

STUDIO DI CONSULENZA GIURIDICO-TRIBUTARIA

ROMA – TORINO – MILANO

DOTT. COMM. FABRIZIO CRAVERO
DOTT. COMM. FRANCESCO DELLI FALCONI
DOTT. COMM. GENNARO FARMESIO
DOTT. COMM. GIANLUCA FERRERO
DOTT. COMM. PIERPAOLO MASPE
DOTT. COMM. ALBERTO TRABUCCHI
AVV. GIANLUCA ZANDANO
AVV. DOTT. COMM. STEFANO ROTA

DOTT. COMM. ROBERTO BUSCHINI
DOTT. COMM. GIORGIO COLA
NICHOLE PARKER, J.D.

DOTT. COMM. FEDERICO CERULLI IRELLI
DOTT. COMM. RAFFAELE CORSO
DOTT. COMM. ALESSANDRO MURADORE
DOTT. COMM. CARLO SANNA
AVV. LORENZO TRINCHERA
DOTT. COMM. STEFANIA CULOTTA
DOTT. COMM. LAURA LEOCATA
DOTT. COMM. NICOLA MARSELLA
DOTT. COMM. MARCO PALESTRO
DOTT. COMM. EDOARDO POCOSGNICH
DOTT. COMM. SILVIA RESCIA
DOTT. COMM. GIAN PIO VILLATA

OF COUNSEL:

DOTT. COMM. MASSIMILIANO MATTIOLI
DOTT. COMM. MARCO PEIROLO



Spett.le
Agenzia delle entrate
Via Giorgione, 106
00147 – ROMA

A mezzo e-mail:
dc.gci.settorecontrollo@agenziaentrate.it

19 novembre 2021

Oggetto: osservazioni in merito alla consultazione pubblica sulla bozza di circolare dal titolo “Circolare ATAD n. 2 - Chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi - decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (recepimento della Direttiva “ATAD”)” di commento alla normativa anti-ibridi, come introdotta nella legislazione nazionale dal decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142.

Egregi Signori,

in relazione alla consultazione pubblica in oggetto, SCGT – Studio di Consulenza Giuridico-Tributaria (di seguito, “**SCGT**”) vuole preliminarmente ringraziare l’Amministrazione finanziaria per l’opportunità concessa di prendere parte alla stessa, giacché essa risulta essere estremamente utile per potenziare la collaborazione proattiva e soprattutto preventiva tra i diversi *stakeholder* coinvolti (imprese, associazioni di categoria, professionisti) e l’Amministrazione finanziaria.

ROMA

PIAZZA ADRIANA, 15
C.A.P. 00193
TEL. 06/95216800

TORINO

CORSO DUCA DEGLI ABRUZZI, 3
C.A.P. 10128
TEL. 011/0412700

MILANO

FORO BUONAPARTE, 50
C.A.P. 20121
TEL. 02/49540100

SEGRETERIA@SCGT.IT
WWW.SCGT.IT

SCGT riconosce altresì che già l'attuale versione della bozza di circolare (di seguito, "**Bozza di circolare**") pubblicata da Codesta Spett.le Agenzia delle entrate ha il pregio di affrontare i principali tratti applicativi dell'intera disciplina, fornendo un quadro interpretativo organico, nell'ambito del quale trovano soluzione molte delle questioni interpretative più problematiche scaturite dall'introduzione della disciplina anti-ibridi da parte del decreto legislativo 28 novembre 2018, n. 142 (di seguito, anche "**Decreto ATAD**"), attuativo della direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 (di seguito, "**Direttiva ATAD**").

Ciò posto, in questa sede, si propongono all'attenzione di Codesta Spett.le Agenzia delle entrate alcuni commenti sulla Bozza di circolare, nella speranza che essi possano essere presi in considerazione al fine di contribuire a migliorare ulteriormente il quadro interpretativo di riferimento nell'ottica di una maggiore efficacia e di un migliore coordinamento delle richiamate disposizioni.

1. Tematica: chiarimenti in merito alla qualificazione delle disposizioni anti-ibridi come "norme di sistema" e non come "norme antiabuso"

1.1. Paragrafi della circolare

Nel paragrafo 2.1. della Bozza di circolare viene specificato quanto segue (vd. pag. 18):

"Appare opportuno, infine, chiarire che le previsioni contenute nel Decreto ATAD hanno natura di "norme di sistema" e non si qualificano come "norme antiabuso". Ne consegue che le medesime non possono essere oggetto di disapplicazione a seguito di interpello disapplicativo e, in caso di loro violazione, occorrerà valutare da parte degli organi di controllo la sussistenza dei presupposti di legge per la comunicazione all'autorità giudiziaria per le autonome valutazioni in merito all'applicabilità delle previsioni di cui all'articolo 4 del Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74." (enfasi aggiunte).

1.2. Osservazioni

La posizione interpretativa assunta da Codesta Spett.le Agenzia delle entrate in merito alla non riconducibilità delle norme anti-ibridi tra le "norme antiabuso", a nostro avviso, non appare del tutto aderente alle disposizioni istitutive e, più in generale, al contesto normativo di riferimento.

Al riguardo, si consideri che:

- la disciplina istitutiva delle misure anti-ibridi è inserita in una direttiva UE a finalità dichiaratamente anti-abuso e, più nello specifico, "*recante norme contro le **pratiche di elusione fiscale** che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*" (vd. la rubrica alla Direttiva ATAD);
- nella relazione illustrativa al Decreto ATAD viene chiarito espressamente che le misure anti-ibridi rappresentano delle "norme antiabuso" di natura "specificata" e non "generale".

In tale sede, difatti, è stato precisato che:

*"... la disciplina dell'abuso del diritto, a differenza di quella volta a contrastare gli ibridi fiscali, è una disposizione antielusiva generale che, proprio in considerazione del suo carattere di "chiusura" rispetto al sistema tributario, non prevede un'elencazione precisa o la definizione delle potenziali operazioni elusive. La sua particolarità, rispetto **ad altre norme antielusive recate dall'ordinamento**, ha richiesto particolari tutele per il contribuente come il differimento della riscossione di cui al comma 10 dell'articolo 10-bis dello Statuto del contribuente. **Tali disposizioni non risultano, pertanto, necessarie in relazione a norme anti-abuso***

specifiche quali la disciplina di contrasto ai disallineamenti da ibridi.” (enfasi aggiunta).

1.3. **Contributi/Finalità**

Si ritiene che le norme anti-ibridi costituiscano “norme antiabuso” di natura specifica.

In tale considerazione, la conclusione cui giunge Codesta Spett.le Agenzia delle entrate circa l'impossibilità di poter ricorrere alla disapplicazione delle disposizioni anti-ibridi (anche) mediante la presentazione di un'istanza di interpello disapplicativo non pare possa essere derivata dalla asserita mancata qualificazione formale delle disposizioni in analisi tra quelle anti-abuso.

Non sembra peraltro che la qualificazione delle disposizioni anti-ibridi quali norme antiabuso di natura specifica possa precludere, di per sé, l'applicabilità delle disposizioni di natura penal-tributaria contenute nel decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74. Difatti, come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, sembra che – anche a seguito dell'introduzione della disciplina del c.d. “abuso del diritto” nello statuto dei diritti del contribuente¹ – rimanga comunque impregiudicata la possibilità che vengano ravvisati illeciti di natura penal-tributaria con riguardo a condotte contrastanti con disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive². L'esclusione della rilevanza penal-tributaria in materia di elusione o abuso, infatti, dovrebbe ritenersi circoscritta solo a quelle condotte che integrano una fattispecie di abuso del diritto *ex art. 10-bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212³.

2. **Tematica: chiarimenti in merito alla non applicabilità delle disposizioni anti-ibridi ai cc.dd. “ibridi interni”**

2.1. **Paragrafi della circolare**

Nella Premessa della Bozza di circolare viene specificato quanto segue (vd. pag. 6):

“I disallineamenti da ibridi, inoltre, in linea teorica potrebbero verificarsi anche all'interno di un singolo Stato, anche se il fenomeno è tipicamente un fenomeno transnazionale. Al riguardo si specifica che le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi introdotte dal Decreto ATAD si rivolgono esclusivamente ai disallineamenti derivanti dalle interazioni tra l'ordinamento fiscale italiano ed uno o più ordinamenti fiscali esteri e, quindi, relativamente a fattispecie intercorrenti tra soggetti residenti o localizzati in Italia e soggetti residenti o localizzati in altro Stato estero (sia esso Stato Membro o Stato terzo).”.

¹) Vd. l'art. 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212.

²) Vd., in particolare, Cass. Pen. n. 40272/15, laddove viene affermato che “*In definitiva, dunque, la scelta adottata dal legislatore delegato è stata quella di escludere la rilevanza penale delle operazioni costituenti abuso del diritto, quali descritte dalla norma generale*”, con la conseguenza che “*rimane impregiudicata la possibilità di ravvisare illeciti penali - sempre, naturalmente, che ne sussistano i presupposti - nelle operazioni contrastanti con disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive (ad esempio, negando deduzioni o benefici fiscali, la cui indebita autoattribuzione da parte del contribuente potrebbe bene integrare taluno dei delitti in dichiarazione)*” (enfasi aggiunta). Nei medesimi termini vd. anche Cass. Pen. n. 10416/18 e, in senso sostanzialmente conforme, Cass. Pen. n. 20001/21.

³) Vd., *ex plurimis*, Cass. Pen. nn. 9378/18, 13107/18, 5809/18.

2.2. Osservazioni

Nell'ambito della Bozza di circolare non si rinviene alcun riferimento in merito alla possibilità che gli ibridi "interni" possano essere contrastati mediante il ricorso alla disciplina dell'abuso del diritto.

Al riguardo, la relazione illustrativa al Decreto ATAD precisa che:

*"I disallineamenti, oggetto delle disposizioni in commento, sono quelli che si verificano in ambito transnazionale; **gli eventuali ibridi interni, laddove applicabile, possono essere contrastati attraverso il principio del divieto dell'abuso del diritto.** È in tale ottica che va letto il considerando n. 11 della Direttiva secondo cui "Norme generali antiabuso sono presenti nei sistemi fiscali per contrastare le pratiche fiscali abusive che non sono ancora state oggetto di disposizioni specifiche. Tali norme sono pertanto destinate a colmare lacune e non dovrebbero pregiudicare l'applicabilità di norme antiabuso specifiche".*" (enfasi aggiunta).

È auspicabile che Codesta Spett.le Agenzia delle entrate chiarisca – anche mediante il ricorso a casi esemplificativi – se e come la disciplina interna di contrasto all'abuso del diritto possa trovare applicazione in caso di fenomeni interni di ibridismo fiscale.

3. Tematica: chiarimenti in merito alla nozione di "ibridismo fiscale" con riguardo agli strumenti finanziari ibridi e alle rilevazioni contabili effettuate in base al metodo del costo ammortizzato

3.1. Paragrafi della circolare

Al paragrafo 1.1 della Bozza di circolare, a commento della fattispecie degli strumenti finanziari ibridi, viene specificato quanto segue (vd. pag. 8):

*"Come anticipato la fattispecie assume tuttavia caratteristiche più ampie rispetto al "semplice" contesto debt vs equity, **in quanto può riguardare casi ulteriori, spesso basati su differenti impostazioni contabili con rilevanza fiscale, laddove nella giurisdizione del pagatore viene considerato fiscalmente deducibile un componente negativo di reddito qualificato fiscalmente di natura finanziaria a cui potrebbe non corrispondere alcuna inclusione nella giurisdizione del beneficiario.** Si pensi al caso della cessione a pronti di un bene (es: partecipazione) con prezzo differito (100) per cui: da un lato, l'acquirente (pagatore) scompone il corrispettivo nella componente costo di acquisto (95) e nella componente interesse passivo deducibile da dilazione di pagamento (5); mentre, dall'altro, ~~l'acquirente~~ **il venditore**⁴ (beneficiario) considera unitariamente il corrispettivo (100) e non lo include, in tutto o in parte, nel proprio imponibile (ad esempio, in presenza di un regime di participation exemption), con effetto D/NI pari all'importo finanziario (5) deducibile in capo al pagatore."* (enfasi aggiunta).

3.2. Osservazioni

Nell'ambito della Bozza di circolare si chiarisce che tra i fenomeni ibridi da strumenti finanziari possono essere inclusi casi ulteriori basati su differenti impostazioni contabili. Tra i casi ulteriori, tuttavia, non vengono esplicitamente richiamati quei fenomeni che potrebbero derivare dall'adozione del metodo del c.d. "costo ammortizzato".

⁴) La Bozza di circolare utilizza il termine "acquirente", ma evidentemente trattasi di mero refuso materiale in quanto il soggetto beneficiario dovrebbe essere il "venditore" e non l'"acquirente".

È auspicabile che Codesta Spett.le Agenzia delle entrate chiarisca – anche mediante il ricorso a casi esemplificativi – l’eventuale riconducibilità nell’ambito dei fenomeni ibridi da strumenti finanziari anche di quelli derivanti dall’adozione del metodo del costo ammortizzato, circostanziando l’operatività, al riguardo, delle relative disposizioni di contrasto.

3.3. Contributi/Finalità

Si ritiene che nell’ambito applicativo dei fenomeni ibridi da strumenti finanziari potrebbero essere inclusi anche alcuni particolari fenomeni di ibridismo derivanti dall’adozione del metodo del c.d. “costo ammortizzato”.

A titolo esemplificativo, si considerino quei fenomeni di ibridismo connessi con la concessione di finanziamenti transnazionali infruttiferi o a tasso significativamente diverso da quello di mercato che, peraltro, sono stati oggetto di un apposito esempio contenuto nel report relativo all’Azione 2 del BEPS – “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: Final Report*” (di seguito, “*HMA*”) (vd. l’esempio n. 1.13 – “*Accrual of deemed discount on interest free loan*”). L’adozione del costo ammortizzato può difatti concorrere a generare un fenomeno di deduzione degli interessi passivi nozionali, senza inclusione di corrispondenti interessi attivi afferenti al citato finanziamento infruttifero o a tasso significativamente diverso da quello di mercato (*i.e.*, lo strumento finanziario).

Sarebbe altresì opportuno confermare che un tale fenomeno di deduzione non inclusione possa essere risolto in origine, laddove la giurisdizione del percipiente imponga un’inclusione dei componenti positivi ad “altro titolo”, ad esempio in base alla disciplina dei prezzi di trasferimento (vd. *infra* al successivo paragrafo 7).

4. Tematica: chiarimenti in merito alla nozione di “ibridismo fiscale” e ai *substitute payment*

4.1. Paragrafi della circolare

Al paragrafo 1 della Bozza di circolare (vd. pagg. 6-15), vengono effettuate alcune considerazioni di carattere generale sul concetto di “ibridismo fiscale” e sulle sue principali manifestazioni. In particolare, vengono richiamati i seguenti fenomeni:

- strumenti finanziari ibridi;
- trasferimenti ibridi;
- entità ibride;
- stabili organizzazioni ibride;
- ibridi importati.

Al paragrafo 1.2 viene poi commentata la fattispecie dei cc.dd. “trasferimenti ibridi” e specificato quanto segue:

“I trasferimenti ibridi, che in genere sono riconducibili a contratti di pronti contro termine o di mutuo di titoli, hanno ad oggetto il trasferimento di strumenti finanziari e si caratterizzano per il fatto che la remunerazione dovuta in base allo strumento finanziario (ad esempio partecipazioni) oggetto di trasferimento è considerata fiscalmente come conseguito da (e, quindi, imputato a) più di una delle parti dell’accordo (ad esempio sia dal cedente a pronti che dall’acquirente a pronti).”

Alla nota 5 viene poi richiamata la nozione di trasferimento ibrido recata dal Decreto ATAD, a mente della quale deve intendersi per trasferimento ibrido:

“qualsiasi accordo di trasferimento di uno strumento finanziario in cui il rendimento sottostante è considerato, ai fini fiscali, come conseguito simultaneamente da più di una delle parti dell'accordo ovvero il cui rendimento sottostante è rilevante per la determinazione della sua remunerazione” (vd., segnatamente, l'articolo 6, comma 1, lett. n, del Decreto ATAD).

4.2. Osservazioni

Nell'ambito della Bozza di circolare non si rinviene alcun chiarimento in merito alle ragioni che hanno indotto il legislatore italiano ad adottare una nozione di trasferimento ibrido apparentemente più ampia rispetto a quella fornita dalla Direttiva ATAD e alle relative conseguenze applicative.

Il commento svolto nella Bozza di circolare non dà infatti conto della circostanza che la definizione adottata in seno al Decreto ATAD riconduce alla nozione di trasferimento ibrido anche un accordo di trasferimento di uno strumento finanziario “il cui rendimento sottostante è rilevante per la determinazione della sua remunerazione”, senza dunque prevedere – in tale precipuo caso – che il rendimento dello strumento finanziario sia considerato conseguito simultaneamente da più di una delle parti dell'accordo di trasferimento.

È auspicabile che Codesta Spett.le Agenzia delle entrate possa meglio circostanziare l'interpretazione della nozione di trasferimento ibrido, chiarire i motivi della deviazione rispetto al testo della Direttiva ATAD e delineare gli effetti di tale scelta normativa, nonché confermare infine che l'apparentemente ampia definizione adottata dal legislatore italiano non possa essere considerata comunque idonea ad includere nell'ambito dei fenomeni di ibridismo fiscale contrastati dalle disposizioni anti-ibridi anche i cc.dd. *substitute payment* di cui alla raccomandazione n. 1, paragrafo 2, lett. e), dell'HMA.

4.3. Contributi/Finalità

Si ritiene che la nozione di trasferimento ibrido adottata dal Decreto ATAD non sia atta a includere anche i *substitute payment* tra i fenomeni oggetto di contrasto da parte delle disposizioni anti-ibridi.

Ed infatti, l'inclusione della fattispecie dei *substitute payment* nell'ambito dei fenomeni di ibridismo fiscale oggetto di contrasto da parte delle misure anti-ibridi, per un verso, non pare compatibile con l'impostazione generale – proposta dalla Direttiva ATAD e adottata dal Decreto ATAD – secondo cui le oggetto di contrasto i soli i fenomeni ibridi imputabili a differenze di qualificazione⁵ e, per un altro verso, avrebbe richiesto una chiara e completa identificazione normativa della fattispecie⁶.

⁵) Secondo l'impostazione dell'HMA, le disposizioni in materia di *substitute payment* sono destinate a operare in tutti i casi in cui si verifica un fenomeno di deduzione senza inclusione e non solo – come invece previsto in seno alla Direttiva ATAD e al Decreto ATAD – nel caso di fenomeni di deduzione senza inclusione derivanti da differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale.

⁶) In base all'HMA, infatti, per potersi configurare una struttura di *substitute payment* non è sufficiente che un pagamento determini un risultato di deduzione e non inclusione, ma è necessario anche che lo stesso pagamento comprometta l'integrità delle disposizioni anti-ibridi in materia di strumenti finanziari e tale risultato si realizza soltanto in presenza di (almeno) una delle tre seguente situazioni elencate nella citata raccomandazione n. 1, paragrafo 2, lett. e), dell'HMA:

- i) il cessionario deduce il pagamento effettuato ed esenta il rendimento sullo strumento o lo avrebbe esentato se non avesse a sua volta trasferito lo strumento a terzi;
- ii) il cedente esenta il pagamento ricevuto, mentre non avrebbe esentato il rendimento dello strumento se non lo avesse trasferito al cessionario e avesse incassato direttamente detto rendimento; o

5. **Tematica: chiarimenti in merito alle situazioni non rilevanti ai fini delle disposizioni anti-ibridi e ai casi dello “status” e del “regime fiscale speciale”**

5.1. **Paragrafi della circolare**

Al paragrafo 3.1.2.1 della Bozza di circolare viene specificato quanto segue (vd. pag. 41):

“L’articolo 6, comma 1, lettera r) del Decreto ATAD, prevede che non si determini un disallineamento da ibridi rilevante ai fini dell’applicazione delle norme di reazione, nei casi in cui l’effetto di non inclusione sia la conseguenza dello “status fiscale” (per gli strumenti finanziari) o dello “status di esenzione da imposta” (per le altre fattispecie di D/NI) del beneficiario o anche di un regime “fiscale speciale” dello strumento finanziario.”.

Poco oltre viene poi precisato che:

“In merito alla nozione di “status fiscale” o di “status di esenzione dall’imposta”, la stessa è da intendersi come il regime fiscale complessivo del soggetto beneficiario secondo le leggi fiscali della giurisdizione di residenza o localizzazione.

Secondo il Rapporto HMA 2015, nel concetto di “regime fiscale speciale” dello strumento rientrano anche circostanze nell’ambito delle quali lo sgravio fiscale dipende dalle modalità di detenzione dello strumento finanziario.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, nel concetto di “regime fiscale speciale” il citato Rapporto fa rientrare alcune tipologie di conti di risparmio intrattenuti presso istituzioni finanziarie (i cc.dd. “tax exempt personal saving accounts”) nell’ambito dei quali uno strumento finanziario ordinario, quale un’obbligazione, usufruisce a norma di legge dell’esenzione da tassazione dei correlati rendimenti. Il principio che ne deriva è che in tal caso, eventuali disallineamenti del tipo D/NI non sono imputabili alle condizioni contrattuali dello strumento ma alle condizioni nelle quali lo strumento è detenuto.”.

5.2. **Osservazioni**

La Bozza di circolare non chiarisce espressamente nella parte generale se nel concetto di regime fiscale speciale possa rientrare anche l’opzione per il regime di c.d. “branch exemption”.

Cionondimeno, a commento dell’“Esempio 2 – Strumenti finanziari ibridi allocati ad una stabile organizzazione” (vd. pagg. 88-89), viene affermato che:

“Qualora l’Italia fosse lo Stato B (sede centrale) in mancanza di una reazione primaria da parte della giurisdizione del pagatore, in linea di principio, non trova applicazione la reazione secondaria in quanto [...] la non inclusione non è dovuta all’elemento ibrido (lo Stato B considera lo strumento finanziario quale strumento di debito) ma al regime di esenzione applicabile alla stabile organizzazione localizzata nello Stato C” (enfasi aggiunta).

5.3. **Contributi/Finalità**

Appare opportuno che anche nell’ambito del paragrafo 3.1.2.1 (titolato “Effetto di non inclusione attribuibile allo Status del beneficiario o ad un regime fiscale speciale”) venga esplicitato che nel concetto di regime fiscale speciale possa rientrare anche il caso in cui in cui

iii) il trasferimento ha l’effetto di evitare che sullo strumento si applichi la disciplina anti-ibridi su strumenti finanziari che, invece, avrebbe trovato applicazione in assenza del trasferimento stesso.

uno strumento finanziario sia detenuto (e la relativa remunerazione sia percepita) da una stabile organizzazione in regime di *branch-exemption*, come peraltro riportato nell'HMA all'esempio n. 1.8 – “*Interest payment to a tax exempt PE*”.

6. **Tematica: chiarimenti in merito alle situazioni non rilevanti ai fini delle disposizioni anti-ibridi e, in particolare, al caso dei “trasferimenti ibridi sul mercato”**

6.1. **Paragrafi della circolare**

Al paragrafo 3.1.2.2 della Bozza di circolare viene specificato quanto segue (vd. pag. 45):

“Un’ulteriore situazione che non determina un disallineamento rilevante è contemplata dall’articolo 6, comma 2, lettera a) del Decreto ATAD in relazione ai componenti negativi di reddito che rappresentano il rendimento di un sottostante strumento finanziario oggetto di un trasferimento ibrido sul mercato, intendendosi per tale, a mente dell’articolo 6, comma 1, lettera o) del citato decreto, «un qualsiasi trasferimento ibrido posto in essere da un operatore finanziario nell’ambito della propria attività ordinaria e non nel quadro di un accordo strutturato».

In tali casi, infatti, secondo la disposizione sopra richiamata, non si avrà un trasferimento ibrido rilevante ai fini della disciplina in commento nella misura in cui il soggetto che deduce il componente negativo di reddito derivante dalla retrocessione dei frutti dello strumento finanziario oggetto del trasferimento (c.d. manufactured payment) abbia incluso nel proprio reddito, secondo le norme della propria giurisdizione, tutti i componenti reddituali derivanti dalla detenzione di detto strumento finanziario.”.

6.2. **Osservazioni**

L’articolo 6, comma 2, lett. a), del Decreto ATAD stabilisce che:

“Ai fini della lettera r) del comma 1:

a) un componente negativo di reddito che rappresenta il rendimento del sottostante strumento finanziario trasferito non determina un disallineamento da ibridi di cui al numero 1) della stessa lettera r), qualora:

1) nell’ipotesi in cui il componente negativo di reddito sia sostenuto da un soggetto passivo nell’ambito di un trasferimento ibrido sul mercato, gli importi ricevuti in relazione allo strumento finanziario trasferito siano integralmente imponibili;

2) nell’ipotesi in cui il componente negativo di reddito sia sostenuto da un operatore finanziario non residente a favore del beneficiario residente nell’ambito di un trasferimento ibrido sul mercato, la giurisdizione dell’operatore finanziario non residente imponga a tale soggetto di includere integralmente nel suo reddito imponibile gli importi ricevuti in relazione allo strumento finanziario trasferito”.

L’ambito operativo di tale previsione e, in particolare del punto 2, non è del tutto chiaro e la Bozza di circolare non fornisce chiarimenti al riguardo.

6.3. **Contributi/Finalità**

In base al tenore letterale della disposizione, sembra che il punto 1) disciplini il caso dell’operatore finanziario residente in Italia che attua il trasferimento ibrido sul mercato, mentre il punto 2) regoli il caso del soggetto passivo residente che partecipa, come controparte, a un trasferimento ibrido sul mercato attuato da un operatore finanziario non residente.

In altri termini, l’impianto dell’articolo 6, comma 2, lett. a), del Decreto ATAD sembra porre sempre riferimento al caso in cui l’operatore finanziario agisca come *borrower* o cessionario a pronti dei titoli, posto che tanto il punto 1, quanto il punto 2, pongono riferimento ai casi in

cui il “*componente negativo di reddito che rappresenta il rendimento del sottostante strumento finanziario trasferito*” (i.e., il *manufactured income*) è “sostenuto” dall’operatore finanziario che è anche il soggetto che “*riceve ... gli importi ... in relazione allo strumento finanziario trasferito*” (i.e., il soggetto che riceve i frutti derivanti dal titolo *pro tempore* trasferito)⁷. E questa sembrerebbe essere peraltro l’unica soluzione pienamente compatibile con la Direttiva ATAD, nel cui art. 2, par. 1, punto 9, primo alinea, lett. a), viene infatti considerato esclusivamente il caso in cui il “*pagamento che rappresenta il rendimento sottostante di uno strumento finanziario trasferito*” (cioè il *manufactured income*) è sostenuto dall’operatore finanziario la cui giurisdizione (definita dalla direttiva, appunto, “*del pagatore*”) imponga di “*includere nel suo reddito tutti gli importi ricevuti in relazione allo strumento finanziario trasferito*”.

Senonché, in questa prospettiva, l’applicabilità della previsione di cui al citato punto n. 2) apparirebbe del tutto incerta; difatti, in presenza di un operatore finanziario non residente che opera nella qualità di *borrower* o cessionario a pronti dei titoli, il *lender* o cedente a pronti sarebbe il soggetto passivo italiano il quale, per norma interna, si troverebbe sempre nella condizione di far concorrere integralmente a tassazione il *manufactured income* ricevuto (impedendo così, sul nascere, il manifestarsi del disallineamento da trasferimento ibrido e senza che, dunque, possa assumere alcun rilievo l’esclusione per le operazioni attuate sul mercato).

Per di più, nella medesima prospettiva, l’esclusione prevista al citato articolo 6, comma 2, lett. a), punto 2), non risulterebbe nemmeno applicabile a casi analoghi a quello del *net paying repo* di cui all’esempio n. 1.31 dell’HMA.

In particolare, l’esempio 1.31. dell’HMA riguarda il caso di una società residente nello Stato A (“Aco”) che si finanzia con un’operazione di *net paying repo* e cioè mediante la cessione a pronti di azioni a una società residente nello Stato B (“Bco”) che incassa il dividendo e che lo trattiene a titolo di remunerazione del finanziamento erogato ad Aco. Bco, trattando l’operazione sul piano formale, non tassa gli interessi attivi impliciti nel finanziamento ed esclude da imposizione il dividendo, mentre Aco, leggendo l’operazione sul piano sostanziale, si imputa i dividendi (dei titoli ceduti solo a garanzia) e deduce gli interessi passivi figurativi, di pari importo, sottesi al finanziamento. In questo caso le reazioni anti-ibridi si concentrano sulla deducibilità dell’interesse passivo implicito dedotto da Aco a cui non corrisponde la tassazione del dividendo formalmente incassato da Bco.

In linea teorica, in alcune particolari ipotesi sembra che una situazione pari a quella del citato esempio n. 1.31 si possa verificare anche nel caso in cui Bco, cessionario a pronti dei titoli, sia residente in Italia: laddove Aco, infatti, trattasse l’operazione come un finanziamento e

⁷) La conclusione secondo cui, nella logica della norma, il soggetto che sostiene l’onere del *manufactured income* (e, quindi, il *borrower* o cessionario a pronti delle azioni) è l’operatore finanziario sembra risultare, *per tabulas*, nel caso di cui al punto 2) e, indirettamente, nel caso di cui al punto 1), infatti:

- con riferimento al punto 2) è la stessa norma che lo prevede espressamente, quando specifica che la medesima si rende applicabile nel caso in cui “...il componente negativo di reddito sia sostenuto da un operatore finanziario non residente ...”;
- con riguardo al punto 1), invece, sebbene la norma si riferisca genericamente a un “soggetto passivo”, sembra comunque evidente che si tratti anche in questo caso dell’operatore finanziario, giacché è lo stesso che riceve gli “importi ... in relazione allo strumento finanziario trasferito” (cioè i dividendi o gli altri frutti derivanti dal titolo trasferito).

deducesse gli interessi passivi sul *repo*, in assenza di applicazione della reazione primaria nella giurisdizione di Aco, Bco dovrebbe applicare in Italia la reazione secondaria e correggere il disallineamento, tassando integralmente i dividendi ricevuti e che gli sono stati fiscalmente imputati secondo il nostro ordinamento⁸⁻⁹.

Ebbene, se si volesse mantenere la richiamata prospettiva interpretativa, si ripete, l'esclusione prevista al citato articolo 6, comma 2, lett. a), punto 2), non risulterebbe applicabile nemmeno ad un tale caso, giacché – come detto – la stessa norma sembra essere stata costruita per escludere l'applicazione delle disposizioni anti-ibridi soltanto in relazione al componente negativo di reddito sostenuto dall'operatore finanziario che sia il *borrower* o cessionario a pronti e non il *lender* o cedente a pronti dei titoli (come accade invece nella richiamata fattispecie del *net paying repo*).

Sarebbe pertanto opportuno che nella versione definitiva della circolare venissero forniti opportuni chiarimenti al riguardo.

7. **Tematica: chiarimenti in merito al concetto di “inclusione ad altro titolo” con riguardo al *transfer pricing***

7.1. **Paragrafi della circolare**

Al paragrafo 3.1.2 della Bozza di circolare, viene specificato quanto segue (vd. pagg. 40 e 41):

“Infine, nell'ambito del concetto di inclusione assume particolare rilevanza l'articolo 6, comma 1, lettera l) del Decreto ATAD il quale prevede che uno strumento finanziario potrebbe essere qualificato come tale in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario o del pagatore e quindi anche solo da una delle giurisdizioni coinvolte.

Si tratta in altri termini di situazioni in cui un rapporto giuridico è qualificato come strumento finanziario in una giurisdizione e come appartenente ad altra categoria negoziale nella diversa giurisdizione del beneficiario.

A titolo esemplificativo, si consideri un contratto di leasing che secondo le leggi della giurisdizione del locatario è qualificato come “leasing finanziario” e nella giurisdizione del locatore come “leasing operativo”; conseguentemente a fronte della deduzione degli interessi passivi da parte del locatario, si avrà l'inclusione a titolo di corrispettivo per prestazione di servizi da parte del locatore.

In questo caso, come in altri analoghi, il componente dedotto a titolo di interessi nella giurisdizione del pagatore potrebbe essere effettivamente incluso in quella del beneficiario come canone di locazione, ossia con una diversa qualificazione (quindi ad “altro titolo”).” (enfasi aggiunte).

⁸⁾ Vedasi l'Esempio 3 – Pronti Contro Termine (*Net-Paying REPO*) contenuto nella Bozza di circolare.

⁹⁾ Sul punto, in effetti, la medesima Bozza di circolare (vd. pag. 91) sembra affermare che una situazione simile a quella appena descritta non potrebbe verificarsi in Italia, giacché Bco non potrebbe mai escludere da imposizione il dividendo, rendendosi prioritariamente applicabile la previsione dell'articolo 2, comma 3 del decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461, a mente della quale, appunto, al cessionario a pronti viene negata la *dividend exemption* in considerazione del fatto che tale regime non sarebbe spettato al cedente a pronti (non residente). Come si dirà a breve (vd. successivo paragrafo 8), tuttavia, non è chiaro se questa affermazione debba essere considerata in termini assoluti ovvero se residuino in concreto dei casi in cui la *dividend exemption* sia comunque riconoscibile in capo al cessionario a pronti italiano, in particolare nei casi in cui l'Italia riconosca un regime di imposizione in uscita “attenuata” (e sostanzialmente corrispondente all'esclusione da imposizione del 95% dei dividendi) degli eventuali dividendi incassati dal soggetto non residente nel caso in cui quest'ultimo non avesse effettuato la cessione.

7.2. *Osservazioni*

La Bozza di circolare non chiarisce se nel concetto di inclusione ad altro titolo possano rientrare anche le inclusioni avvenute in base alla disciplina dei prezzi di trasferimento (c.d. “*transfer pricing*”).

7.3. *Contributi/Finalità*

Appare opportuno che nell’ambito del paragrafo 3.1.2 venga esplicitato che tra le inclusioni ad “altro titolo” rilevano anche quelle effettuate in base all’applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento.

Infatti, se per un verso è vero che eventuali differenze nella valutazione dei componenti reddituali tra i due ordinamenti (ivi incluse le differenze derivanti dall’applicazione delle regole di *transfer pricing*) non sono idonee, da sole, a generare disallineamenti contrastati con le misure anti-ibridi, per altro verso è innegabile che il Decreto ATAD attribuisce rilevanza all’inclusione, a qualsiasi altro titolo, nella base imponibile del beneficiario del componente positivo di reddito. In altri termini, la regola dell’irrelevanza di eventuali differenze nella sola valutazione dei componenti reddituali tra i due ordinamenti (con conseguente irrilevanza del *transfer pricing*) dovrebbe soltanto valere ad escludere la configurabilità di un disallineamento da ibridi, mentre eventuali inclusioni che dipendano dall’applicazione delle regole interne sulla valorizzazione dei componenti reddituali dovrebbero comunque essere considerate ai fini di valutare se un determinato componente (dedotto nella giurisdizione del pagatore) è stato o meno incluso in quella del beneficiario.

8. **Tematica: chiarimenti in merito alle norme cc.dd. “di prevenzione” e “di reazione” e, in particolare, alla disciplina di cui all’articolo 2, comma 3, del decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461**

8.1. *Paragrafi della circolare*

La Bozza di circolare si cura di effettuare – al paragrafo 2.2 – un riferimento alle disposizioni interne di “prevenzione”, specificando in particolare che (vd. pag. 21):

“Appartengono inoltre alla categoria delle disposizioni che agiscono preventivamente sulla causa dell’ibridità alcune norme tributarie già presenti nel sistema fiscale italiano all’atto dell’emanazione del Decreto ATAD.

Tra queste assume particolare rilevanza l’articolo 44, comma 2, lettera a) del TUIR a mente del quale le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonché ai titoli ed agli strumenti finanziari emessi da soggetti non residenti si considerano similari alle azioni a condizione che, tra l’altro, la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente.”.

8.2. *Osservazioni*

Il citato paragrafo 2.2 della Bozza di circolare non contiene però alcun riferimento di carattere generale alla disciplina di cui all’articolo 2, comma 3, del decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461 (di seguito, “**D.Lgs. n. 461/97**”), poi successivamente richiamata in altre parti della Bozza di circolare e, segnatamente, nei seguenti punti:

- al paragrafo 5.1. “Duplicazione dei crediti per imposte pagate all’estero” (vd. pag. 80), ove viene affermato che:

“Occorre infine precisare che la duplicazione di crediti per imposte pagate all’estero nel sistema fiscale italiano è già contrastata, al pari della spettanza della dividend

exemption, dall'articolo 2, comma 3 del Decreto legislativo n. 461 del 1997 a mente del quale in caso di "contratti di pronti contro termine" e "prestito di titoli" (lettere g-bis) e g-ter) del comma 1 dell'articolo 44 del TUIR) e delle operazioni che producono analoghi effetti economici, al soggetto cui si imputano i dividendi, gli interessi e gli altri proventi, spetta l'attribuzione del credito per imposte pagate all'estero, soltanto se tale credito sarebbe spettato al beneficiario effettivo dei dividendi, degli interessi e degli altri proventi"

- a commento dell'"Esempio 3 – Pronti Contro Termine (net-Paying REPO)" (vd. pag. 91), ove viene affermato che:

"Giova osservare che, in tale ultimo caso, trova prioritariamente applicazione l'articolo 2, comma 3 del decreto legislativo n. 461 del 1997 che comporta la negazione della dividend exemption in capo alla Società A in considerazione del fatto che tale regime non sarebbe spettato alla società B, di diritto estero, beneficiaria effettiva dei dividendi. L'applicazione di tale norma comporta la neutralizzazione dell'effetto D/Ni in quanto a fronte della deduzione dell'onere finanziario da parte del soggetto pagatore si ha la corrispondente inclusione dei dividendi in capo al soggetto beneficiario con un effetto assimilabile alla reazione secondaria (articolo 8, comma 2 del Decreto ATAD).";

- a commento dell'"Esempio 4 – Mutuo Titoli" (vd. pag. 93), ove viene affermato che:

"Giova osservare che, analogamente all'esempio precedente, nel caso di specie trova applicazione prioritariamente l'articolo 2, comma 3 del decreto legislativo n. 461 del 1997 a mente del quale si procede alla negazione della dividend exemption in capo alla Società A in considerazione del fatto che tale regime non sarebbe spettato alla società B, di diritto estero, beneficiaria effettiva dei dividendi.".

8.3. Contributi/Finalità

Ciò posto, appare anzitutto opportuno che anche nell'ambito del paragrafo 2.2 della Bozza di circolare venga inserito un riferimento all'articolo 2, comma 3, del D.Lgs. n. 461/97.

In secondo luogo, sembra opportuno che, nell'ambito del paragrafo 2.2 (e non solo, incidentalmente, negli esempi citati), venga chiarito espressamente come – pur discostandosi dalle ordinarie modalità di contrasto delle disposizioni anti-ibridi – l'applicazione di tale disciplina antielusiva interna consenta comunque di neutralizzare in principio il disallineamento e, dunque, di evitare l'applicazione delle disposizioni anti-ibridi, sebbene non venga concretamente eliminato il fenomeno di deduzione senza inclusione¹⁰.

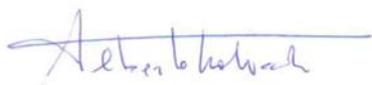
Per completezza e maggiore coerenza potrebbe cogliersi l'occasione di chiarire, più in generale, se in base all'articolo 2, comma 3, del D.Lgs. n. 461/97 sia consentito a una società italiana, operante come cessionario/acquirente a pronti delle azioni, di applicare il regime di esclusione da imposizione dei dividendi nel caso in cui i titoli partecipativi siano stati acquisiti, con contratti di pronti contro termine, riporti o prestito titoli, da soggetti non residenti senza stabile organizzazione in Italia che, pur essendo – in quanto tali – esclusi *ex lege* dall'applicazione del regime di detassazione dei dividendi di cui all'articolo 89, comma 2, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, avrebbero subito una ritenuta pari all'aliquota IRES sul 5% dell'ammontare dei dividendi percepiti (*ex* all'articolo 27, comma 3-ter, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600), in considerazione della sostanziale similarità dei due regimi.

¹⁰) L'articolo 2, comma 3, del D.Lgs. n. 461/97 – differentemente dalle disposizioni anti-ibridi – non interviene negando la deduzione del *manufactured income* in capo al soggetto pagatore o imponendo l'inclusione dello stesso reddito in capo al percipiente, ma prevedendo la negazione della *dividend exemption* sul dividendo percepito in capo al pagatore del *manufactured income*.

* * *

Rimanendo a disposizione per qualsiasi chiarimento ed approfondimento, l'occasione è gradita per inviare cordiali saluti.

Alberto Trabucchi



Carlo Sanna

