

Legislazione belga in materia di CFC

Bruno Peeters¹

Ethel Puncher²

1. Background e motivi dell'*absentiae legis*

1. Il Belgio non ha un regime specificamente applicabile alle *controlled foreign companies* (CFC)³. Nel 1986, il Ministro delle Finanze belga dichiarò espressamente che non intendeva introdurre una normativa CFC in Belgio, per le complessità che un cambiamento di questo genere avrebbe comportato⁴. Da quel momento in poi, si è dibattuto più volte, ad esempio durante le discussioni sulla riforma dell'imposta sul reddito delle società del 2002.

2. Nel 2009 la questione è stata nuovamente sollevata dalla Commissione Parlamentare per la lotta all'evasione fiscale, che raccomandò nel suo rapporto del maggio 2009 l'introduzione di una legislazione sulle CFC in Belgio⁵. Tuttavia, il Ministro delle Finanze dichiarò nel luglio 2011 e nel gennaio 2012, rispondendo a due interrogazioni parlamentari sul tema, che una legislazione di questo tipo non avrebbe dovuto essere introdotta per molteplici ragioni, che saranno chiarite di seguito⁶.

3. Innanzitutto, il Ministro delle Finanze ha fatto nuovamente riferimento alle complessità che l'introduzione di una disciplina di questo tipo avrebbe comportato, specialmente se si fossero volute assicurare l'efficienza e l'effettività della normativa.

¹ Professore ordinario della Facoltà di Legge dell'Università di Anversa. Traduzione italiana a cura di Francesca Macchia, dottoranda di ricerca in Diritto Tributario Europeo presso l'Università di Bologna – Alma Mater Studiorum

² Assistente presso la Facoltà di Legge dell'Università di Anversa.

³ P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 152.

⁴ Parl. Q. n° 109 (ANTHEUNIS), 10 Febbraio 1986, *Bull.Bel.* 1986, 1600.

⁵ Rapporto della Commissione Parlamentare sull'evasione fiscale, 7 maggio 2009, DOC 52 0034/004, 268-269 (raccomandazione 99).

⁶ Parl. Q. n° 450 (MATHOT), 8 luglio 2011, *Vr&Antw.* Kamer 2010-2011, 25 luglio 2011, 51; Parl. Q. n° 54 (MATHOT), 19 dicembre 2011, *Vr&Antw.* Kamer 2011-2012, 17 gennaio 2012, 76.

4. In secondo luogo, lo stesso Ministro ha preso in considerazione il diritto dell'Unione Europea, e più in particolare la libertà di stabilimento. Non si può negare che le normative CFC rendono più difficile la localizzazione di una società controllata in un altro Stato Membro. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGCE), ad esempio nelle cause *ICI*⁷ e *Cadbury Schweppes*⁸, una norma nazionale che limiti il diritto di stabilimento trova giustificazione solamente ove essa si riferisca specificamente a costruzioni interamente artificiali, che non rispecchiano la realtà economica, dirette ad evitare l'applicazione della legislazione dello Stato Membro. Quando la controllata abbia la necessaria "sostanza", l'applicazione delle regole CFC non può essere giustificata⁹ dalla presenza di costruzioni artificiali e di frodi fiscali. Le norme CFC possono trovare applicazione anche a fattispecie in cui la controllata sia stabilita in un altro Stato Membro per valide ragioni economiche. Così la normativa nazionale può essere incompatibile con il diritto dell'Unione Europea, a seconda di come sia definito l'ambito applicativo¹⁰.

5. In terzo luogo, il Ministro ha ribadito che, per scelta politica, il Governo belga ritiene la legislazione sulle CFC incompatibile con il Modello di Convenzione OCSE. A tal proposito, il Belgio ha introdotto alcune Osservazioni al commentario ufficiale OCSE al Modello di Convenzione. Infatti ha dichiarato espressamente di ritenere l'applicazione della legislazione sulle CFC contraria alle disposizioni dell'articolo 5, comma 7, articolo 7, comma 1 e dell'articolo 10, comma 5, *"in particolare il caso in cui uno Stato contraente esiga un'imposta da un proprio residente sul reddito derivante da una società straniera, attribuendo a tale residente, in proporzione alla sua partecipazione al capitale della società straniera, il reddito derivante da tale società. Facendo ciò, lo Stato amplia la base imponibile del proprio residente attribuendogli reddito che non è derivato da quel residente ma da una società straniera che non è soggetta ad imposta in quello Stato, in conformità con la Convenzione. Quello Stato contraente*

⁷ CGCE 16 luglio 1998, C-264/96 in *curia.europa.eu*.

⁸ CGCE 12 settembre 2006, C-196/04 in *curia.europa.eu*. Per una panoramica completa di questa sentenza, si veda L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 978.

⁹ L. DE BROE, *De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding*, T.F.R. 2010, vol. 375, (125) 129.

¹⁰ E. VON FRENCKELL, *National Report Belgium* in M. LANG et al. (ed.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, (97) 120-121.

*in tal modo non tiene conto della personalità giuridica della società straniera e pertanto agisce in contrasto con la Convenzione*¹¹. Perciò, il Belgio si discosta in maniera netta dall'approccio generale OCSE, secondo il quale la legislazione sulle CFC sarebbe conforme agli articoli 5, 7 e 10 del Modello di Convenzione OCSE¹².

Inoltre, è opportuno segnalare che i Giudici di tre paesi, (Francia, Regno Unito e Finlandia) hanno ritenuto compatibili le loro norme CFC con i trattati contro la doppia imposizione¹³. Benché tali Giudici abbiano deciso in maniera differente sul punto, si può presumere che quelli belgi possano adottare l'interpretazione francese, come è accaduto in molte occasioni precedenti¹⁴. Secondo il Consiglio di Stato francese nel caso Schneider, la normativa CFC viola i trattati sulla doppia imposizione che abbiano un articolo simile all'articolo 7 del Modello di Convenzione OCSE¹⁵.

6. Infine, il Ministro delle Finanze ha dichiarato che non vi è alcuna necessità di introdurre una legislazione sulle CFC, dal momento che il Codice belga sulle imposte sui redditi ("ITC"), comunque, contiene una disposizione con un obiettivo (più o meno) simile, precisamente l'articolo 344 (2) ITC, che di seguito sarà esaminato in dettaglio. Benché tale norma non introduca una disciplina CFC in senso stretto, appare comunque simile a una vera e propria normativa CFC¹⁶.

7. Nel maggio 2013, furono presentate due proposte di legge, una al Senato ed una alla Camera dei Rappresentanti, nell'ambito della lotta all'evasione ed all'elusione fiscale internazionale per l'introduzione di una normativa CFC in Belgio¹⁷. Tali proposte di legge sono ancora all'esame del Parlamento.

¹¹ Comm. Modello OCSE, articolo 1 §27.4.

¹² L. DE BROE, *De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding*, T.F.R. 2010, vol. 375, (125) 129.

¹³ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 594.

¹⁴ L. DE BROE, *De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding*, T.F.R. 2010, vol. 375, (125) 129.

¹⁵ Conseil d'Etat 28 giugno 2002, 4 ITLR 2002, 1077, come dibattuta in L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 598-602.

¹⁶ P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 152.

¹⁷ Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, teneinde de internationale fiscale fraude en de belastingparadijzen te bestrijden door middel van de instelling van zogenaamde CFC-regels, *Parl. St. Senaat 2012-2013*, 5-2113/1; Wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992, teneinde de internationale fiscale fraude en de belastingparadijzen te bestrijden door middel van de instelling van zogenaamde CFC-regels, *Parl. St. Kamer 2012-2013*, 53-2810/0001.

8. Più recentemente, nell'ambito delle proposte in materia di BEPS, le norme CFC dei Paesi OCSE sono state poste nuovamente sotto esame. Il rapporto OCSE del 19 luglio 2013 indica il "rafforzamento delle norme CFC" come una delle questioni da affrontare. A tal fine precisa che: *"Un ambito nel quale l'OCSE non è intervenuta in maniera significativa in passato è quello delle norme CFC. Una delle ragioni delle proposte in materia di BEPS risiede nella possibilità della costituzione di soggetti passivi collegati non residenti e di allocazione del reddito di società residenti mediante la collegata non residente. Le norme CFC ed altre anti-riporto di imposta sono state introdotte in diversi Paesi per affrontare tale problema. Tuttavia, le norme CFC di diversi Paesi non sempre contrastano il fenomeno del BEPS in maniera esaustiva. Mentre le norme CFC in generale determinano l'inclusione nello Stato di residenza della società capogruppo, hanno al contempo anche un effetto positivo di riflesso negli Stati d'origine, poiché i contribuenti non hanno (o hanno ridottissimi) incentivi a trasferire gli utili in una giurisdizione terza a basso prelievo fiscale."* Nel Settembre 2015, l'OCSE prevede di ultimare le proprie raccomandazioni sulle scelte nazionali per il rafforzamento delle norme CFC.

Resta da vedere quali conseguenze ciò comporterà per il Belgio. Nel rispondere ad una recente interrogazione parlamentare, il Ministro delle Finanze ha dichiarato che il Belgio appoggia pienamente il piano d'azione in materia di BEPS¹⁸. Ciò nondimeno, bisognerebbe considerare che, come già rilevato dall'Alto Consiglio per le Finanze nel 2001, l'introduzione delle norme CFC in Belgio comporterebbe un mutamento d'indirizzo della sua politica fiscale internazionale¹⁹.

9. Benché il Belgio non abbia una legislazione specifica in tema di CFC, prevede però una serie di disposizioni sia generali sia speciali volte a contrastare le tecniche di pianificazione fiscale per allocare il reddito imponibile verso giurisdizioni estere a fiscalità privilegiata, assieme alla disposizione generale anti-abuso di cui all'articolo 344 (1) ITC.

10. Innanzitutto, il regime fiscale belga contempla una specifica disposizione anti-elusione, riguardante l'irrilevanza del trasferimento di capitali verso

¹⁸ Parl. Q. n° 688 (GEORGE), 20 December 2013, *Vr&Antw.* Kamer 2013-2014, 27 gennaio 2014, 491.

¹⁹ Rapporto dell'Alto Consiglio delle Finanze, *De hervorming van de vennootschapsbelasting: het kader, de inzet en de mogelijke scenario's*, aprile 2001, 115.

giurisdizioni a fiscalità privilegiata (articolo 344 (2) ITC). Vi sono, poi, le norme belghe sulla sottocapitalizzazione (*thin capitalization*) (articolo 18, 4° ITC and 198, 11° ITC). Inoltre, l'articolo 54 ITC esclude la deducibilità di alcuni pagamenti a residenti in paradisi fiscali o a coloro che, comunque, beneficiano di regimi fiscali esteri privilegiati. Gli articoli 202 e 203 ITC contemplano le disposizioni anti elusione relative alla pex. Infine, il codice belga sulle imposte sui redditi contiene tre disposizioni sui prezzi di trasferimento (c.d. *transfer pricing*) (articoli 26, 207 e 185 (2) ITC). L'articolo 344 (2) ITC e le norme sulla sottocapitalizzazione saranno prese in esame di seguito, poiché esse presentano le maggiori analogie con un regime di CFC²⁰.

2. Il disconoscimento dei trasferimenti di assets societari

2.1 Lettera della norma

11. L'articolo 344 (2) ITC prevede: *"La vendita, il trasferimento o il conferimento di partecipazioni, obbligazioni, crediti o altri strumenti di debito, brevetti, processi produttivi, tecnologie di produzione, marchi, o qualsivoglia simile diritto, o denaro contante ad un contribuente come definito dall'articolo 227 [ovvero contribuenti non residenti] che, ai sensi della legge dello Stato in cui sia stabilito, non sia soggetto all'imposta sul reddito o non sia ad essa soggetto per quel reddito derivante dal trasferimento di beni e diritti, verso un regime fiscale che sia notevolmente più favorevole rispetto a quello applicabile ad un reddito analogo in Belgio, non possono essere fatte valere nei confronti dell'Amministrazione per le imposte dirette, a meno che il contribuente non dimostri o che la transazione risponde a sostanziali esigenze economiche o finanziarie, o che egli abbia effettivamente ricevuto all'esito della transazione un corrispettivo che produca effettivo reddito soggetto ad imposizione in Belgio che possa*

²⁰ Per una visione dettagliata delle altre disposizioni si vedano le seguenti pubblicazioni: M. BOURGEOIS e E. TRAVERSA, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *Tax Treaties and Tax Avoidance: application of anti-avoidance provisions*, vol. 95a, The Hague, 2010, 127-148; S. CLAES, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *The Taxation of Foreign Passive Income for Groups of Companies*, vol. 98a, The Hague, 2013, 139-158.

essere ritenuto normale se raffrontato a quello che egli avrebbe sopportato se la transazione non avesse avuto luogo". [auto-certificazione]

12. Detta disposizione fu introdotta nel 1954 e poi emendata in maniera consistente nel 1973 e nel 1992 per contrastare quella strategia fiscale internazionale per trasferire il reddito che deriva dagli assets societari dal cedente ad un contribuente non residente, per essere poi assoggettato ad un regime di fiscalità privilegiata all'estero²¹.

2.2. Prerequisiti per l'applicazione

13. Ai sensi dell'art. 344 (2) ITC le autorità fiscali possono disconoscere una vendita, un trasferimento o il conferimento di alcuni assets societari (*partecipazioni, obbligazioni, crediti o altri strumenti di debito, brevetti, processi produttivi, tecnologie di produzione, marchi, o qualsivoglia simile privativa, o denaro contante*) ad un soggetto non residente che goda di un regime a fiscalità privilegiata.

14. Tale è da considerarsi il contribuente che non sia residente nello Stato di stabilimento o che non sia soggetto ad imposta sul reddito, oppure, con riferimento al reddito generato da tali assets trasferiti, colui che sia soggetto ad un regime fiscale sostanzialmente più vantaggioso rispetto al regime fiscale che sarebbe stato applicato a tale reddito in Belgio. Tale verifica di "bassa imposizione" è simile a quella dell'articolo 54 ITC,²² che riguarda la non deducibilità di alcuni costi²³.

15. Il requisito in base al quale il contribuente non residente non sia assoggettato all'imposta sui redditi può riferirsi al caso di Stati che o non prevedano un'imposta sui redditi, o che la prevedano ma con esenzione del

²¹ J.P. LAGAE, *L'utilisation de sociétés étrangères par de résidents belges en vue d'éviter l'impôt belge*, in *L'entreprise et le choix de la voie la moins imposée en droit fiscal belge*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau, 1988, 216. B.PEETERS e P.CAUWENBERGH, *Implementation of the International accepted «At Arm's Length Standard in Belgian Tax Law regarding Multinational Groups of Companies*, Intertax, 1995, n° 11, (558)562-563 e 569-570,

²² Com. IB, n° 344/2.

²³ L'articolo 54 ITC recita come segue: "Gli interessi, i dividendi da trasferimento di azioni, le royalties da licenza di brevetto, procedimenti produttivi ed altri diritti simili o il corrispettivo per attività e servizi non costituiscono spese commerciali deducibili quando versati ad un contribuente di cui all'articolo 227 ITC o ad uno stabilimento estero che, ai sensi delle leggi del paese di stabilimento non siano soggette ad imposta o siano, con riferimento ai predetti tipi di reddito, soggetti ad un regime fiscale sostanzialmente più favorevole in confronto al regime fiscale applicato a quel tipo di reddito in Belgio, a meno che il contribuente dimostri con qualsiasi strumento legittimo di prova che i pagamenti sono effettuati in relazione ad autentiche e concrete transazioni e non eccedano i limiti del normale."

beneficiario. Tale non è considerato il contribuente che pur soggetto ad imposta, in concreto non la versi (per effetto di certe deduzioni, perdite fiscali riportate, esenzioni, ecc.)²⁴.

16. Inoltre, la verifica di "fiscalità privilegiata" avrà esito positivo quando il reddito generato dall'asset societario trasferito sia soggetto ad un regime sostanzialmente più vantaggioso all'estero se raffrontato a quello applicato per quello specifico tipo di reddito in Belgio. Non vi sono linee guida dettagliate che indichino quando il reddito debba essere considerato soggetto ad un "regime fiscale sostanzialmente più vantaggioso". Prendendo in esame il caso *SIAT* della CGCE²⁵, è molto probabile che l'art. 344 (2) ITC non sia compatibile con il diritto dell'Unione Europea. Ciò perché come nel caso *SIAT*, l'articolo 54 ITC non stabilisce chiaramente quando il reddito debba essere considerato come soggetto ad un'imposizione sostanzialmente più vantaggiosa rispetto a quella belga. Senza tale riferimento, la disposizione anti-abuso dell'articolo 54 ITC non offre sufficienti garanzie di applicazione alle sole costruzioni artificiali²⁶. Dal momento che la lettera dell'articolo 54 ITC è simile a quella dell'articolo 344 (2) ITC²⁷, si può ritenere che la Corte di Giustizia applicherebbe lo stesso ragionamento per la conformità dell'articolo 344 (2) ITC con il diritto dell'Unione Europea²⁸.

2.3. Nozione di controllo rilevante

17. Ai fini dell'applicazione dell'articolo 344 (2) non è richiesto che la società belga controlli o sia titolare di una certa quota di partecipazione nella società non residente. L'articolo si applica anche a coloro i quali non siano soci di una società straniera. Quindi, l'ambito della disposizione belga è persino più ampio rispetto alla tradizionale normativa in materia di CFC²⁹.

²⁴ P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 213.

²⁵ CGCE 5 luglio 2012, C-318/10, in *curia.europa.eu*.

²⁶ S. CLAES, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *The Taxation of Foreign Passive Income for Groups of Companies*, vol. 98a, The Hague, 2013, (139) 148.

²⁷ P. LION, *Artikel 344, §2 van het WIB92: een papieren tijger*, *AFT* 1995, vol. 11, (317) 321.

²⁸ A. WEYN, *Artikel 54 WIB: dromen van duidelijker wetgeving*, *Fisc. Act.* 2012, vol. 30, (7) 11-12.

²⁹ E. VON FRENCKELL, *National Report Belgium* in M. LANG et al. (ed.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, (97) 103-104.

2.4. Requisiti dei soggetti interessati

18. Il cedente deve essere una persona fisica o una società residente in Belgio ai fini dell'imposta sul reddito, oppure deve essere un non residente che possieda *assets* societari in Belgio che producano reddito. Il cessionario deve essere "un contribuente come definito nell'articolo 227 ITC" che definisce ed elenca tutte le categorie dei contribuenti non residenti, come persone fisiche, persone giuridiche, associazioni (con o prive di personalità giuridica), enti pubblici ed *organizzazioni* no-profit.

2.5. Criterio di calcolo della base imponibile

19. Una questione ad oggi rimasta irrisolta riguarda la quota di reddito da attribuire fiscalmente al cedente. Le soluzioni possibili sono diverse: il reddito generato dagli *assets* societari o (a) prima o (b) dopo il loro trasferimento, (c) quello generato dagli *assets* societari che potrebbero aver sostituito quelli inizialmente trasferiti o (d) qualsiasi reddito realizzato dalla società straniera dopo il trasferimento degli *assets* societari. L'indirizzo dominante appare quello in base al quale solo il reddito effettivamente generato dagli *assets* societari inizialmente trasferiti vada attribuito al cedente. Benché tale approccio sia conforme alla lettera della disposizione, solleva alcune questioni interessanti, a titolo d'esempio: quale reddito deve essere preso in considerazione quando gli *assets* iniziali siano ceduti o dismessi e sostituiti da altri *assets* che non generino reddito o al più generino reddito di differente natura e per un differente ammontare? Come dovrebbe essere applicata la norma nel caso di un trasferimento di denaro in contante, dal momento che tale trasferimento non genera reddito³⁰?

20. In ragione di tali numerose questioni irrisolte ed a causa del fatto che non c'è un orientamento ufficiale, l'amministrazione finanziaria appare riluttante nell'applicare l'articolo 344 (2) ITC in concreto. Se possibile, essa preferisce applicare piuttosto le altre disposizioni anti-abuso che non disconoscano la cessione in quanto tale, ma sulla base delle quali il corrispettivo a prezzo di mercato per la cessione o per i successivi

³⁰ P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 215-216.

pagamenti (i.e. royalties, interessi) sia contestabile³¹. È per questo che la disposizione è stata definita in maniera calzante come una "tigre di carta" dalla dottrina belga³². Nel contesto dei ricorrenti dibattiti circa l'introduzione di un regime CFC in Belgio, la dottrina belga ha suggerito di iniziare con una verifica di come l'articolo 344 (2) ITC possa garantirne una maggiore effettività, prima di vagliare l'ipotesi di introdurre nuove e più complesse norme CFC³³.

2.6. Computo della base imponibile

21. L'articolo 344 (2) ITC introduce una *fictio legis*³⁴ in conseguenza della quale gli assets societari trasferiti in violazione di detta disposizione vengono considerati come se non avessero mai lasciato la disponibilità del cedente belga, e pertanto tali assets ed il reddito generato restano computati fiscalmente al cedente³⁵. Tale regime è analogo a quello CFC basato su di un cosiddetto "*transactional approach*"³⁶.

2.7. Metodi per evitare la doppia imposizione

22. Ai sensi dell'articolo 344 (2) ITC i redditi restano soggetti ad imposta in capo al cedente, con il pericolo di una doppia imposizione qualora il reddito sia tassato anche all'estero. La norma però non prevede un rimedio per la doppia imposizione³⁷.

³¹ S. CLAES, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *The Taxation of Foreign Passive Income for Groups of Companies*, vol. 98a, The Hague, 2013, (139) 153.

³² P. LION, *Artikel 344, §2 van het WIB92: een papieren tijger*, AFT 1995, vol. 11, 317-344.

³³ L. DE BROE, *De vervagende grens tussen belastingontduiking en belastingvermijding*, T.F.R. 2010, vol. 375, (125) 129.

³⁴ Suprema Corte 18 dicembre 1962, *Pas.* 1963, I, 489; Tribunale di Anversa 17 giugno 2003, *TFR* 2004, vol. 254, 80; Tribunale di Anversa 3 marzo 2006, *TFR* 2006, vol. 307, 707.

³⁵ G. BOMBEKE, *Artikel 344 §2 WIB 1992 en het spookbeeld van het vermoeden van simulatie*, (nota a Tribunale di Anversa 3 marzo 2006), *TFR* 2006, vol. 307, (708) 708-709.

³⁶ E. VON FRENCKELL, *National Report Belgium* in M. LANG e others (ed.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2004, (97) 103-104.

³⁷ S. CLAES, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *The Taxation of Foreign Passive Income for Groups of Companies*, vol. 98a, The Hague, 2013, (139) 152; L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 123-142.

2.8. Diritto di dimostrare l'assenza di finalità elusive

23. Il cedente belga può evitare l'applicazione dell'articolo 344 (2) ITC dimostrando (a) che la cessione sia giustificata da valide ragioni economiche o finanziarie o (b) che egli abbia ricevuto, in conseguenza della cessione, un corrispettivo effettivo che generi reddito effettivamente soggetto a tassazione in Belgio corrispondente all'onere fiscale di cui sarebbe stato gravato qualora la cessione non avesse avuto luogo. Detta "clausola di salvaguardia" prevede l'esistenza di due condizioni alternative e non cumulative, in quanto basta dimostrare la sussistenza di una delle due³⁸.

24. In caso di dubbi, il contribuente può richiedere all'apposita Ruling Commission, considerando l'articolo 344 (2) ITC non applicabile ad una cessione già programmata³⁹.

2.9. Conformità ai principi costituzionali

25. L'articolo 344 (2) ITC è sostanzialmente considerato conforme ai principi costituzionali belgi ed, in particolare, a quello di uguaglianza e non discriminazione e comunque rispettoso della riserva di legge.

26. Il principio di uguaglianza e quello di non discriminazione sono previsti dagli artt. 10 ed 11 della Costituzione belga per assicurare che categorie di individui in situazioni analoghe debbano essere trattate in maniera eguale, e categorie di individui in situazioni differenti debbano essere trattate in maniera differente. Il controllo del rispetto costituzionale avviene sulla base dei seguenti requisiti: l'obiettività della distinzione, l'adeguatezza della misura in rapporto allo scopo di essa, e l'esistenza di un equilibrio nel rapporto tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito dalla misura⁴⁰.

Alla luce dei suddetti criteri, si può concludere che l'articolo 344 (2) ITC è conforme al principio di eguaglianza, dal momento che le differenze di

³⁸ P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 218-221.

³⁹ Fino ad ora solo una pronuncia è stata emanata in merito a questa norma: decisione n° 800.456, 31 marzo 2009, www.monkey.be.

⁴⁰ Corte Costituzionale, n° 23/89, 13 ottobre 1989, *B.S.* 8 novembre 1989.

trattamento sono giustificate dall'applicazione di criteri obiettivi rispettando comunque la proporzionalità⁴¹.

27. Il famoso motto "*no taxation without representation*" è inserito nella Costituzione belga. Questa prevede all'art. 170 che nessun tributo possa essere imposto se non in forza di una norma di legge. Secondo tale principio un tributo non può essere istituito da un provvedimento dell'autorità fiscale, da una circolare o da un'interpretazione amministrativa delle autorità incaricate dell'esazione. Perciò, non è legittimo imporre un tributo senza una disposizione di legge⁴².

Nel verificare la compatibilità dell'articolo 344 (2) ITC con il principio di riserva di legge, bisogna prendere in esame la "clausola di salvaguardia". La sua seconda parte (reale corrispettivo) appare sufficientemente precisa da essere conforme al principio di riserva di legge. Con riferimento alla prima parte (reali esigenze economiche o finanziarie), si noti che il Consiglio di Stato espresse la preoccupazione che una locuzione così generica attribuisse ampi poteri discrezionali all'amministrazione finanziaria, tali da far dubitare del rispetto della riserva di legge⁴³. Tuttavia, secondo la dottrina, tale principio è applicato con minor rigore in conseguenza dei mutamenti economico-sociali, in ragione dei quali si può adottare un'interpretazione che consenta il rispetto della lettera dell'articolo 170 della Costituzione. Peraltro, l'incertezza interpretativa generata dalla genericità della lettera della norma può essere ridotta con il ricorso alla procedura pre-giudiziale⁴⁴.

2.10. Conformità al Modello di Convenzione OCSE ed al diritto dell'Unione Europea

28. Come sopra riportato, benché l'art. 344 (2) ITC non sia una norma strettamente attinente alla materia CFC, vi sono una serie di analogie sia per obiettivi sia per effetti tra le due norme. Poiché il Belgio ha formulato

⁴¹ A. NOLLET, *L'Article 344, §2, du C.I.R. 1992: essai de contrôle de « constitutionnalité » et de « conventionnalité » d'une disposition légale fiscale belge « anti-abus »*, R.G.C.F. 2011, vol. 6, (488)504-506.

⁴² B. PEETERS, *Het fiscaal legaliteitsbeginsel in de Belgische Grondwet: verstrakking of erosie?*, in: B. PEETERS e J. VELAERS, (Eds.) *De grondwet in groothoekperspectief. Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Intersentia, Antwerpen, 2007, 509-562; P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 59-60.

⁴³ *Parl. St.* 1990-1991, n°1641/1, 69-70.

⁴⁴ B. PEETERS e T. WUSTENBERGHS, *De verenigbaarheid van vage en onbepaalde normen met het fiscale legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel*, A.F.T. 1999, vol. 3, (94) 100-103.

un'Osservazione nel Commentario OCSE, dichiarando di ritenere che la legislazione CFC sia in contrasto con alcuni articoli del Modello di Convenzione OCSE, si può presumere che, in forza dei principi di buona *governance*, il Belgio si atterrà alla propria Osservazione e si asterrà dall'applicare una disposizione interna con effetti analoghi a quelli di una disciplina CFC quando possa essere in contrasto con una convenzione contro la doppia imposizione. Ciò è certamente vero per i trattati sottoscritti dopo che l'Osservazione fu formulata, ma anche per quelli conclusi in precedenza. In altre parole, il Belgio non applicherebbe l'articolo 344 (2) ITC a cessioni o trasferimenti che riguardino residenti in Stati con i quali sia stato concluso un trattato contro la doppia imposizione ⁴⁵.

29. Con riferimento alla compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, occorre ora prendere in considerazione il caso *SIAT* già citato al paragrafo 16. Inoltre, si noti che, data l'ampia portata della sua formulazione letterale, l'articolo 344 (2) è anche applicabile a fattispecie che non possono essere considerate "interamente artificiali" secondo quanto previsto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sopra citata. Perciò, appare estremamente improbabile che la norma possa essere considerata compatibile con la libertà di stabilimento ⁴⁶ o, quando non vi sia una partecipazione di controllo, con quella di movimento dei capitali. (Date le peculiarità della misura, si può ritenere che l'articolo 344 (2), del pari, costituisca una violazione della libera circolazione dei capitali).

Tanto premesso, si noti che il Belgio ha sottoscritto trattati contro la doppia imposizione con tutti gli Stati Membri. Poiché il Belgio non intende applicare l'articolo 344 (2) là dove dovrebbe applicare i trattati contro la doppia imposizione, come riportato al paragrafo 28, l'articolo di conseguenza non troverà mai applicazione nell'ambito dell'Unione Europea⁴⁷. Poiché l'articolo 344 (2) ITC risale a prima del 31 dicembre 1993 (modificato l'ultima volta

⁴⁵ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 637. Escludendo l'osservazione formulata dal Belgio, un'analisi tecnica dettagliata se l'articolo 344 (2) ITC sia conforme ai trattati fiscali belgi può essere rinvenuta alle pagine 638-644 delle sopra citate pubblicazioni.

⁴⁶ P. VANHAUTE, *Belgium in International Tax Planning*, IBFD Publications, 2008, 222; K. VAN ENDE, *Cadbury Schweppes en de antimisbruikbepalingen in het WIB 1992*, A.F.T. 2007, vol. 5, (43) 55-57.

⁴⁷ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 989-994.

nel 1992), non v'è ragione di verificare se la disposizione sia compatibile con la libera circolazione di capitali rispetto ai Paesi terzi⁴⁸.

3. Le disposizioni in materia di sottocapitalizzazione

3.1. Rapporto paritario tra debito e capitale – Interessi versati a certi soci e amministratori

3.1.1. Ambito di applicazione della disposizione

30. Ai sensi dell'articolo 18, 4° comma ITC gli interessi che derivano da alcuni tipi di debito (c.d. *tainted debt*) – indipendentemente dal fatto che esso sia rappresentato da titoli – vengono trattati come distribuzione di dividendi presunti, se e nella misura in cui⁴⁹ una delle seguenti soglie sia superata: (a) il tasso d'interesse supera il tasso d'interesse di mercato (articolo 55 ITC) o (b) l'ammontare totale di finanziamenti "tainted" supera il capitale interamente versato del debitore alla fine del periodo d'imposta, aumentato delle riserve tassate all'inizio dell'anno (con il risultato di un rapporto paritario tra debito e capitale)⁵⁰.

31. Sono considerati debiti "tainted" (a) finanziamenti concessi da singoli soci o amministratori, dirigenti, liquidatori e persone esercenti simili funzioni in seno alla società (b) finanziamenti concessi dal coniuge o da figli di soci o amministratori, dirigenti, liquidatori (c) finanziamenti concessi da società non residenti o associazioni no profit (residenti e non), purché tali società o associazioni svolgano funzioni di amministratori, dirigenti, liquidatori e simili. Obbligazioni pubbliche e altri simili strumenti di debito sono esclusi dalla lista del c.d. "*tainted debt*".

⁴⁸ Articolo 64 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (TFEU). Si noti che la disposizione è stata modificata dal Regio Decreto 20 dicembre 1996. Tuttavia, tale Decreto ha solo confermato la misura esistente e, invece che introdurre una nuova distinzione nel 1996, il Decreto ha ridotto l'ambito di quella preesistente. Ciò porta alla conclusione che la modifica del 1996 non rende applicabile la libertà di movimento verso Stati terzi, In tal senso si veda L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 956.

⁴⁹ La riqualificazione come dividendi si applica solo all'eccedenza. Il restante sono considerati interessi deducibili.

⁵⁰ Il contribuente non ha diritto di contestare l'applicazione di tale rapporto paritario.

32. Pertanto, finanziamenti concessi da società belghe non rientrano nell'ambito della disposizione. Inoltre, la norma non riguarda i finanziamenti ai soci eseguiti da società/soci non residenti. L'applicazione della disposizione a società non residenti può essere agevolmente aggirata nel suo complesso, poiché generalmente non vi è necessità di designare un creditore (estero) come amministratore/dirigente di una società belga (neppure se egli sia un socio)⁵¹.

33. La norma fu introdotta nel 1992⁵² e mira da un lato ad evitare la sottocapitalizzazione e dall'altro ad impedire alla società di erodere la propria base imponibile pagando eccessivi interessi⁵³. Come indicato al paragrafo 32, la disposizione ha scarso rilievo per le operazioni *cross-border* e per lo scopo del presente articolo.

3.1.2. Conformità al modello di convenzione OCSE ed al diritto dell'Unione Europea

34. L'articolo 18, 4° comma ITC non rispetta pienamente il principio dell'*arm's length* previsto nell'articolo 9, 1° comma del Modello di Convenzione OCSE, dal momento che prevede l'applicazione del rapporto paritario tra debito e capitale a tutte le società belghe, a prescindere dal settore in cui operino, dal loro status o dalle loro caratteristiche. Il fatto che il contribuente non abbia diritto di opporsi all'applicazione del rapporto paritario è un elemento aggravante sotto questo profilo⁵⁴.

Quanto all'interrogativo se la riqualificazione nazionale belga degli interessi eccessivi come dividendi li renda qualificabili come dividendi anche ai sensi dell'articolo 10 del Modello di Convenzione OCSE, va segnalato che il Ministero delle Finanze ritiene che qualsiasi reddito qualificato come dividendo ai fini della legislazione nazionale belga debba essere qualificato come dividendo nell'ambito dei trattati belgi contro la doppia imposizione⁵⁵.

⁵¹ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 122-123.

⁵² Legge 28 luglio 1992 recante disposizioni fiscali e finanziarie, *B.S.* 31 luglio 1992.

⁵³ *Parl. St. Kamer* 1991-1992, 444/9, 91-103.

⁵⁴ B. PEETERS, *Onderkapitalisatie en dubbelbelastingverdragen*, *TFR* 1998, vol. 157, (101) 102-103; L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 518.

⁵⁵ *Parl. Q.* n° 214 (DUPRÉ), 29 dicembre 1995, www.monkey.be.

Tuttavia, l'articolo 10 (3) del Modello di Convenzione richiede a tale scopo che il reddito riqualificato riceva lo stesso trattamento fiscale dei dividendi, e che tale reddito derivi da altri diritti societari. Dal momento che gli interessi non rispettano tale ultimo requisito (i crediti non si qualificano come altri diritti societari), interessi eccessivi riqualificati dovrebbero essere considerati come quelli nell'accezione dell'articolo 11 del Modello di Convenzione. Nondimeno, questa conclusione è valida solo nella misura in cui i trattati belgi seguano il Modello di Convenzione, visto che il Belgio ha espresso una propria Riserva con riferimento all'articolo 10 (3), per assicurarsi che gli interessi assoggettati dalla legge belga ad imposta quali dividendi rientrino nell'ambito dell'articolo 10 del Modello di Convenzione. Pertanto, alla domanda se gli interessi riqualificati siano considerati "interessi" o "dividendi" ai fini dell'applicazione di un trattato, si dovrebbe rispondere che ciascun trattato fiscale andrebbe esaminato singolarmente⁵⁶. Inoltre, il Ministero delle Finanze ha dichiarato che l'articolo 18, 4° ITC non viola l'articolo 24 (4) e (5) del Modello di Convenzione OCSE⁵⁷. Tuttavia, nella maggior parte dei casi in cui sia rispettato il criterio del rapporto paritario, l'applicazione dell'articolo 18, 4° ITC costituirà una violazione dell'articolo 9 del Modello di Convenzione, e l'articolo 18, 4° ITC verrà disapplicato in favore dell'articolo 24 (4) del Modello, per la sua natura discriminatoria (applicandosi solo ad interessi versati a non-residenti)⁵⁸. Non si è raggiunta ancora una posizione comune in dottrina con riguardo all'eventuale violazione dell'articolo 24 (5) del Modello OCSE da parte dell'articolo 18, 4° ITC⁵⁹.

⁵⁶ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 528-535. L'autore distingue quattro gruppi di trattati ed esamina nel dettaglio l'applicabilità degli artt. 10 ed 11 al Modello.

⁵⁷ Parl. Q. n° 214 (DUPRÉ), 29 dicembre 1995, www.monkey.be.

⁵⁸ L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 566.

⁵⁹ G. LOWAGIE e S. DINGENEN, *Onderkapitalisatie van vennootschappen* in W. MAECKELBERGH (ed.) *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 1997-98*, Diegem, Ced.Samsom, 1998, 322 (non violazione); L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 567 (non violazione); X. CLAREBOUT e M. DHAENE, *A comparative study on the thin capitalization rules in the Member States of the European Union and certain other states*, *European Taxation* 2005, 376 (violation); B. PEETERS, *Onderkapitalisatie en dubbelbelastingverdragen*, *TFR* 1998, vol. 157, (101) 104 (violation).

35. Quanto alla compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, si consideri che nel caso *Lammers & Van Cleeff*⁶⁰, la Corte ha ritenuto che l'articolo 18, 4° ITC rappresenti un'ingiustificata restrizione della libertà di stabilimento. La Corte di Giustizia ha ritenuto che gli interessi corrisposti da una società con sede in Belgio ad una società di controllo crea una disparità di trattamento a seconda che quest'ultima abbia o meno la sua sede in Belgio. Di conseguenza, società controllate da una società capogruppo che non abbia sede in Belgio, sono soggette ad un regime fiscale più svantaggioso di quelle controllate da una società con sede in Belgio.

Secondo la Corte di Giustizia la restrizione alla libertà di stabilimento può trovare unica giustificazione in ragioni connesse alla prevenzione di abusi, per impedire costruzioni interamente artificiali che non rispecchino la realtà economica con l'unico intento di eludere l'imposta. La norma però va ben oltre l'obiettivo di colpire le cessioni che non rispettino il valore di mercato, l'articolo 18, 4° ITC è stato ritenuto incompatibile con la libertà di stabilimento e, perciò, non può essere applicato nel caso in cui la società che eroga il finanziamento appartenga all'UE (e allo SEE). L'articolo 18, 4° ITC resta in ogni caso applicabile all'interno dell'UE/SEE quando riguardi persone fisiche⁶¹.

3.2. Il rapporto tra debito e capitale nella proporzione 5 a 1– Interessi versati a società che eroga il finanziamento e che gode di un regime fiscale privilegiato

3.2.1. Testo della norma

36. Nel 1996 fu introdotta una seconda norma sulla sottocapitalizzazione con l'articolo 198 (1) 11° comma ITC⁶². Secondo tale disposizione, un

⁶⁰ CGCE 17 gennaio 2008, C-105/07. V. anche: C. SANÒ, *Legal presumptions in national tax systems (Italy and Belgium) and in EU law*, PhD. University of Antwerp – Università di Bologna, 2013, 392, sub. 3.2.2.2. (in corso di pubblicazione).

⁶¹ Per le persone fisiche, la norma interna si applica senza distinzioni, ossia senza distinguere tra residenti e non. Per un'analisi circa la compatibilità con il diritto dell'Unione Europea e con la riserva di legge ai sensi della Costituzione belga, si confronti D. DE GROOT, *Het Belgische artikel 18, 4° WIB na twee recente arresten van het Europees Hof van Justitie*, TFR 2008, vol. 340, (439) 443-444 e L. DE BROE, *International tax planning and prevention of abuse*, IBFD Publications, 2008, 941-942.

⁶² Articolo 24 del Regio Decreto 20 dicembre 1996 riguardante varie misure fiscali, B.S. 31 dicembre 1996.

rapporto tra debito e capitale di 7 a 1 si applicava se il creditore era esente o soggetto ad un'imposta ridotta in ragione degli interessi versati relativi al debito contratto. Gli interessi eccedenti tale rapporto erano considerati come spese d'esercizio non deducibili. Detta norma non trovava applicazione a finanziamenti infragruppo.

37. In vista della preannunciata riduzione della c.d. "deduzione d'interessi fittizi" nel 2012, si temeva che le società avrebbero adottato soluzioni di sottocapitalizzazione con società infragruppo per ridurre il loro utile imponibile in Belgio⁶³. Questa è la ragione per cui l'articolo 198 (1), 11° ITC è stato emendato dalla legge 29 marzo 2012, che ha introdotto un rapporto tra debito e capitale di 5 a 1 ed ha esteso l'ambito di applicazione della norma anche ai finanziamenti infragruppo⁶⁴.

38. L'articolo 198 (1), 11° ITC ora prevede che *"fatta salva l'applicazione degli articoli 54 e 55 ITC, gli interessi da finanziamenti non sono considerati come spese d'esercizio deducibili, se e nella misura in cui la somma totale di detti finanziamenti, fatta eccezione per le obbligazioni negoziate nei mercati regolamentati o altri strumenti simili, superino di cinque volte la somma pagata dal debitore al termine del periodo d'imposta, aumentato delle riserve disponibili all'inizio dell'anno⁶⁵ quando il beneficiario degli interessi (a) non sia soggetto ad imposta sul reddito, o sia soggetto ad un regime agevolato rispetto a quello belga per quel tipo di reddito o (b) appartenga allo stesso gruppo societario del debitore."* L'articolo 198 (3) e (4) contempla alcune eccezioni a tale regola⁶⁶.

⁶³ Parl. St. Kamer 2011-2012, 2081/1, 95-96.

⁶⁴ Legge 29 marzo 2012 concernente varie disposizioni, B.S. 30 marzo 2012. Per una panoramica elaborata del nuovo regime, si veda A. PEETERS e K. WILLOQUÉ, *De nieuwe thin cap-regeling. Het bos door de bomen*, AFT 2013, vol. 6-7, 23-49; C. SANÓ, *op.cit.*, 205 e segg., sub 10.2 e 405 e segg. sub 3.3.1.2.2.

⁶⁵ La Commissione ha confermato che, quando il totale delle riserve fiscali dia risultato negativo, tale ammontare va ritenuto pari a zero. Decisione n° 2012.462, 18 dicembre 2012, www.monkey.be. Vedi K. WILLOQUÉ, *Thin cap: negatieve belaste reserves tellen niet mee*, *Fiscooog* 2013, vol. 1352, 5.

⁶⁶ Si noti che l'articolo 198 (3) ITC prevede un'esenzione a tale norma per società finanziarie che effettuano leasing di mobili ed immobili e factoring nella misura in cui i finanziamenti siano effettivamente utilizzati nell'attività da quelle società che abbiano in carico un progetto a cooperazione pubblica e privata acquisito tramite appalto. Inoltre, ai sensi dell'articolo 198 (4) ITC le norme sono flessibili nei confronti di società infragruppo che, sulla base di un accordo, amministrano il fondo cassa ordinario del gruppo. Per tali società, gli interessi pagati sono pari alla differenza positiva tra gli interessi versati in relazione a finanziamenti concessi a società del gruppo detratti gli interessi percepiti da finanziamenti concessi a società del gruppo (netting). I seguenti tipi di interessi percepiti non sono considerati per una società di *cash pooling*: (a) interessi versati da istituti finanziari e società di factoring che siano parte del gruppo e abbiano sede in uno Stato SEE e b) interessi versati da società

3.2.2. Presupposti per l'applicazione

39. L'articolo 198 (1), 11° ITC è applicabile se e nella misura in cui il rapporto tra debito e capitale sia superiore a 5 a 1 ed il beneficiario degli interessi superi il test sul "prelievo ridotto" o appartenga allo stesso gruppo societario del debitore.

40. "Prelievo ridotto" significa che o il beneficiario non sia soggetto ad alcuna imposta sul reddito, o goda di un regime sostanzialmente più vantaggioso di quello belga per quel tipo di reddito. Perciò, tale test riguarda il solo reddito e non la giurisdizione fiscale. In altre parole, il finanziamento da una società straniera che, come persona giuridica, sia pur soggetta ad una imposta sul reddito di società in misura normale, può ancora essere considerato "tainted" se l'interesse medesimo sia soggetto ad imposta sostanzialmente più favorevole di quella belga⁶⁷. Non è ancora stato chiarito quando un regime fiscale vada considerato come "sostanzialmente più favorevole di quello belga", nel significato dell'articolo 198 (1), 11° ITC. Non è chiaro neppure se le specificazioni nell'ambito della c.d "deduzione dei dividendi percepiti"⁶⁸ siano applicabili *mutatis mutandis*. Ciò significherebbe che il regime fiscale riferibile agli interessi possa essere ritenuto "sostanzialmente più favorevole sia se (a) l'aliquota nominale sugli interessi sia inferiore al 15% o (b) su quelli effettivi sia inferiore al 15%. L'aliquota applicabile negli Stati Membri dello SEE non sarebbe, quindi, ritenuta sostanzialmente più favorevole di quella belga⁶⁹. In maniera abbastanza singolare, ciò è previsto espressamente dalla norma con riferimento al *netting* di società *cash pooling*⁷⁰.

intragruppo non soggetti ad imposta sul reddito di società belga o simili imposte straniere, o società aventi sede in uno stato in cui il regime fiscale ordinario sia sostanzialmente più vantaggioso di quello belga.

⁶⁷ S. CLAES, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *The Taxation of Foreign Passive Income for Groups of Companies*, vol. 98a, The Hague, 2013, 150.

⁶⁸ Questa è l'applicazione belga della direttiva sulle società madri e figlie.

⁶⁹ A. PEETERS e K. WILLOQUÉ, *De nieuwe thin cap-regeling. Het bos door de bomen*, AFT 2013, vol. 6-7, 33-34; D. LEDURE, E. GEERTS e J. LOOS, *De nieuwe Belgische thin-cap regel: een kritische analyse*, in L. MAES (ed.), *Fiscaal Praktijkboek Directe Belastingen 2012-2013*, Mechelen, Kluwer, 2013, (153) 165-169.

⁷⁰ Vedi nota 66.

3.2.3. Nozione di controllo

41. Come indicato ai paragrafi 38 e 39, il rapporto tra debito e capitale di 5 a 1 si applica, tra l'altro, quando il soggetto che accorda il finanziamento appartenga allo stesso gruppo del debitore belga.

Tale gruppo, secondo l'articolo 198 (3) comprende l'intera rete di aziende affiliate così come prevede l'articolo 11 del Codice Societario Belga ("BCC")⁷¹. Questo si riferisce, secondo l'articolo 5 (1) BCC al controllo di diritto o di fatto, quale quello di avere influenza decisiva sulla gestione anche con la scelta della maggioranza degli amministratori.

Il controllo di diritto si ha:

- quando il controllo derivi dalla titolarità della maggioranza dei diritti di voto da partecipazioni societarie;
- quando un socio ha il diritto di nominare o revocare la maggioranza degli amministratori;
- quando un socio controlla la società come stabilito dallo statuto o da specifici accordi siglati con la società;
- quando un socio abbia la maggioranza dei diritti di voto, sulla base di un accordo con altri soci; e
- in caso di controllo congiunto⁷².

Negli altri casi il controllo è in fatto, così quando il socio possa influenzare in maniera decisiva l'indirizzo della gestione della società o la composizione del consiglio d'amministrazione. Per specificare, quando un socio abbia esercitato i diritti di voto alle ultime due assemblee dei soci che rappresentino la maggioranza dei diritti di voto collegati alle partecipazioni rappresentate a tali assemblee generali dei soci⁷³.

Inoltre, il controllo include sia quello diretto che quello indiretto⁷⁴.

⁷¹ L'articolo 11 BCC prevede che il termine "società collegate ad altra società" vada inteso come (a) società controllate (b) società controllanti (c) società consorziate e (d) altre, che, secondo il consiglio di amministrazione delle stesse, siano sotto il controllo delle summenzionate.

⁷² Articolo 5 (2) BCC.

⁷³ Articolo 5 (3) BCC.

⁷⁴ Articolo 7 (1), 1° BCC.

3.2.4. Criterio per determinare l'imponibile

42. All'applicazione dell'articolo 198 (1), 11°, consegue la non deducibilità degli interessi da mutui che eccedano la soglia del rapporto 5 a 1.

3.2.5. Diritto di dimostrare l'assenza di finalità elusive

43. Ai sensi dell'articolo 198 ITC il contribuente non può contestare l'applicazione del rapporto 5 a 1. Non può dimostrare che, nel proprio caso specifico, anche se la soglia del rapporto 5 a 1 sia superata, il suo livello di debito e di interessi passivi è conforme al valore normale di mercato.

3.2.6. Conformità ai principi costituzionali

44. Il 5 ottobre 2012 la vzw/asbl "Liga van belastingplichtigen/Ligue des contribuables" ha proposto l'abrogazione della nuova norma sulla sottocapitalizzazione, ritenendo che le modifiche apportate costituissero una violazione dei principi di eguaglianza e non discriminazione quali sanciti dalla Costituzione belga (cfr. paragrafo 26). Il 9 luglio 2013 la Corte Costituzionale ha rigettato tale richiesta e ha ritenuto che le modifiche del 2012 alla norma sulla sottocapitalizzazione belga non siano incompatibili con i principi di eguaglianza e non discriminazione⁷⁵.

3.2.7. Conformità al Modello di Convenzione OCSE e al diritto dell'Unione Europea

45. Così come specificato al paragrafo 34 con riferimento all'articolo 18, 4° ITC, anche l'articolo 198 (1), 11° ITC contrasta con il criterio del valore normale quale definito dall'articolo 9 (1) del Modello OCSE, data l'indistinta

⁷⁵ Corte Costituzionale, n° 104/2013, 9 luglio 2013, B.S. 16 settembre 2013. Per un'analisi dettagliata della decisione, in lingua inglese, si veda R. OFFERMANS, *Constitutional Court: 2012 changes to thin capitalization compatible with Belgian Constitution in IBFD Country Analyses - Belgium - Corporate Taxation*, www.ibfd.org.

ed inopponibile applicazione del rapporto 5 a 1 debito/capitale, a prescindere dal settore di attività, e dal tipo di società⁷⁶.

46. Occorre tener presente che l'articolo 24 (4) e (5) del Modello OCSE si applica a prescindere dalla residenza del soggetto che eroga il finanziamento e di quello che lo riceve. Pertanto, l'articolo 198 (1), 11° ITC non può essere ritenuto incompatibile con il summenzionato articolo del Modello OCSE.

Con riferimento alla compatibilità con il diritto dell'Unione Europea, si può fare riferimento ancora una volta al caso *SIAT*⁷⁷. Analogamente a quanto accade all'articolo 54 ITC, le condizioni per la deduzione ai sensi dell'articolo 198 (1), 11° ITC sono più stringenti di quelle generali previste all'art. 49 ITC. Peraltro, laddove l'articolo 54 ITC ammette la prova contraria del contribuente, l'articolo 198 (1), 11° ITC non lo consente⁷⁸. Inoltre, permane grande incertezza sul quando considerare un regime "sostanzialmente più vantaggioso". Tanto premesso, si può presumere che la Corte di Giustizia riterrà il secondo dei due articoli di legge in tema di sottocapitalizzazione non compatibile con il diritto dell'Unione Europea.

Con riferimento al *netting* di società di *cash pooling*, la disciplina in commento prevede che le norme fiscali comunemente applicate dagli Stati Membri dello SEE non possano essere ritenute sostanzialmente più vantaggiose di quelle belghe. Il problema sorge nel caso in cui l'esclusione dal *netting* degli interessi provenienti da un paese terzo, con un regime fiscale sostanzialmente più vantaggioso, e che non sia una costruzione artificiosa, possa essere ritenuto in contrasto con la libertà di circolazione di capitali⁷⁹.

⁷⁶ N. BAMMENS, *Het nieuwe onderkapitalisatieregime van artikel 198, §1, 11° WIB, TFR* 2012, vol. 430, (914) 920.

⁷⁷ Vedi paragrafo 0.

⁷⁸ C. SANÒ, *op.cit.*, 436, sub 3.3.1.2.2.

⁷⁹ S. CLAES, *National report of Belgium*, in IFA (ed.), *The Taxation of Foreign Passive Income for Groups of Companies*, vol. 98a, The Hague, 2013, 150.