionato” in sistemi fiscali differenti, di rilievo strettamente nazionale. Sicché l’erosione delle basi imponibili che la direttiva in esame intende contrastare riguarda non solo quella derivante dai rapporti dei contribuenti dell’UE con Stati terzi, ma anche quella che si verifica all’interno dell’UE; nei rapporti, cioè, intercorrenti fra contribuenti di Stati membri. E questo spiega anche il motivo per cui si sia fatto ricorso allo strumento della direttiva, in conformità al principio di sussidiarietà, evitando l’introduzione di misure nazionali non coordinate, che avrebbero prodotto ulteriori inefficienze e distorsioni sul mercato unico.

Le erosioni di cui la direttiva si occupa vanno ricondotte a tre distinte fattispecie, ben individuate dalla Comunicazione sulla trasparenza – COM (2015)136 – del 18 marzo 2015. Si tratta: a) delle elusioni realizzate *“estendendo al massimo l’interpretazione di ciò che è legale per ridurre al minimo la contribuzione fiscale complessiva”*; b) delle *“tecniche di pianificazione fiscale aggressiva”* utilizzate da società che *“sfruttano le lacune giuridiche dei sistemi fiscali e i disallineamenti tra le norme nazionali per evitare di pagare la loro giusta quota di tasse”* e c) dei regimi fiscali *“di favore adottati da molti Paesi anche in funzione di competizione fiscale sleale per attrarre basi imponibili altrui”*.

La prima fattispecie deve essere contrastata attraverso una clausola antiabuso generale (c.d. GAAR) che, secondo la direttiva, tutti gli Stati europei devono, d'ora in poi, adottare per garantire il rispetto sostanziale – e non solo formale – della legge da parte di tutti i contribuenti delle singole giurisdizioni.

Il nostro ordinamento già prevede una clausola antiabuso (cfr. art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del Contribuente; legge 27 luglio 2000, n. 212) e, pertanto, nello schema di decreto legislativo non c'è stato bisogno di dare attuazione a questo precetto. A nostro avviso – e come evidenziato anche nella nostra circolare n. 19 del 1° agosto 2018 (cfr. *allegato*) – si tratta di una scelta del tutto condivisibile, perché effettivamente la nostra disposizione interna risponde appieno alle indicazioni della direttiva.

Sulla seconda fattispecie – quella, cioè, riguardante le operazioni aggressive transfrontaliere – l'ATAD introduce una complessa disciplina, vincolante per gli Stati europei, di contrasto alle erosioni di basi imponibili derivanti da disallineamenti provenienti dalle fattispecie “ibride” e, cioè, da fenomeni che vengono diversamente qualificati, sotto il profilo giuridico, dai singoli Stati nell'ambito dei quali intercorrono le operazioni transfrontaliere. Si tratta di reazioni consistenti in disconoscimenti di deduzioni o nella tassazione di componenti positivi; reazioni, per l'appunto, “anti-ibridi” che gli Stati devono introdurre nella propria legislazione come regole vincolanti per la determinazione dell'imponibile dei soggetti interessati, al verificarsi dei tassativi presupposti di volta in volta previsti dalla direttiva. È questa una novità assoluta anche per il nostro ordinamento che, fino ad ora, affidava genericamente la reazione a queste operazioni aggressive transfrontaliere all'applicazione della clausola generale antiabuso; soluzione questa che ha creato molte incertezze interpretative poiché la clausola antiabuso, in realtà, si rende applicabile, com'è noto, allorché il contribuente utilizza le norme “viventi” del nostro ordinamento fiscale in contrasto con la loro *ratio*. Gli “ibridi”, invece, proprio perché originano dalle diverse qualificazioni di uno stesso fenomeno presso ordinamenti diversi, non hanno un *benchmark* normativo di riferimento che possa dirsi “aggirato”. Proprio per questo, dunque, c'è stato bisogno di un intervento *ad hoc* della direttiva in esame che introduce, per l'appunto, nei diritti nazionali degli Stati membri, apposite previsioni vincolanti.

Quanto, infine, alla terza fattispecie, la direttiva non si occupa di tutte le forme di reazione ai regimi fiscali dannosi ma, specificatamente, di quelle ipotesi in cui un contribuente colloca una propria controllata in uno Stato a bassa fiscalità o a fiscalità tendenzialmente nulla, per conseguire delocalizzazioni di comodo di attività o *asset* e/o altre finalità elusive. Per questo tipo di fattispecie, la direttiva impone agli Stati membri in cui risiede il soggetto controllante di introdurre un regime di tassazione immediata,

per trasparenza, dei redditi prodotti dalla controllata estera (c.d. regime di CFC; *Controlled Foreign Companies*), secondo approcci particolari, di cui diremo in seguito.

Quel che preme sottolineare è che, per il nostro Stato, anche il regime di CFC – al pari della clausola generale antiabuso – non rappresenta una novità. Abbiamo, infatti, già un regime di CFC piuttosto complesso che tuttavia – a differenza di quanto abbiamo rilevato per la clausola antiabuso – necessita di essere modificato per rispettare i precetti della direttiva.

La Direttiva, poi, si occupa di altri due temi tipicamente attinenti al coordinamento fra Stati per evitare l’erosione delle basi imponibili nazionali e, cioè, il regime di deduzione degli interessi passivi e l’imposizione “in uscita” delle imprese che trasferiscono oltre i confini nazionali la residenza, le stabili organizzazioni o specifici attivi e attività.

Anche queste due discipline sono già contemplate nella nostra legislazione, ma anch’esse hanno bisogno di essere modificate per essere adattate alle indicazioni della direttiva. È importante, comunque, constatare che, d’ora in poi, anche gli altri Stati europei dovranno inserire nel proprio ordinamento tali discipline (ove non le abbiano già adottate), il che favorirà un maggior coordinamento dei regimi fiscali all’interno dell’UE nel rispetto della libertà di stabilimento ed evitando salti d’imposta e/o doppie tassazioni.

Tutto ciò premesso, merita svolgere alcune considerazioni di fondo.

La direttiva si ispira chiaramente ai risultati dei lavori dell’*Action Plan BEPS (Base Erosion and Profit shifting)* dell’OCSE/G20 e, in particolare, alle regole che il BEPS suggerisce nella “macroarea” della “coerenza” fra Stati, per scongiurare le operazioni di pianificazione fiscale aggressiva. Naturalmente, l’azione della direttiva è più efficace di quanto possa essere quella dell’OCSE, in quanto – come detto – introduce norme vincolanti per gli Stati membri dell’UE. Quel che, comunque, è interessante notare è che la direttiva non segue puntualmente le indicazioni del BEPS e, in particolare, se ne discosta per ciò che attiene al funzionamento delle norme di contrasto agli arbitraggi ibridi nonché per quanto attiene al loro rapporto con le regole di CFC e con la norma antielusiva generale (GAAR).

Al riguardo, rinviando per maggiori approfondimenti alla nostra circolare n. 19 (*cfr. allegato*), osserviamo che i *Report* finali del BEPS e cioè, rispettivamente, l’*Action 2* (sugli ibridi) e l’*Action 3* (sulle CFC), probabilmente sotto l’impulso degli USA, configurano una disciplina CFC c.d. “rafforzata” che dovrebbe operare, in alcuni casi, in via prioritaria rispetto all’applicazione delle regole anti-ibridi. In particolare, si tratta di

una CFC che, in alcuni casi, recupera a tassazione, a vantaggio della società controllante, non solo i redditi distolti dal suo Stato di residenza, ma anche redditi distolti da altri Stati, nel presupposto che questo tipo di contrasto all'erosione delle basi imponibili nazionali sia più facilmente attuabile rispetto alle regole anti-ibridi e produca, indirettamente, vantaggi anche agli Stati terzi che subiscono il distoglimento, poiché una CFC di questa portata dovrebbe essere in grado di sottoporre comunque ad imposizione tutti i redditi presso la capogruppo e quindi, indirettamente, dovrebbe avere l'effetto di scoraggiare, per il futuro, il distoglimento di basi imponibili.

La prospettiva dell'UE è, viceversa, completamente diversa: la direttiva, infatti, prevede che le due diverse discipline – quella c.d. “anti-ibridi” e il regime di CFC – si applichino parallelamente a presidio di differenti esigenze. In particolare, la disciplina anti-ibridi configurata nell'ATAD viene ad applicarsi solo (e sempre) contro gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva che sfruttano i disallineamenti da ibridi, mentre la CFC contemplata nell'ATAD opera solo come strumento di contrasto ai regimi fiscali dannosi, per contrastare, cioè, i regimi fiscali di favore e gli ordinamenti con basso o nullo livello di tassazione o, al più, come presidio contro il “distoglimento” di utili dalla sola giurisdizione del soggetto controllante operato attraverso schemi di pianificazione fiscale, comunque, non riconducibili ai disallineamenti da ibridi. Sicché, in alcun modo questo regime di CFC potrebbe consentire di avocare a tassazione presso la giurisdizione del soggetto controllante i redditi di pertinenza di altri Stati, anche perché un effetto di questa portata sarebbe contrario al principio di libertà di stabilimento che caratterizza l'ordinamento europeo nonché al principio di sovranità impositiva dello Stato in cui il reddito è prodotto.

Quanto poi alla clausola generale antiabuso (GAAR) – e, dunque, al nostro art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente che tale clausola prevede – è evidente che essa assume una funzione residuale e di chiusura del sistema dopo l'applicazione delle norme di determinazione del reddito imponibile prevista dal singolo ordinamento statale, così come integrate dalle due anzidette discipline e dagli altri istituti introdotti dall'ATAD.

Guardando infine, più da vicino, all'attuazione della direttiva e, in particolare, alle linee guida che il legislatore nazionale deve seguire nell'assolvere questo compito, osserviamo che ai sensi dell'art. 1 essa “*si applica a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri, comprese le stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri di entità residenti ai fini fiscali in un paese terzo*”. Rispetto alle linee guida europee, una fondamentale scelta che, invece, ha fatto il legislatore delegato nello schema di decreto in esame, è stata quella di mantenere

per gli istituti già presenti nel nostro ordinamento e oggetto di adeguamento alle indicazioni della direttiva, l'ambito soggettivo che essi hanno avuto fino ad oggi; ambito soggettivo che comprende anche contribuenti diversi dai soggetti IRES. Ci riferiamo, in particolare, alle discipline di *exit tax*, di *entry tax*, nonché al regime di CFC che, come è noto, riguardano anche contribuenti controllanti che sono soggetti IRPEF. Si tratta di una scelta, a nostro avviso, coerente con il nostro ordinamento e, in definitiva, giustificabile anche alla luce delle indicazioni della direttiva.

Ricordiamo, a questo riguardo, che il Considerando 3 della direttiva, dopo aver precisato che *“è necessario stabilire norme per rafforzare il livello medio di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno”*, ha anche affermato che *“dal momento che dovrebbero adattarsi a 28 diversi regimi d'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 modalità più adatte ai rispettivi regimi d'imposizione delle società”*. D'altra parte, in modo ancor più incisivo, l'art. 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”*. Posto, dunque, che per i soggetti IRES lo Stato può adottare un livello di protezione più intenso, il riferimento specifico all'imposta sulle società non ci sembra che possa, di per sé, impedire allo Stato di mantenere, per gli istituti indicati dalla direttiva, anche il più ampio ambito applicativo che essi già avevano nel nostro ordinamento, estendendo tale ambito, cioè, anche a soggetti diversi dalle società di capitali ed enti equiparati.

Peraltro, sottolineiamo subito che le indicazioni del citato art. 3 sono utili per giustificare, come vedremo, anche altre scelte che il legislatore nazionale ha compiuto proprio in ordine all'applicazione di questi istituti ai contribuenti soggetti all'imposta sulle società.

Tutto ciò premesso, procediamo, di seguito, ad analizzare brevemente le disposizioni attuative predisposte nello schema di decreto, seguendo l'ordine dell'articolato normativo: *“Disposizioni in materia di deducibilità degli interessi passivi”* (art. 1), *“Disposizioni in materia di imposta in uscita”* (art. 2 e 3), *“Disposizioni in materia di controllate estere”* (art. 4) e di *“Dividendi e plusvalenze”* (art. 5), *“Disposizioni in materia di disallineamento da ibridi”* (artt. 6, 7, 8, 9, 10 e 11), *“Disposizioni di coordinamento”* (art. 12).

In particolare, le disposizioni di coordinamento dell'art. 12 attengono alla definizione di "intermediario finanziario". Tale definizione è stata introdotta per risolvere annose questioni interpretative, sicché il legislatore ha, molto opportunamente, colto l'occasione, fornita dalla stessa direttiva che, al fine di delimitare l'applicazione di alcuni istituti da essa previsti – quale, ad esempio, quello del limite alla deduzione degli interessi passivi da cui gli intermediari sono esclusi – ha introdotto alcune prescrizioni volte a individuare tali soggetti.

2. Disposizioni in materia di deducibilità degli interessi passivi (art. 1)

L'indebitamento delle società del gruppo residenti in giurisdizioni ad alta fiscalità è una delle tecniche più comunemente utilizzate dalle multinazionali per erodere, attraverso la deduzione di interessi passivi, profitti netti assoggettabili, nelle predette giurisdizioni in cui la ricchezza è creata, a livelli elevati di *tax rate*. E questo consente di ben comprendere il motivo per cui la disciplina degli interessi passivi figura tra gli istituti di coerenza regolati dall'ATAD.

Per contrastare, tuttavia, questi fenomeni, simmetrici, di sottocapitalizzazione o sovracapitalizzazione di comodo delle consociate di un gruppo si è a lungo discusso, anche in sede OCSE, sul criterio più idoneo a collegare con un determinato territorio nazionale la "giusta quota" di capitale (di debito o di *equity*), considerata l'assoluta volatilità e fungibilità del particolare *asset*. A differenza degli *intangibles* (*asset* immateriali altrettanto mobili del capitale) per i quali è stato individuato un preciso criterio di collegamento territoriale, di natura "qualitativa", secondo cui i diritti impositivi derivanti dall'IP (ovunque esso sia localizzato sotto il profilo dell'appartenenza giuridica ad una o ad altra società di un gruppo) devono essere ripartiti tra le consociate che effettivamente svolgono (e nella misura in cui svolgono) le attività essenziali per la sua valorizzazione (c.d. attività DEMPE, *development, enhancement, maintenance, protection* ed *exploitation*), il carattere fungibile del "capitale" ha indotto la comunità internazionale (l'*Action 4* del BEPS in sede OCSE/G20 e l'ATAD per l'UE) a porre riferimento – per l'individuazione del "giusto" livello di indebitamento sostenibile da una determinata consociata (e, quindi, per la determinazione degli interessi passivi deducibili in una data giurisdizione) – ad un criterio quantitativo, che commisura la deducibilità degli oneri finanziari eccedenti i proventi finanziari ad una determinata percentuale (pari al 30 per cento) della ricchezza creata dalla società del gruppo residente: ricchezza di cui è espressione il ROL (il risultato operativo lordo della gestione caratteristica; l'EBITDA nel linguaggio della

direttiva). Ai fini in esame, il ROL viene ad assumere rilievo per l'ammontare fiscalmente rilevante e, cioè, dando rilievo ai proventi e ai costi che concorrono a comporlo secondo i valori riconosciuti in sede fiscale e non per l'ammontare risultante dal bilancio, e ciò con il preciso obiettivo di evitare che gli oneri finanziari trovino copertura in ricchezza non assoggettata a tassazione.

La direttiva offre, peraltro, agli Stati la possibilità di consentire ai membri di un gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria di superare, a determinate condizioni, la soglia del 30 per cento del ROL qualora siano in grado di dimostrare che il rapporto tra capitale proprio e attivi totali è pari o superiore al rapporto equivalente del gruppo, oppure adottando l'EBITDA di gruppo, se più favorevole rispetto all'EBITDA individuale della società. La logica dell'ATAD, infatti, è di imporre limiti all'indebitamento ai soli gruppi di imprese che realizzino allocazioni di comodo del debito stesso.

L'Italia non ha inteso esercitare queste particolari opzioni, probabilmente, per evitare interventi troppo invasivi sulla disciplina già in essere che, come è noto, si applica a tutte le imprese IRES e che, sotto molti profili, già appare conforme ai precetti fondamentali della direttiva.

Anzi, c'è semmai da rammaricarsi del fatto che il nostro Stato non si sia avvalso della facoltà di differire, tendenzialmente fino al 1° gennaio 2024, l'entrata in vigore delle disposizioni della direttiva in tema di interessi passivi: una facoltà che il par. 6 dell'art. 11 dell'ATAD accorda agli Stati membri che (come l'Italia) già disponevano all'8 agosto 2016 di norme nazionali intese a prevenire i rischi di BEPS, di analoga efficacia rispetto alla norma prevista dalla direttiva; ma che avrebbe richiesto una specifica comunicazione (non inoltrata) entro il 1° luglio 2017 alla Commissione, chiamata a valutare l'efficacia delle vigenti norme nazionali. È probabile, infatti, che le nostre attuali norme avrebbero superato il *test* di efficacia poiché il meccanismo della nostra disciplina è molto simile a quello previsto dall'ATAD, con l'unica differenza che il ROL nel nostro attuale regime è quello contabile, mentre nella direttiva è quantificato, come detto, sui parametri fiscali. Si tratta di una differenza di non poco peso, ma che da sola non ci avrebbe impedito, a nostro avviso, di ottenere il rinvio dell'adeguamento al ROL fiscale al 2024. Altre differenze, infatti, apportate dalla direttiva – in tema, ad esempio, di individuazione degli oneri e dei proventi finanziari che rientrano nel campo di applicazione della disciplina o in tema di fissazione del limite per il riporto in avanti delle eccedenze di ROL non utilizzato in un esercizio (per quanto riguarda le modifiche *in peius*) o di riporto in avanti delle eccedenze di interessi attivi (per quanto riguarda le differenze *in melius*) – si controbilanciano e, comunque, non sarebbero state tali, a

nostro avviso, da compromettere il giudizio sull'analogia efficacia della disciplina già vigente.

Il differimento della novella al 2024 avrebbe, peraltro, consentito di superare il vero problema che queste nuove regole pongono dal punto di vista delle imprese e, cioè, il problema transitorio connesso all'utilizzabilità delle eccedenze di ROL contabile "vecchio", quelle cioè maturate (e non utilizzate) prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni. La relazione illustrativa riconosce una sorta di "ultrattività" delle eccedenze a riporto del precedente ROL contabile, ma ne limita la fruibilità soltanto a copertura degli interessi passivi correlati a prestiti stipulati dall'impresa prima del 17 giugno 2016. Questo limite introduce una criticità notevole per l'operatività delle imprese, soprattutto per quelle di grandi dimensioni che hanno programmato, a sostegno dei propri investimenti futuri, finanziamenti nuovi ancora da perfezionare o perfezionati successivamente al 17 giugno 2016, facendo affidamento sulle notevoli consistenze di ROL contabile a riporto dai precedenti periodi e che, secondo la relazione illustrativa allo schema di decreto, non potrebbero più essere utilizzate.

Il tema è molto delicato e ci auguriamo sul punto alcuni opportuni interventi correttivi.

Per completezza, osserviamo che la direttiva, data la sua finalità di evitare distoglimenti di basi imponibili da una ad altra consociata di un gruppo multinazionale, consente di escludere dai limiti di deducibilità degli interessi passivi le imprese *stand alone* senza stabili organizzazioni all'estero. Lo schema di decreto mantiene, invece, inalterato l'ambito soggettivo dell'attuale regime che, come è noto, si rivolge a tutte le imprese IRES, diverse da quelle finanziarie ed assicurative. Si tratta di una scelta dettata probabilmente da esigenze di semplificazione e di gettito che, comunque, potrebbe ritenersi, a nostro avviso, consentita dall'art. 3 della direttiva che, operando il coordinamento del livello minimo di protezione richiesto ad ogni Stato membro, non impedisce, come abbiamo detto, l'adozione di misure nazionali a più ampio raggio.

3. Disposizioni in materia di imposta in uscita – *exit tax* ed *entry tax* (artt. 2 e 3)

Le disposizioni in materia di imposizione in uscita (c.d. *exit tax*) rispondono alla medesima logica che informa tutta la direttiva, secondo cui deve essere garantito a ciascuna giurisdizione il diritto di assoggettare a tassazione tutta (e solo) la ricchezza che in essa si è generata. Prevedono, in estrema sintesi, che l'Italia – laddove venga a perdere la potestà impositiva per il trasferimento all'estero di attività o attivi, in ipotesi di trasferimento della residenza al di fuori del territorio nazionale (o di operazioni di

riorganizzazione che comportino la perdita della residenza in Italia) o di trasferimenti di attività o attivi a stabili organizzazioni all'estero che godono della *branch exemption*, così come nell'ipotesi in cui una società residente all'estero trasferisca, in tutto o in parte, la stabile organizzazione esistente in Italia altrove, ovvero trasferisca attivi da questa stabile alla sua sede centrale – assoggetti a tassazione i maggiori valori di mercato delle attività o degli attivi trasferiti rispetto al loro costo fiscalmente riconosciuto e, cioè, i maggiori valori – ancorché non realizzati – su cui viene meno, in via definitiva, la potestà impositiva dell'ordinamento nazionale. È confermata la rateazione del debito ma viene ridotta da sei a cinque esercizi.

L'equilibrata ripartizione dei diritti impositivi e il diritto di ciascuno Stato a non essere “danneggiato” da fenomeni di erosione e distoglimento dei profitti in esso prodotti sono principi che la Corte di Giustizia, dopo la sentenza *Marks & Spencer*, ha più volte riaffermato, a “giustificazione” della compatibilità europea di discipline confliggenti, di per sé, con le libertà del Trattato: dalla sentenza *Cadbury Schweppes* sulle *CFC rules* alla sentenza *National Grid Indus* sull'*exit tax*.

La direttiva fa un passo in più, imponendo a ciascuno Stato membro di adottare questi istituti che tutelano i propri diritti e, nel contempo, pongono argini a trasferimenti o delocalizzazioni di comodo e, quindi, alla competizione fiscale dannosa. Sono, infatti, prescritte regole di coerenza transfrontaliera che, al fine di prevenire fenomeni di doppia imposizione o salti d'imposta, prevedono il riconoscimento nello Stato membro di destinazione dei maggiori valori dei beni dell'ente trasferito che sono stati assoggettati a tassazione nel Paese di partenza.

In Italia già avevamo regole di tassazione in uscita contenute nell'art. 166 del TUIR, anche se riferite, in modo specifico, ad un ambito di applicazione oggettivo limitato alle ipotesi di trasferimento di residenza di persone fisiche, società ed enti. Queste regole prevedono la possibilità, per i trasferimenti in uno Stato membro dell'UE o del SEE, di chiedere la sospensione del debito fino al realizzo dei beni all'estero e, in ogni caso, non oltre il decimo anno o, in alternativa, la rateazione in sei esercizi: possibilità, queste, ora cancellate e che vengono sostituite con la rateazione in cinque anni.

Per coerenza sistematica, lo schema di decreto interviene anche sulla disciplina del trasferimento della residenza in Italia (*entry tax*): l'art. 3 dello schema riformula integralmente l'art. 166-*bis* del TUIR, sostituendo, in buona sostanza, la regola generale del valore normale con quella del valore di mercato per stabilire il c.d. “valore di ingresso” dell'entità estera in Italia. Si tratta di una scelta necessitata, per garantire

simmetria tra questa ipotesi e quella inversa del trasferimento all'estero del soggetto residente in Italia di cui all'art. 166.

La norma prevista dallo schema, invece, mantiene il principio – analogo a quello contenuto nell'attuale art. 166-*bis* – in base al quale, per i soggetti provenienti da Stati *extra-UE* non “collaborativi” quanto allo scambio di informazioni, il valore di ingresso debba essere determinato tramite accordo con l'Amministrazione finanziaria *ex art. 31-ter* del D.P.R. n. 600 del 1973; e, in assenza di accordo, è previsto che “*il valore fiscale delle attività e passività trasferite è assunto, per le prime, in misura pari al minore tra il costo di acquisto, il valore di bilancio e il valore di mercato determinato ai sensi del comma 4, mentre per le seconde, in misura pari al maggiore tra questi*”.

Se ne arguisce che solo nei rapporti fra Stati membri il valore di mercato costituisce oggettivo riferimento per determinare il valore delle attività e delle passività. Per i trasferimenti fra Stati terzi (che ben potrebbero non avere regimi di imposizione in uscita) e, in particolare, per gli Stati che non forniscono adeguate informazioni è possibile adottare criteri più “difensivi”.

Anche l'intervento normativo in tema di *entry tax* appare, in conclusione, ben calibrato.

4. Disposizioni in materia di controllate estere (CFC) nonché dividendi e plusvalenze (artt. 4 e 5)

La nostra disciplina di CFC – disciplina che prevede, come già accennato, l'immediato assoggettamento ad imposizione, nel Paese del controllante, del reddito prodotto dalle controllate estere – è stata ripetutamente modificata nel corso del tempo e ha assunto una connotazione piuttosto articolata e complessa.

L'attuale art. 167 del TUIR, infatti, regola:

- a) una CFC c.d. *black*, prevista in caso di controllate estere localizzate in Stati a fiscalità privilegiata (diversi da quelli appartenenti all'UE o aderenti al SEE, che garantiscono lo scambio di informazioni); Stati, cioè, con un livello di tassazione nominale inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia, anche in ragione della presenza di eventuali regimi speciali (comma 4);
- b) una CFC c.d. *white*, di carattere generale, prevista in caso di controllate estere che producono prevalentemente redditi derivanti da c.d. *passive income* (dividendi, interessi, *royalties*, ecc.) e purché collocate in Stati che presentano

un livello di tassazione effettiva inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia (comma 8-*bis*).

I due attuali modelli – la CFC *black* e la CFC *white* – si rendono applicabili in forza di criteri e parametri diversi. In particolare, la CFC *black* fa perno sul livello di tassazione “nominale” – seppure integrato dal criterio dei c.d. regimi fiscali speciali – mentre quella *white*, su quello di tassazione effettiva; e a tale ultimo riguardo, dobbiamo osservare che in questi anni non pochi problemi tra fisco e contribuente sono stati determinati proprio dalla difficile misurazione del livello di tassazione di volta in volta previsto dallo Stato estero. Per l’uno e l’altro tipo di CFC si richiede, per di più, al contribuente di confrontare imposte tra loro anche diverse. La CFC *black* impone infatti di valutare anche l’incidenza dell’IRAP, mentre la CFC *white* pone riferimento solo alle imposte sul reddito.

Inoltre, anche le esimenti al ricorrere delle quali è possibile disapplicare il regime CFC sono diverse nei due modelli: la CFC *black* ne prevede due (la dimostrazione dello svolgimento di un’effettiva attività industriale o commerciale, ovvero la prova che dalle partecipazioni non consegue l’effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato), mentre la CFC *white* ne indica una (la dimostrazione che l’insediamento estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a consentire un indebito vantaggio fiscale).

Nel complesso, l’attuale disciplina CFC prevista dall’art. 167 del TUIR non appare compatibile, per vari aspetti, con le prescrizioni della direttiva ATAD e, di conseguenza, lo schema di decreto legislativo ne ha previsto alcune significative modifiche.

La modifica più importante è quella che riconduce la CFC ad un solo modello che prevede, per l’applicazione del regime, due condizioni e, cioè, che l’impresa controllata *a)* sia insediata in uno Stato con tassazione effettiva inferiore al 50 per cento di quella applicabile in Italia e *b)* consegua per oltre un terzo c.d. *passive income* e, cioè, proventi rientranti nelle categorie di interessi, canoni, dividendi, etc. Inoltre, al verificarsi di questi presupposti, tutto il reddito prodotto dall’impresa controllata viene attratto a tassazione in Italia anche, cioè, per la parte formata da *active income*, secondo il criterio c.d. *jurisdictional*.

In pratica, viene mantenuto il criterio di tassazione che da sempre ha caratterizzato il nostro regime di CFC: quello di tassare per trasparenza, cioè, l’intero reddito della società partecipata per la quale si realizzano i presupposti di applicazione dell’istituto. Può anzi concludersi che il modello di CFC assunto dallo schema di decreto è molto simile (anche se non coincidente) a quello della CFC *white* disciplinato dall’attuale art.

167, comma 8-*bis* del TUIR, elevato, con alcune modifiche, a regime generale ed unico di CFC, valevole cioè per tutti gli insediamenti in Europa e nel resto del mondo.

A quanto ci consta questa scelta ha sollevato dubbi e critiche.

Innanzitutto, è stato osservato che essa non sarebbe in linea con l'indicazione dell'art. 7 della direttiva, il quale prevede due modelli alternativi: uno che pone riferimento, come lo schema di decreto in esame, alle imprese che realizzano per oltre un terzo *passive income*, ma che attrae a tassazione solo tali *passive income* e non tutto il reddito della CFC secondo un criterio c.d. *transactional*; e l'altro che si applica allorché la controllata si configuri come una costruzione non genuina, in quanto realizza il distoglimento di un reddito che apparterebbe alla società controllante in quanto derivante dalle funzioni significative esercitate dal personale di tale società; modello questo che alcuni definiscono *jurisdictional*, in quanto attrarrebbe a tassazione tutto il reddito della controllata.

Per la verità, questa ricostruzione non è perfettamente esatta: anche questo secondo modello, infatti, non attrae a tassazione per trasparenza tutto il reddito della controllata, ma solo quello effettivamente distolto dalla giurisdizione della società controllante e che va calcolato, *case by case*, “secondo il principio di libera concorrenza” (cfr. art. 8, par. 2, della direttiva).

Preme, invece, osservare che, al di là di questi due modelli indicati dall'art. 7, la direttiva non esclude che uno Stato membro possa scegliere di applicare un sistema di imputazione *jurisdictional* e, cioè, dell'intero reddito della partecipata. Il Considerando 12 della direttiva puntualmente rileva che “*in funzione delle priorità politiche dello Stato*” in cui risiede il soggetto controllante “*le norme sulle società controllate estere possono riguardare un'intera controllata soggetta a bassa imposizione o specifiche categorie di reddito oppure essere limitate ai redditi artificialmente dirottati verso la controllata*”.

E, d'altra parte, come abbiamo già rilevato, la direttiva detta un coordinamento minimo. L'art. 3, infatti, non impedisce allo Stato membro di garantire un livello di protezione più elevato. Piuttosto, merita sottolineare che la scelta di tassare l'intero reddito della controllata muove – a quanto ci consta – anche da esigenze di opportunità.

Innanzitutto, essa è conforme, come abbiamo visto, alla nostra tradizionale impostazione del regime di CFC e, dunque, ad una prassi già riconosciuta dalle nostre imprese, senza introdurre sconvolgimenti di sistema. E poi, non è affatto detto che questa soluzione sia più punitiva. Tassare singolarmente i *passive income* della

controllata significa sottoporli ad imposizione anche laddove il reddito complessivo netto di tale soggetto sia inferiore all'imposta su tali *passive* o, addirittura, il soggetto sia in perdita.

Assoggettare, viceversa, ad imposizione il reddito netto della controllata consente di calibrare il prelievo sul suo utile effettivo e di riconoscere rilevanza anche al riporto delle sue perdite a compensazione degli utili degli esercizi successivi.

Piuttosto, questa sarebbe stata, forse, anche l'occasione per risolvere un altro problema: quello della compensazione dell'utile della controllata estera con l'eventuale perdita di esercizio della controllante: la tassazione segregata della CFC è sicuramente una soluzione corretta, in quanto impedisce, per ovvi motivi, di utilizzare le perdite della CFC a compensazione dei redditi dell'impresa controllante, ma non si vede il motivo per non consentire la compensazione nel caso inverso in cui è la controllante residente in Italia a subire perdite che il Fisco può verificare con tutti gli ordinari strumenti giuridici a sua disposizione.

Un'altra critica che viene fatta a questa impostazione riguarda l'individuazione dei *passive income*. La norma dello schema di decreto attuativo pone riferimento, infatti, ai proventi lordi, mentre si sostiene che sarebbe più corretto fare riferimento ai redditi da *passive income* e, cioè, ai proventi "nettizzati" dai relativi costi di produzione; tesi questa che, evidentemente, troverebbe giustificazione soprattutto se l'Italia avesse scelto di tassare esclusivamente i *passive income*.

Anche su questo punto non riteniamo di condividere le critiche (ed anzi, semmai, a tutto concedere, andrebbe corretta la relazione illustrativa che, evidentemente, per un errore materiale, in relazione ai *passive income* pone riferimento ai "redditi" anziché ai "proventi").

Il riferimento ai proventi in un contesto di tassazione di tutti i redditi della controllata estera – qual è la scelta effettuata dallo schema di decreto – è, anzitutto, conforme alla prassi interpretativa che si è finora sempre seguita nel nostro ordinamento per l'applicazione del regime – come abbiamo visto, simile a quello in esame – dell'art. 167, comma 8-*bis* del TUIR. È una scelta che muove da esigenze di semplificazione e di certezza. I proventi sono facilmente individuabili, mentre l'identificazione delle spese ad essi riferibili può dar luogo a non poche contese interpretative: basti pensare alla ripartizione delle spese generali di produzione, dei costi amministrativi, ecc. Oltretutto, i proventi lordi vanno comparati logicamente con i ricavi complessivi dell'impresa e, cioè, il raffronto deve essere fatto con grandezze omogenee, sicché non si determinano

necessariamente conseguenze negative per l'impresa: dipende dalla situazione specifica, caso per caso.

Venendo ora ad altre innovazioni apportate dallo schema di decreto all'attuale regime di CFC, sicuramente rilevante è la nuova nozione di controllo. Su questo tema è stata fatta una scelta di fondo: si è deciso di mantenere il tradizionale concetto di controllo, di diritto e di fatto, anche indiretto, proprio della vigente normativa, prevedendo un ulteriore ampliamento di tale nozione ai casi di partecipazione all'utile superiore al 50 per cento. Questa regolamentazione del profilo soggettivo della disciplina e, in particolare, il mantenimento del riferimento al controllo – pur con una nuova e più ampia definizione – piuttosto che l'introduzione *tout court* del più ambiguo concetto di imprese “associate” contenuto nella direttiva ci sembra molto opportuna: il concetto di imprese associate contenuto nella direttiva, infatti, è oggettivamente di difficile gestibilità e creerebbe non poche complicazioni pratiche sia agli operatori economici che alla stessa Amministrazione finanziaria.

Non meno importanti, poi, sono le innovazioni apportate al comparto delle esimenti. È stata eliminata l'esimente fondata sull'esistenza di una tassazione congrua e, cioè, sul fatto che *“dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato”*. Si tratta, infatti, di un'esimente divenuta inutile, in quanto il confronto per verificare i presupposti del regime di CFC viene svolto sulla base delle imposte effettive subite *in loco*, direttamente o indirettamente, dalla controllata estera. Soprattutto, è stata modificata, in conformità alla direttiva, l'esimente configurata alla lett. a) del comma 5 dell'art. 167 del TUIR. Si tratta dell'esimente che pone riferimento, com'è noto, allo svolgimento nel mercato dello Stato o territorio di insediamento di un'effettiva attività industriale o commerciale, come principale attività della controllata estera.

La nuova esimente appare meno rigorosa. Infatti, il regime di CFC non si applica se il contribuente dimostra che *“il soggetto controllato non residente svolge un'attività economica effettiva, mediante l'impiego di personale, attrezzature, attività o locali”*. A quanto sembra, dunque, anche una controllata estera che si limita a conseguire prevalentemente interessi, canoni, ecc., potrebbe soddisfare questa prova se dimostra che la sua attività, le sue competenze, i suoi fattori produttivi sono coerenti con tale attività economica.

Infine, ricordiamo che la direttiva prevede la possibilità di non applicare la CFC nei casi di mancato superamento di determinate soglie quantitative di utili e redditi e, soprattutto, di non trattare le imprese finanziarie come controllate estere se non oltre un

terzo dei redditi di tali soggetti siano costituiti da *passive income* derivanti “*da operazioni con il contribuente o le sue imprese associate*”. Lo schema di decreto ha scelto di non prevedere tali esimenti.

Prescindendo da quest’ultimo aspetto, il giudizio complessivo sull’intervento normativo non può che essere positivo: la disciplina CFC è strutturalmente idonea a “chiudere” il sistema, ricomponendo tutti i possibili disallineamenti e/o lacune che non sono efficacemente contrastati dalle altre norme *ad hoc* previste dalle direttive ATAD 1 e 2. È vero che, rispetto al passato, la nuova disciplina potrebbe sembrare meno incisiva, a vantaggio delle imprese che svolgano un’effettiva attività economica nelle giurisdizioni estere e che, quindi, più facilmente potrebbero sfuggire al regime impositivo in esame ma si tratta di una conseguenza che – come anticipato – si pone perfettamente in linea con gli obiettivi dell’UE che, lo abbiamo visto, predilige una “forte” regolamentazione anti-ibridi, riservando alla CFC il ruolo – ben più “debole” – di normativa residuale e di chiusura del sistema.

Naturalmente, sulle parti non modificate del nostro regime di CFC restano aperti alcuni problemi già evidenziati in passato dalla dottrina e dagli operatori del settore. Ad esempio, un tema rilevante attiene all’onere della prova sulla sussistenza dei presupposti per applicare il regime e, cioè, se tale onere spetti al contribuente (nel senso che questi deve fornire una prova “negativa”) o se, più correttamente, compete all’Amministrazione finanziaria che avanza pretese impositive.

Per quanto concerne il *restyling* della disciplina impositiva dei dividendi – necessaria a seguito dell’adozione della nuova nozione di controllo nell’ambito della CFC – le modifiche sono apprezzabili anche se, com’è evidente, il sistema impositivo, nel suo complesso, rimane sostanzialmente immutato, pur con alcune opportune correzioni con finalità di coordinamento e di semplificazione. Certo, si sarebbe potuto fare forse uno sforzo in più, andare oltre il mero coordinamento normativo con la finalità di rendere maggiormente armonico il quadro normativo di riferimento del settore, ma occorre anche considerare che, probabilmente, qualsiasi ulteriore intervento su questa disciplina avrebbe dovuto considerarsi “fuori delega”.

5. Disposizioni in materia di disallineamento da ibridi (artt. da 6 a 11)

Con la locuzione “disallineamento da ibridi” (c.d. *hybrid mismatch*) si intende fare riferimento ad una fattispecie (c.d. *situation*) da cui origina in ambito transnazionale, alternativamente:

- (i) un pagamento (*payment*) che è deducibile in una giurisdizione, ma non è incluso tra i redditi dell'entità che riceve il pagamento nell'altra giurisdizione (*deduction no inclusion*; c.d. D/NI), ovvero
- (ii) una doppia deduzione – dello stesso pagamento, costo o perdita – in due diverse giurisdizioni (*double deduction*; c.d. “D/D”) o, infine,
- (iii) una deduzione in una giurisdizione, cui si associa “indirettamente” – tramite, cioè, la triangolazione in una giurisdizione *pass-through* – una “non inclusione” in un Paese terzo (c.d. *Indirect D/NI* o, anche, *imported hybrid*).

In estrema sintesi, le costruzioni ibride della direttiva si connotano per lo sfruttamento intenzionale, da parte delle imprese, di disallineamenti ordinariamente esistenti tra le varie giurisdizioni in merito alla caratterizzazione di uno strumento finanziario o di una entità o un trasferimento ibrido: disallineamenti che, per ciò stesso, mettono a rischio la base imponibile “collettiva” di tutti i Paesi (*the collective tax base of countries*), considerato che è difficile determinare inequivocabilmente quale Paese abbia subito perdite di imposte sui profitti: “*The Hybrids Report concludes that the collective tax base of countries is put at risk through the operation of hybrid mismatch arrangements even though it is often difficult to determine unequivocally which individual country has lost tax revenue under the arrangement*”¹. Ed è proprio partendo dalla dimensione “collettiva” del distoglimento di profitti netti derivanti da questi particolari schemi di ATP (*Aggressive Tax Planning*) che si può comprendere il motivo per cui ciascuna giurisdizione è chiamata – in via principale o secondaria – ad attivare una propria azione di contrasto; azione di contrasto che, comunque, non può (e non deve) condurre ad una doppia imposizione.

In via generale sono infatti previste, per ogni tipo di *hybrid mismatch*, due diverse modalità di intervento (la c.d. “risposta primaria” e la c.d. “risposta secondaria”), gerarchicamente ordinate ed entrambe necessarie per garantire la neutralizzazione degli effetti dei disallineamenti ibridi anche nei casi in cui una delle due giurisdizioni di volta in volta coinvolte nell'arbitraggio non si sia dotata di regole anti-ibridi equivalenti. Più precisamente, la risposta primaria è attribuita – in base ad un criterio predeterminato – all'ordinamento che ragionevolmente può essere ritenuto destinato a subire l'erosione della base imponibile; all'ordinamento, dunque, che subisce la deduzione del componente negativo di reddito, vale a dire il Paese del pagatore nei casi di D/NI, oppure il Paese dell'investitore nei casi di D/D. La risposta primaria, quindi, consiste

¹ Cfr. *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Final Report Action 2, Introduction to Part I*, p. 15.

nel negare la deduzione del componente negativo di reddito in tale Paese. La risposta secondaria, invece, è meramente eventuale e opera laddove manchi la risposta primaria: essa comporta, infatti, l'inclusione dell'elemento positivo di reddito nel Paese del beneficiario (nei casi di D/NI), ovvero la negazione della deducibilità (nei casi di D/D) e configura una reazione "residuale", necessaria per proteggere, in ogni caso, la base imponibile "collettiva", impedendo comunque che si realizzino salti d'imposta derivanti dallo schema ibrido. Il modello di reazione anti-ibridi strutturato su due livelli si giustifica, in definitiva, per il fatto che – non essendo possibile stabilire con precisione quale sia lo Stato "danneggiato" dall'*hybrid mismatch* – si assume che il *target* della strategia aggressiva sia, in via di principio, il primo Stato (quello, cioè, che concede la deduzione, negli schemi di D/NI), oppure il secondo Stato (negli schemi di D/D) ma, in mancanza di una reazione primaria da parte di tale Stato, si considera automaticamente "danneggiata" l'altra giurisdizione e, perciò, tenuta, a sua volta, a reagire.

In definitiva, appare evidente la differenza con altri fenomeni che pure possono provocare effetti di doppia esenzione o di deduzione senza inclusione e, in particolare, con i fenomeni connessi con l'utilizzo di giurisdizioni *offshore* o di specifici regimi fiscali di favore. In questo secondo caso, infatti, l'erosione non dipende, come detto, dallo sfruttamento da parte del contribuente di asimmetrie oggettive tra ordinamenti, ma dallo specifico regime agevolativo che uno di tali ordinamenti ha inteso consapevolmente accordare in funzione di competizione fiscale: regime agevolativo che, ove fosse da considerare *harmful*, dovrebbe essere contrastato con rimedi del tutto diversi da quelli previsti per l'*hybrid mismatch* e, cioè, con gli strumenti individuati, di volta in volta, dalle altre azioni del pacchetto BEPS, tra cui, ad esempio, la trasparenza dei *ruling* o il c.d. *nexus approach* dell'*Action 5*.

È importante, poi, sottolineare che questa disciplina anti-ibridi opera soltanto nelle ipotesi in cui le menzionate operazioni intercorrano tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo o siano il risultato di accordi strutturati (c.d. *structured arrangements*) tra consociate e/o anche tra soggetti terzi (ma in quest'ultimo caso, solo laddove il terzo abbia beneficiato del vantaggio fiscale e sia, per ciò stesso, da ritenere ragionevolmente consapevole dell'arbitraggio). A questo proposito, peraltro, merita precisare che 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, si dimostra essenziale in entrambi i casi. Questo elemento soggettivo si presume automaticamente esistente, senza possibilità di prova contraria, nelle operazioni poste in essere all'interno del gruppo sicché, in sostanza, per le fattispecie infragruppo opera una sorta di presunzione "assoluta". Mentre, nelle situazioni in cui è coinvolto un terzo, l'elemento soggettivo deve essere oggetto di specifica dimostrazione da parte dell'Amministrazione

finanziaria nel senso che, nel caso delle operazioni che interessano soggetti terzi, il fisco deve dimostrare che, nell'ambito del particolare accordo (o costruzione), il terzo ha fruito, almeno in parte, di questo beneficio fiscale, per il quale evidentemente ha riconosciuto un "prezzo" alla controparte. Naturalmente, una volta fornita tale dimostrazione, l'elemento della "consapevolezza", nella normalità dei casi, potrà ragionevolmente considerarsi provato *in re ipsa*.

6. Disposizioni di coordinamento – nozione di intermediario finanziario (art. 12)

Le disposizioni del capo V dello schema di decreto si occupano di fornire una definizione utile all'individuazione degli intermediari finanziari, delle *holding* finanziarie e delle *holding* cd. industriali. Si tratta di un aspetto funzionale all'applicazione della nuova disciplina introdotta in sede di recepimento delle direttive ATAD (cfr. in particolare, come già accennato in premessa, la disciplina degli interessi passivi) e che incide altresì in modo significativo sia sulle modalità applicative di altre disposizioni del TUIR (es. art. 106 in tema di svalutazione dei crediti), sia – soprattutto – sull'ambito di applicazione del regime IRAP degli intermediari finanziari/*holding* industriali nonché dell'addizionale IRES di cui all'art. 1, comma 65, della legge n. 208 del 2015.

L'intento è assai meritorio in quanto la tematica è stata fino ad oggi fonte di non poche incertezze per le imprese. In particolare, la disciplina IRAP e del TUIR non tenevano conto né dell'evoluzione nel frattempo registratasi sul versante dei soggetti esercenti attività finanziaria rilevante ai fini della vigilanza (d.l.vo n. 141 del 2010 e d.m. n. 53 del 2015), né, soprattutto, della riforma contabile attuata dal d.l.vo n.136 del 2015 (in attuazione delle direttive 86/635/CEE e n. 89/117/CEE), che ha disposto l'abrogazione del d.l.vo n. 87 del 1992 rimodulando l'ambito delle imprese tenute a redigere il bilancio secondo gli schemi approvati dalla Banca d'Italia. Altrettanto incerta era l'individuazione dei soggetti riconducibili alla nozione di *holding* industriali – e, cioè, dei soggetti caratterizzati dallo svolgimento in via esclusiva o prevalente di assunzione di partecipazioni in imprese industriali – dal momento che, ai fini della sussistenza o meno del requisito di prevalenza, la disciplina normativa sembrava fare rinvio ad un doppio *test*, uno di natura patrimoniale (ammontare delle partecipazioni superiore al 50 per cento del totale dell'attivo) e uno di natura reddituale (ammontare dei proventi da partecipazioni superiore al 50 per cento dei ricavi), mentre l'Amministrazione finanziaria aveva adottato un'interpretazione che attribuiva una valenza dirimente al solo *test* patrimoniale (circolare n. 39 del 2009). Come pure, infine, non era chiaro il

regime fiscale delle società che svolgevano attività finanziaria all'interno del gruppo societario di appartenenza, società che, per effetto dell'emanazione del d.m. n. 53 del 2015, non erano più considerate come intermediari finanziari.

Ciò posto, le soluzioni delineate dallo schema di d.l.vo appaiono concettualmente lineari:

- a) per quanto riguarda gli intermediari finanziari, come si legge nella relazione illustrativa, viene fornita una definizione che intende adeguarsi, salvo eccezioni, all'inquadramento civilistico e alle caratteristiche del bilancio redatto dall'impresa. In quest'ottica l'elencazione prende in considerazione da un lato gli intermediari finanziari che redigono il bilancio in base ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS), dall'altro lato i cd. intermediari non IFRS (confidi e operatori del microcredito) così come identificati dal d.l.vo n. 136 del 2015, aggiungendovi, in via residuale, la categoria dei soggetti che svolgano in via esclusiva o principale attività di assunzione di partecipazione in intermediari finanziari²;
- b) per quanto riguarda le *holding* industriali si stabilisce con norma espressa che la prevalenza dell'attività di assunzione di partecipazione va desunta unicamente sulla base del criterio patrimoniale (partecipazioni e altre attività infragruppo superiori al 50 per cento del totale dell'attivo). Sono inoltre assimilate alle *holding* industriali le società che svolgono attività finanziaria all'interno del gruppo di cui al d.m. n. 53 del 2015.

Altrettanto apprezzabile, in quanto espressione di un principio di civiltà giuridica, è poi la clausola di salvaguardia che fa salvi i comportamenti comunque adottati in passato dai contribuenti nell'incertezza venutasi a creare per effetto del disallineamento tra le regole civilistiche in tema di individuazione degli intermediari finanziari (e di *holding* industriale) e la disciplina fiscale (o gli orientamenti dell'Amministrazione finanziaria).

È solo da rilevare, al riguardo, che sembra del tutto coerente che debbano essere salvaguardati non soltanto i comportamenti dei contribuenti che abbiano adottato soluzioni diverse rispetto alla disciplina sopravvenuta, ma anche quelli dei contribuenti che, pur avendo tenuto per ragioni di prudenza una condotta conforme alle

² L'introduzione di questa categoria, in effetti, può costituire un'eccezione al principio di coerenza con l'impostazione di bilancio. In tal modo, infatti, ai fini fiscali, vengono considerati intermediari finanziari anche soggetti diversi dalle società capogruppo di SIM, gruppi bancari o finanziari, e cioè, soggetti che non sono tenuti a redigere il bilancio in base agli schemi approvati dalla Banca d'Italia in quanto non qualificati come intermediari finanziari agli effetti dell'attività di vigilanza. Per quanto ci consta, si tratta tuttavia di casi poco frequenti.

interpretazioni dell'Amministrazione finanziaria, abbiano nel frattempo presentato dichiarazione rettificativa o istanza di rimborso per far valere la tesi che ritenevano più corretta e aderente alle norme vigenti *pro tempore*. A conferma di questo corollario della clausola di salvaguardia, sarebbe forse opportuno inserire una precisazione nel testo della norma o nella relazione illustrativa.

Sempre ai fini del miglioramento dell'articolato normativo, si segnala che gli intermediari finanziari non residenti che operino in Italia mediante una stabile organizzazione dovrebbero anch'essi essere qualificati come intermediari finanziari ai fini fiscali. Ciò in coerenza con la previsione dell'art. 152 del TUIR che impone alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti di redigere un rendiconto d'esercizio con le stesse modalità di redazione del bilancio seguite dai soggetti residenti aventi le medesime caratteristiche. Si propone quindi di modificare l'art. 162-*bis* TUIR in tal senso.