

Abuso dei trattati, strumenti di contrasto internazionali e proposte comunitarie

di **Piorgiorgio Valente**

L'approfondimento

L'uso delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, al fine di trarne vantaggio sotto il profilo fiscale (c.d. *treaty shopping*), ha indotto l'OCSE ad adottare misure per l'adeguamento dell'attuale versione del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni. Allo stesso tempo, la Commissione europea, in linea con le Direttive internazionali, ha avanzato precise proposte normative dirette ad introdurre modifiche ai regimi fiscali degli Stati membri, negli ambiti che maggiormente danno adito al suindicato fenomeno di abuso.

Gli approfondimenti effettuati dall'OCSE nel contesto del Progetto BEPS hanno evidenziato come sono diverse le situazioni in cui vi è un uso delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, al fine di trarne vantaggio sotto il profilo fiscale (c.d. *treaty shopping*)¹.

Il concetto di *treaty shopping* va distinto da quello di *treaty abuse*. La prima espressione fa riferimento a quelle situazioni in cui un **soggetto beneficia delle disposizioni di un trattato senza tuttavia esserne il legittimo destinatario**. Il secondo concetto, invece, fa riferimento a quelle situazioni in cui **il risultato di una data operazione è in contrasto con il trattato medesimo**. Benché l'OCSE non fornisca una chiara definizione di *treaty abuse*², due elementi devono necessariamente essere presenti affinché una

transazione (o un *arrangement*) possa integrare un *abuse of the provisions of a tax treaty*:

- lo scopo principale della transazione o dell'*arrangement* è quello di conseguire un vantaggio dal punto di vista fiscale;
- l'ottenimento di siffatto vantaggio fiscale è contrario all'oggetto e allo scopo delle rilevanti disposizioni convenzionali.

A ben vedere, trattasi di profili i quali caratterizzano, in linea di principio, esplicitamente o implicitamente, le clausole antiabuso generali e la dottrina in materia nella maggior parte dei Paesi³.

Piorgiorgio Valente - Centro Studi Internazionali GEB Partners
Note:

- 1 L'espressione, di origine statunitense, deriva dal c.d. *forum shopping*, attività che consiste nella ricerca del foro che si ritiene più indicato al fine di ottenere una decisione favorevole. Secondo van Weeghel, l'espressione "*treaty shopping*" "*connotes a situation in which a person who is not entitled to the benefits of a tax treaty makes use - in the widest meaning of the word - of an individual or legal person in order to obtain those treaty benefits that are not available directly*" (cfr. van Weeghel S., *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer Law International, 1998, pag. 117). In generale sull'argomento cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, IPSOA, 2014, pag. 2393 ss.
- 2 Una specifica definizione di *treaty abuse* non si rinviene nemmeno nel documento pubblicato dall'OCSE in data 14 marzo 2014, "*BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*", né nella più recente versione (*Final Report*) del 5 ottobre 2015. Per approfondimenti sugli strumenti di contrasto al fenomeno del *treaty abuse* e del *treaty shopping* nel contesto BEPS, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2393 ss.
- 3 Una ulteriore distinzione, nella dottrina internazionale, è quella tra "*treaty shopping*" e "*rule shopping*". Sul punto cfr. Jung M.R., "*Trends and Developments in Swiss Anti-Treaty Shopping Legislation and Treaty Shopping - Case Law*", in *European Taxation*, June 2011, il quale rileva che, oltre all'uso non

(segue)

Convenzioni contro doppie imposizioni

Con l'obiettivo di combattere le suindicate pratiche, idonee ad erodere la base imponibile degli Stati interessati dalle stesse, l'OCSE ha di recente fornito chiare indicazioni dirette ad apportare modifiche all'attuale versione del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, sul quale si basano la stragrande maggioranza dei trattati che compongono il *network* mondiale, nonché i trattati fiscali conclusi dall'Italia.

Allo stesso tempo, e per i medesimi scopi, la Commissione europea, in linea con le Direttive OCSE, ha avanzato precise proposte normative dirette ad introdurre modifiche ai regimi fiscali degli Stati membri, negli ambiti che maggiormente danno adito ai citati fenomeni di abuso.

Le misure di contrasto nel contesto del Progetto BEPS

L'analisi delle disposizioni incluse nelle convenzioni degli Stati OCSE e non-OCSE ha dimostrato che i Paesi applicano approcci diversi nei confronti dei fenomeni di *treaty shopping*⁴.

L'intervento dell'OCSE in materia - che si inserisce nel più ampio contesto dell'attività diretta a combattere l'erosione della base imponibile e che ha portato all'adozione delle misure contenute nel documento "*BEPS Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*" (*Final Report* del 5 ottobre 2015) - ha lo scopo di combattere i fenomeni di "*treaty shopping*" i quali fanno riferimento alla "*legal nature, ownership in, and general activities of, residents*" di uno Stato contraente⁵.

In particolare, i seguenti tre approcci dovrebbero essere applicati.

In primo luogo, gli Stati contraenti dovrebbero inserire, nelle premesse delle rispettive convenzioni bilaterali, una **dichiarazione** secondo la quale, pur nel rispetto dell'obiettivo dell'eliminazione della doppia imposizione, è loro specifica intenzione prevenire l'evasione fiscale, e, in particolare, i fenomeni di *treaty shopping*.

In secondo luogo, nelle convenzioni bilaterali dovrebbe essere inserita una **specifica**

disposizione antiabuso, basata sulla LOB (*Limitation on Benefits*) clause contenuta nei trattati

Note:

(segue nota 3)

appropriato di una convenzione fiscale, rappresentato dal *treaty shopping*, vi è la situazione, a titolo esemplificativo, in cui "a foreign person who is resident in a contracting state and derives Swiss-source income that is subject to Swiss withholding tax obtains treaty benefits through the conversion of this income into income that is not subject to or is subject to a lower Swiss withholding tax (for example, interest bearing loans, non-traditional derivative financial instruments, the interposition of a holding company resident in the same contracting state, or the sale of a participation just prior to the dividend due date). Treaty benefits are requested based on a tax treaty that was applicable prior to the abusive arrangement. The request, however, is based on a different treaty provision".

4 L'Action 6 (*Prevent Treaty Abuse*) dell'Action Plan dell'OCSE del luglio 2013 descrive gli interventi da effettuarsi in materia, i quali riguardano non solo l'ordinamento fiscale internazionale ma anche i regimi fiscali dei singoli Stati: "Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. (...)" (cfr. OCSE, *Public Discussion Draft, BEPS ACTION 6: PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES*, 14 marzo 2014, par. 2). Cfr. inoltre F.A. Vega Borrego, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, 2006; Hoor O.R., *The Oecd Model Tax Convention: A Comprehensive Technical Analysis*, Legitech, 2010; P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2159 ss.

5 Cfr. OCSE, *Public Discussion Draft, BEPS ACTION 6: PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES*, 14 marzo 2014, dove si precisa:

"- First, it is recommended to include in the title and preamble of tax treaties a clear statement that the Contracting States, when entering into a treaty, wish to prevent tax avoidance and, in particular, intend to avoid creating opportunities for treaty shopping (...).

- Second, it is recommended to include in tax treaties a specific anti-abuse rule based on the limitation-on-benefits provisions included in treaties concluded by the United States and a few other countries. Such a specific rule will address a large number of treaty shopping situations based on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State (...).

- Third, (...) it is recommended to add to tax treaties a more general anti-abuse rule. (...)"

Cfr. L. De Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties, and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies*, IBFD, 2007; L. Brindusa Crucearu, *Treaty Shopping and the Abuse of Income Tax Conventions*, McGill University (Canada), 2005; S. Renger, *Treaty Shopping*, Books on Demand, 2008; Panayi C.H.J.I., *Double Taxation, Tax Treaties, Treaty-Shopping And The European Community*, Kluwer Law International, 2007; van Weeghel S., *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer Law International, 1998, pag. 117; Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2153 ss.

stipulati dagli Stati Uniti⁶ e da altri Paesi, tra cui il Giappone⁷ e l'India. Tale clausola dovrebbe disciplinare un'ampia casistica di situazioni di *treaty shopping*, tenendo in considerazione una serie di fattori tra cui la *legal nature*, l'*ownership*, l'attività svolta, ecc.

La *LOB clause* proposta dall'OCSE dovrebbe inoltre essere corredata di un commentario dettagliato, in grado di spiegare e chiarirne la portata applicativa⁸. Essa, in particolare, potrebbe intendersi nel senso che un residente, al quale verrebbe negata l'applicazione dei benefici convenzionali, può tuttavia usufruirne ma soltanto nei limiti in cui condizioni e requisiti connessi ai suindicati benefici siano soddisfatti. Inoltre, la disposizione seguente potrebbe essere aggiunta alla suindicata *LOB clause*:

6. (...) a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the main purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.

Essa ha l'obiettivo di contrastare gli *arrangements* allorquando uno degli obiettivi principali di una transazione o struttura sia quello di ottenere i benefici del trattato. La clausola si ispira ai principi già inclusi nel Commentario all'art. 1 del Modello di Convenzione dell'OCSE e si propone di contrastare "*treaty avoidance cases*", incluse le situazioni di "*treaty shopping*" alle quali non si applicano le disposizioni antiabuso specifiche già previste nella *LOB clause* proposta dall'OCSE.

Secondo il terzo approccio proposto dall'OCSE, le convenzioni bilaterali dovrebbero contenere una clausola antiabuso generale, secondo la quale **i benefici del trattato non dovrebbero essere riconosciuti** laddove uno dei motivi principali della transazione o della struttura posta in essere è

quello di usufruire delle disposizioni convenzionali in circostanze non conformi all'oggetto e allo scopo della convenzione medesima⁹.

Ferma restando l'opportunità di adottare, nelle convenzioni bilaterali, le disposizioni di cui ai suindicati approcci, nel documento "*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*" del 5 ottobre 2015, si rileva la necessità di assicurare che gli Stati includano nelle proprie convenzioni contro le doppie imposizioni clausole che prevedano un **livello minimo di protezione** dall'abuso dei trattati. Tale "livello minimo di protezione" implica l'inserimento nei trattati fiscali di una espressa dichiarazione con la quale si sottolinea come la convenzione abbia l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione, senza

Note:

- 6 Cfr. P.R. McDaniel, H.J. Ault, J.R. Repetti, *Introduction to United States International Taxation*, Kluwer Law International, 1° gennaio 2005; H.J. Levine, M.J. Miller, *U.S. Income Tax Treaties - the Limitation on Benefits Article*, Tax Management Incorporated, 2006; Eicke R., *Tax Planning with Holding Companies - Repatriation of US Profits from Europe: Concepts, Strategies, Structures*, Kluwer Law International, 2009; B. Dooley, *International Taxation in America*, 2011 Edition, AuthorHouse, 2011.
- 7 La Convenzione contro le doppie imposizioni Stati Uniti-Giappone è stata sottoscritta nel 2003. La *LOB clause* è contenuta all'art. 22. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2551 ss.
- 8 Ad esempio, dovrebbe essere chiarito il significato dell'espressione "*shall nevertheless treat that resident as being entitled to the benefits of this Convention*", in rinvenibile nel paragrafo 4 della *LOB clause* proposta dall'OCSE.
- 9 "*10. Other recommendations included in this note will also assist in preventing treaty shopping. For instance, the proposals for specific treaty anti-abuse rules included in Section A.1.b) will deal with some specific forms of treaty shopping, such as strategies aimed at using a permanent establishment located in a low-tax jurisdiction in order to take advantage of the exemption method applicable by a Contracting State. Section C, which includes tax policy considerations that, in general, States should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country, may also contribute to reducing treaty shopping opportunities. Conversely, the approach recommended in paragraph 9 is not restricted to treaty shopping cases and will also contribute to preventing the granting of treaty benefits in other inappropriate circumstances, this being particularly the case of the general anti-abuse provision referred to at the end of that paragraph*". Cfr. OCSE, *Public Discussion Draft, BEPS ACTION 6: PREVENTING THE GRANTING OF TREATY BENEFITS IN INAPPROPRIATE CIRCUMSTANCES*, 14 marzo 2014.

Convenzioni contro doppie imposizioni

tuttavia creare opportunità di abuso, oltre ad una clausola antiabuso generale.

Le misure di contrasto della Commissione europea contenute nella COM (2016)26

L'Action 6 dell'Action Plan BEPS del luglio 2013¹⁰ chiarisce che gli interventi da effettuarsi al fine di contrastare efficacemente il fenomeno dell'abuso dei trattati dovrebbero riguardare anche i singoli ordinamenti fiscali nazionali.

In siffatto ordine di azioni si inserisce il recente intervento della Commissione europea, diretto a definire le misure che, a livello nazionale (oltre che comunitario), dovrebbero essere adottate (anche) al fine di impedire un uso delle convenzioni bilaterali al solo scopo di usufruire di benefici (fiscali) non altrimenti ottenibili¹¹.

La proposta di Direttiva [COM (2016)26] presentata dalla Commissione europea nell'ambito del pacchetto antielusione del 28 gennaio 2016¹² contiene disposizioni con riferimento alla deducibilità degli interessi, all'*exit tax*, alla clausola di *switch-over*, alla norma generale antiabuso, alla disciplina CFC e agli strumenti ibridi.

Note:

10 Per approfondimenti sull'Action Plan BEPS dell'OCSE cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1927 ss.

11 Sulle misure di contrasto all'elusione fiscale, adottate a livello comunitario, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 639 ss.

12 Il pacchetto antielusione persegue tre obiettivi fondamentali:

1. garantire l'effettiva tassazione nell'UE;
2. migliorare la trasparenza fiscale;
3. assicurare condizioni di concorrenza uniformi.

In generale, l'imposta sulle società si fonda sull'assoggettamento ad imposizione nel luogo in cui sono generati i profitti. Sono noti, però, i casi di società multinazionali che, dopo aver generato profitti su un dato territorio nazionale, successivamente li spostano verso Stati dove il carico fiscale è minore, o i casi di società che procedono al rimpatrio di dividendi realizzati in Paesi terzi e mai tassati o, ancora, i casi di società che sfruttano le norme sulla deducibilità degli interessi. Da qui la proposta di Direttiva antielusione - COM(2016)26 - contenente misure giuridicamente vincolanti per contrastare i sistemi più diffusi di elusione fiscale, allo scopo di rendere effettivo il principio per cui ogni società paga le imposte dove realizza i profitti.

Cfr. P. Valente, "Misure di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano", in *il fisco*, n. 2/2016.

La deducibilità degli interessi

La proposta di Direttiva fissa un limite all'importo degli interessi che il contribuente è autorizzato a dedurre in un esercizio fiscale. In particolare, si prevede che gli interessi passivi netti saranno deducibili solo fino a una data percentuale, basata sul risultato lordo d'esercizio del contribuente.

La percentuale di deducibilità sarà fissata al livello più elevato (dal 10 al 30%) raccomandato dall'OCSE:

"Gli oneri finanziari eccedenti sono deducibili nell'esercizio fiscale in cui sono sostenuti solo fino al 30% degli utili del contribuente prima di interessi, imposte, svalutazioni e ammortamenti (EBITDA) o fino a un importo di 1.000.000 EUR, se superiore"¹³.

Gli istituti finanziari e le imprese di assicurazione sono escluse dall'ambito di applicazione della suindicata disposizione¹⁴.

Le proposte in materia di "exit tax"

La previsione di una imposizione in uscita, alle condizioni previste dalla proposta di Direttiva in commento, ha l'obiettivo di prevenire l'erosione della base imponibile nello Stato di origine quando le plusvalenze non realizzate sono trasferite al di fuori di detto Stato ("Un contribuente è soggetto ad imposta per un importo pari al valore

13 Secondo l'art. 4 della proposta di Direttiva "Gli oneri finanziari sono sempre dedotti a concorrenza degli interessi o di altri ricavi imponibili da attivi finanziari ricevuti dal contribuente. 2. Gli oneri finanziari eccedenti sono deducibili nell'esercizio fiscale in cui sono sostenuti solo fino al 30% degli utili del contribuente prima di interessi, imposte, svalutazioni e ammortamenti (EBITDA) o fino a un importo di 1 000 000 EUR, se superiore. L'EBITDA si calcola aggiungendo ai redditi imponibili gli importi corretti per l'imposta relativi agli interessi passivi netti e altri costi equivalenti agli interessi nonché gli importi corretti per l'imposta relativi a svalutazioni e ammortamenti.

3. In deroga al paragrafo 2, il contribuente può avere il diritto di dedurre integralmente gli oneri finanziari eccedenti qualora sia in grado di dimostrare che il rapporto tra il capitale proprio e i suoi attivi totali è pari o superiore al rapporto equivalente del gruppo. (...)"

14 È tuttavia intenzione dell'UE definire una norma di più ampia portata, che non preveda eccezioni.

di mercato degli attivi trasferiti, al momento dell'uscita, meno il loro valore a fini fiscali (...)"¹⁵.

Le disposizioni in materia di *exit tax* rispondono all'esigenza di contrastare quelle pratiche in virtù delle quali i contribuenti cercano di ridurre l'onere fiscale trasferendo la propria residenza fiscale e/o i propri *assets* in una giurisdizione a bassa fiscalità¹⁶.

Se è vero che il contribuente è assoggettato ad imposizione in uscita, è altrettanto vero che a questi è tuttavia offerta la possibilità, in virtù di quanto previsto dalla proposta di Direttiva della Commissione europea, di dilazionare il pagamento dell'imposta su un certo numero di anni e di versare il saldo mediante pagamenti successivi e suddivisi in più *tranche*.

La clausola di "switch over"

In ragione delle difficoltà connesse alla concessione di un credito d'imposta per imposte versate all'estero, a parere della Commissione europea gli Stati tendono ad esentare da imposizione i redditi di fonte estera.

Fenomeni di erosione della base imponibile si verificano allorché questi ultimi, non assoggettati a tassazione nello Stato di ingresso, a loro volta non sono tassati (o sono assoggettati a tassazione ridotta) neppure nello Stato di provenienza. Trattasi della **doppia non-imposizione**, al cui contrasto mirano le misure adottate nel contesto del Progetto BEPS¹⁷.

La clausola di *switch-over* contenuta nella proposta di Direttiva del 28 gennaio 2016 dovrebbe contrastare siffatte pratiche, in quanto il contribuente è assoggettato a imposizione (anziché essere esentato) nello Stato di ingresso e riceve un credito per le imposte versate all'estero¹⁸.

Con riferimento all'ordinamento tributario italiano, sarà sicuramente da valutare l'impatto che - qualora la proposta di Direttiva in commento dovesse essere definitivamente approvata - un siffatto regime potrebbe avere sulle disposizioni di

cui all'art. 14 del D.Lgs. n. 147/2015, che prevede la possibilità di esercitare l'opzione per la *branch exemption*, vale a dire, un sistema di esenzione che, in alternativa al credito di imposta, è finalizzato ad evitare la doppia imposizione internazionale¹⁹.

La norma generale antiabuso

Gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva si presentano complessi e in costante evoluzione.

Note:

15 Secondo l'art. 5 della proposta di Direttiva, "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.

(...)"

16 Per approfondimenti in tema di *exit tax* cfr. P. Valente, R. Rizzardi, *Delocalizzazione, migrazione societaria e trasferimento sede*, IPSOA, 2014, pag. 117 ss.

17 Per approfondimenti sulla c.d. doppia non-imposizione, cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 1116 ss.

18 Secondo l'art. 6 della proposta di Direttiva: "Gli Stati membri non esentano un contribuente dall'imposta sui redditi esteri che il contribuente ha percepito come una distribuzione di utili da un'entità in un Paese terzo o come proventi derivanti dalla cessione di azioni detenute in un'entità in un Paese terzo o come redditi di una stabile organizzazione situata in un Paese terzo in cui l'entità o la stabile organizzazione è soggetta, nel Paese di residenza dell'entità o nel Paese in cui è situata la stabile organizzazione, a un'imposta sugli utili a un'aliquota legale dell'imposta sulle società inferiore al 40% dell'aliquota legale che sarebbe stata applicata nell'ambito del regime dell'imposta sulle società vigente nello Stato membro del contribuente. In tali situazioni il contribuente è soggetto all'imposta sui redditi esteri con una detrazione dell'imposta versata nel Paese terzo dal suo debito d'imposta nel suo Stato di residenza a fini fiscali.

(...)"

19 Per approfondimenti sul regime della *branch exemption* cfr. P. Valente, R. Rizzardi, A. Nuzzolo, S. Mattia, *Commesse all'estero. Disciplina fiscale e profili contrattuali*, IPSOA, 2015, pag. 180 ss.

Convenzioni contro doppie imposizioni

Per tali ragioni, la Commissione europea ha ritenuto di dover proporre una norma generale antiabuso, in grado di includere tutte quelle fattispecie in relazione alle quali non si rinviene una disposizione antielusione specifica.

Una siffatta norma generale avrebbe lo scopo di colmare le eventuali lacune che possono esistere nelle specifiche norme antiabuso nazionali e conferisce all'Amministrazione finanziaria il potere di negare ai contribuenti il beneficio, in presenza di pratiche abusive. Nell'applicazione della norma antiabuso generale assume rilevanza la valutazione sulla sussistenza o meno di **sostanza economica** e di **valide ragioni commerciali**²⁰.

Essa dovrebbe trovare applicazione con riferimento a quelle **costruzioni non genuine**, le quali sono realizzate con l'obiettivo di ottenere un vantaggio fiscale non in linea con le finalità delle norme tributarie applicabili.

Le proposte in tema di disciplina CFC e strumenti ibridi

Le disposizioni sulle società estere controllate (CFC), mediante la ri-attribuzione, ai fini fiscali, dei redditi prodotti dalla controllata estera alla casa madre, si ripropongono di contrastare quelle pratiche in virtù delle quali ingenti quantità di reddito vengono trasferite alla *subsidiary* che si trova in un Paese a tassazione ridotta.

La disposizione proposta dalla Commissione europea prevede **l'inclusione nella base imponibile dei redditi non distribuiti della società estera controllata**, in presenza di determinate condizioni le quali riguardano:

- la percentuale di partecipazione (“diretta o indiretta di oltre il 50% dei diritti di voto”) della casa madre nella controllata;
- l'aliquota d'imposta applicabile nel Paese della controllata (“inferiore al 40% dell'aliquota effettiva che sarebbe stata applicata nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente”);

- le categorie di reddito coinvolte e le modalità di calcolo della base imponibile²¹.

Quanto agli strumenti ibridi, in linea con le preoccupazioni espresse dall'OCSE nel contesto del Progetto BEPS, la Commissione europea ritiene che gli stessi, in ragione della differente qualificazione loro attribuita nelle diverse giurisdizioni, possono portare a doppie deduzioni (doppia non-imposizione)²².

Per tale motivo risulta importante che la qualificazione giuridica di uno strumento ibrido o di un'entità ibrida, nello Stato membro da cui ha origine un pagamento, venga presa in considerazione, ai fini fiscali, dall'altro Stato membro

Note:

20 Secondo l'art. 7 della proposta di Direttiva “Le costruzioni non genuine o una serie di costruzioni non genuine poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero state altrimenti applicabili sono ignorate ai fini del calcolo dell'imposta sulle società dovuta. 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”.

21 Secondo l'art. 8 della proposta di Direttiva “La base imponibile di un contribuente include i redditi non distribuiti di un'entità se sono soddisfatte le seguenti condizioni:

(a) il contribuente, da solo o insieme alle sue imprese consociate, secondo quanto definito nell'ambito del sistema di imposizione delle società applicabile, detiene una partecipazione diretta o indiretta di oltre il 50% dei diritti di voto o possiede oltre il 50% del capitale o ha il diritto di ricevere oltre il 50% dei profitti di tale entità;

(b) nell'ambito del regime generale applicabile nel Paese dell'entità, gli utili sono soggetti a un'aliquota effettiva dell'imposta sulle società inferiore al 40% dell'aliquota effettiva che sarebbe stata applicata nell'ambito del sistema di imposizione delle società vigente nello Stato membro del contribuente;

(c) oltre il 50% dei redditi ottenuti dall'entità rientra in una delle seguenti categorie:

(...)

(d) l'entità non è una società la cui principale categoria di azioni è negoziata regolarmente in una o più borse riconosciute.

(...)

22 Per approfondimenti sulle problematiche sollevate dagli strumenti ibridi cfr. P. Valente, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, pag. 2025 ss.

Convenzioni contro doppie imposizioni

coinvolto²³. Ciò, allo scopo di assicurare che il medesimo elemento di reddito non vada incontro a una doppia esenzione (o a una doppia deduzione).

Nota:

23 Secondo l'art. 10 della proposta di Direttiva “Se due Stati membri danno una diversa qualificazione giuridica al medesimo contribuente (entità ibrida), comprese le sue stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri, e ciò

porta a una situazione in cui lo stesso pagamento, le stesse spese o le stesse perdite sono dedotti 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, o a una situazione in cui un pagamento è dedotto nello Stato membro in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione del medesimo pagamento nell'altro Stato membro, la qualificazione giuridica attribuita all'entità ibrida dallo Stato membro in cui il pagamento ha origine, le spese sono sostenute o le perdite sono subite è seguita dall'altro Stato membro.

(...)”.