

Osservazioni dell'AIPSDT alla bozza di circolare dell'Agenzia delle Entrate in materia di disallineamento da ibridi

L'AIPSDT (Associazione Italiana fra i Professori e gli Studiosi di Diritto Tributario) desidera, in primo luogo, ringraziare codesta Agenzia dell'Entrate per la rinnovata offerta dell'opportunità di dare il proprio contributo alla formazione degli indirizzi interpretativi dell'Agenzia attraverso un confronto preventivo sui documenti di prassi di maggior rilievo qual è, in particolare, la bozza di circolare sui disallineamenti da ibridi.

Nel significare, pertanto, il proprio apprezzamento per l'importante lavoro svolto — che costituisce senz'altro un fondamentale contributo alla certezza del diritto e alla coerenza sistematica della disciplina considerata — l'AIPSDT ha ritenuto di dover cogliere, in conformità al proprio ruolo istituzionale, la predetta opportunità costituendo un gruppo di lavoro coordinato dal prof. Gianluigi Bizioli e dal prof. Stefano Dorigo.

Il gruppo di lavoro, pur nella ristrettezza dei tempi, ha ritenuto che l'ottimo lavoro svolta dall'Agenzia potesse beneficiare delle osservazioni qui di seguito riportate le quali si propongono di segnalare taluni profili meritevoli di alcuni chiarimenti o alcuni aspetti in relazione ai quali potrebbero risultare proficui ulteriori approfondimenti o ripensamenti.

L'esposizione che segue è stata strutturata, per agevolare la lettura e in conformità alle indicazioni fornite in sede di avvio del processo di consultazione, facendo riferimento ai paragrafi della circolare, specificando, volta per volta, il relativo contenuto e le osservazioni del gruppo di lavoro condivise dal direttivo dell'AIPSDT.

I. PARAGRAFO 2

I.1. Alcune considerazioni meritano di essere svolte con riferimento al

paragrafo 2 della Bozza di Circolare e, in particolare, al paragrafo 2.1, pag. 18. In particolare, intendiamo riferirci al punto in cui si afferma che «*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*».

1.2. A nostro avviso, l'affermazione prima citata perviene a una conclusione giusta, ma muovendo da un presupposto che (i) non appare pienamente condivisibile e (ii) potrebbe avere conseguenze sistematicamente non del tutto accettabili.

1.2.a. Non appare condivisibile il presupposto da cui la predetta interpretazione prende le mosse, perché: (a) la direttiva (UE) 2016/1164 afferma ripetutamente, nei suoi "considerando", che le norme ivi contenute sono dirette a contrastare pratiche elusive; (b) l'Azione n. 2 del Programma BEPS è esplicitamente diretta a contrastare la particolare forma di pianificazione aggressiva rappresentata dagli Hybrid Mismatch.

1.2.b. Al tempo stesso, il predetto presupposto potrebbe avere conseguenze sistematicamente non pienamente accettabili in quanto, dall'affermazione che le norme di sistema non sono norme antiabuso (quale, in particolare, sarebbe la disciplina sui disallineamenti da ibridi), discenderebbe poi, come conseguenza implicita, ma ineludibile, che le norme antiabuso sono norme "non di sistema". E questa implicita affermazione sembrerebbe contrastare con l'assunto secondo il quale la clausola generale antiabuso è "immanente" nel sistema (secondo la consolidata giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione) e costituisce una diretta implicazione dell'art. 53 Cost. (che è la chiave di volta del sistema tributario).

In realtà, come accennavamo, la conclusione secondo la quale le norme di prevenzione e di reazione al disallineamento da ibridi non sono disapplicabili può essere raggiunta secondo una logica, a nostro avviso, più lineare e che non richiede di impegnarsi in distinzioni – sempre complesse e, in questo caso, anche di incerto fondamento – fra norme sistematiche e norme

asistematiche.

La ragione della non disapplicabilità delle norme relative al contrasto degli ibridi risiede, più concretamente, nel fatto che, a differenza di molte altre norme antielusive specifiche, la fattispecie normativa astratta di tali disposizioni (quella parte della norma che, cioè, descrive lo schema tipico al verificarsi del quale conseguono determinati effetti) contiene già, in sé, la individuazione dell'effetto elusivo consistente nella doppia deduzione o nella deduzione senza inclusione.

Conseguentemente, mancano i presupposti per l'interpello disapplicativo che, come è noto, richiede che il contribuente fornisca «*la dimostrazione che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi*». Invero, nel caso della disciplina in esame, delle due l'una:

- o la doppia deduzione o la deduzione senza inclusione non ricorrono concretamente nel caso di specie, e allora la disciplina non si applica (senza bisogno di alcuna disapplicazione);
- oppure vi è doppia deduzione o deduzione senza inclusione, ma allora la disciplina non è, per definizione, disapplicabile.

Val quanto dire, se ci si può permettere un parallelismo al solo fine di rappresentare meglio la situazione, che fra le normali norme antielusive e quelle che vengono qui in considerazione corre, all'incirca, la stessa differenza che vi è fra i reati di pericolo e i reati di danno.

Nelle normali norme antiabuso specifiche la condotta tipizzata (e assunta a fattispecie) è una condotta astrattamente idonea a pregiudicare un bene tutelato e appunto per questo è possibile la loro disapplicazione dimostrando che, in concreto, quel pregiudizio potenziale non si può verificare.

Rispetto alle norme anti-ibridi, la condotta, per essere rilevante, deve essere concretamente idonea a pregiudicare l'interesse tutelato (realizzando la doppia deduzione o la deduzione senza inclusione) ed è proprio perché il pregiudizio costituisce un elemento della fattispecie normativa che non vi è spazio per la disapplicazione.

II. PARAGRAFO 3.1.1 – PAG. 25-26

II.1. Alle pagine 25 e 26 la Bozza chiarisce che (enfasi aggiunta): *«Il richiamo specifico alla giurisdizione del pagatore e dell'investitore deriva dalla circostanza che effetti di doppia deduzione possono concretizzarsi solo in caso di componenti negativi di reddito sostenuti o ritenuti sostenuti dal pagatore e dal soggetto investitore che ha con il primo un rapporto partecipativo (se il pagatore è un'entità ibrida o un'entità in regime di consolidato mondiale) o un rapporto di integrazione organica, quale quello esistente tra casa madre e stabile organizzazione».*

II.2. La formulazione evidenziata è potenzialmente foriera di incertezze in sede ermeneutica, in quanto l'accostamento dell'espressione atecnica "rapporto di integrazione organica" all'aggettivo relativo "quale" suggerisce l'idea che ci possano essere fattispecie di integrazione organica, alle quali la disciplina de qua si applichi, ulteriori rispetto a quella della stabile organizzazione. Tuttavia, né la Direttiva, né le relazioni finali elaborate dall'OCSE con riferimento all'Azione 2 del Progetto BEPS fanno riferimento ad ulteriori fattispecie di integrazione organica ai fini di individuare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina.

II.3. Si ritiene, pertanto, preferibile emendare il citato stralcio della Bozza come segue: *«Il richiamo specifico alla giurisdizione del pagatore e dell'investitore deriva dalla circostanza che effetti di doppia deduzione possono concretizzarsi solo in caso di componenti negativi di reddito sostenuti o ritenuti sostenuti dal pagatore e dal soggetto investitore che ha con il primo un rapporto partecipativo (se il pagatore è un'entità ibrida o un'entità in regime di consolidato mondiale) o un rapporto di integrazione organica consistente nel rapporto tra casa madre e stabile organizzazione».*

III. PARAGRAFO 3.1.1 PAG. 26

III.1. La Bozza correttamente evidenzia che, ai fini dell'individuazione dell'effetto di doppia deduzione assume rilevanza il concetto di componente negativo di reddito, definito dall'articolo 6, comma 1, lettera z), del Decreto ATAD, *«come un onere al quale è associato un flusso finanziario».*

III.2. Si ritiene che, al fine di liberare il campo da possibili dubbi ermeneutici, andrebbe espressamente indicato che la suddetta definizione

esclude in senso categorico la rilevanza di qualsivoglia componente negativo di reddito nozionale ai fini della disciplina di contrasto dei fenomeni di doppia deduzione. Parimenti, andrebbe evidenziato che il richiamo alla disciplina ACE operato dall'articolo 6, comma 2, lettera e) del Decreto ATAD ha finalità meramente chiarificatrice, essendo la deduzione dal reddito imponibile netto prevista dalla suddetta disciplina priva di un correlato flusso finanziario e, pertanto, irrilevante per effetto della stringente definizione di "componente negativo di reddito" di cui all'articolo 6, comma 1, lettera z), del Decreto.

IV. PARAGRAFO 3.1.1 PAG. 27

IV.1. La Bozza introduce il c.d. "approccio del danno", che è fatto oggetto di analisi nelle pagine successive. La Bozza, richiamando l'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD, rileva che l'effetto di doppia deduzione di un componente negativo di reddito diviene rilevante solo nel periodo d'imposta e nella misura in cui può essere considerato "effettivamente dannoso", il che si verifica quando "nella giurisdizione del pagatore il componente negativo di reddito oggetto di doppia deduzione eccede eventuali componenti positivi considerabili a "doppia inclusione" (eccesso di deduzione) e tale eccedenza è compensata a fronte di redditi considerabili "non a doppia inclusione" (enfasi aggiunta).

IV.2. Sebbene il suddetto articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD faccia espresso riferimento alla sola "giurisdizione del pagatore", la *ratio* della disciplina, improntata a subordinare l'applicazione delle c.d. norme di reazione recate dall'articolo 8, comma 1, del Decreto ATAD alla circostanza che la teorica duplice deducibilità del componente negativo di reddito si manifesti in termini effettivi – e, dunque, dannosi – milita a favore di una interpretazione dissociativa, a mente della quale:

IV.2.a. non è sufficiente, al fine di qualificare la fattispecie come un "disallineamento da ibridi", ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD, che la giurisdizione del pagatore consenta la deduzione a fronte di un importo che non rappresenta reddito a doppia inclusione; ma

IV.2.b. è altresì necessario che anche la giurisdizione dell'investitore ne consenta la deduzione a fronte di un importo che non rappresenta

reddito a doppia inclusione.

Infatti, ove tale interpretazione fosse rigettata, l'obbligo di applicazione delle norme di reazione scatterebbe anche in assenza di un "danno effettivo" e, segnatamente, nell'ipotesi in cui nella giurisdizione del pagatore intervenisse la deduzione del componente negativo di reddito a fronte di un importo che non rappresenta un reddito a doppia inclusione, mentre lo stesso componente reddituale non risultasse ancora dedotto nella giurisdizione dell'investitore a fronte di un reddito non a doppia inclusione. Sarebbe, ad esempio, questo il caso di un socio di una entità ibrida che non conseguisse alcun componente positivo di reddito dal quale dedurre il componente negativo potenzialmente a doppia deduzione, o che conseguisse componenti positivi non a doppia inclusione di ammontare inferiore a tale componente negativo e che, al contempo, non partecipasse ad alcun consolidato fiscale. Effetti analoghi potrebbero ravvisarsi nell'ipotesi di casa madre di stabile organizzazione che non conseguisse alcun componente positivo di reddito (o conseguisse componenti positivi non a doppia inclusione di ammontare inferiore al suddetto componente negativo).

Mentre una interpretazione letterale dell'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD appare, in effetti, assolutamente coerente alla finalità perseguita dallo stesso in relazione alle ipotesi D/NL disciplinate dai numeri 6) e 7) della lettera r) dell'articolo 6, comma 1, del Decreto, poiché, in tali casi, si è assiomaticamente in presenza di una non imposizione nella giurisdizione del beneficiario e, dunque, si versa in una ipotesi di danno effettivo al solo verificarsi – nella giurisdizione del pagatore – della deduzione del componente negativo a fronte di un componente positivo non a doppia inclusione, appare evidente da quanto sopra illustrato che così non è con riferimento alla fattispecie di doppia deduzione di cui al numero 8) della suddetta lettera r).

IV.3. Sarebbe pertanto auspicabile che la Bozza fosse emendata per recepire l'interpretazione teleologica dell'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD sopra suggerita e qui di seguito sintetizzata: *«L'effetto di doppia deduzione di un componente negativo di reddito diviene rilevante solo nel periodo d'imposta e nella misura in cui esso può essere considerato "effettivamente dannoso", ossia quando e nella misura in cui, sia nella*

giurisdizione del pagatore, sia in quella dell'investitore, il componente negativo di reddito oggetto di doppia deduzione eccede eventuali componenti positivi considerabili a "doppia inclusione" (eccesso di deduzione) e tale eccedenza è compensata a fronte di redditi considerabili "non a doppia inclusione"».

V. PARAGRAFO 3.1.2, PAG. 40

V.1. Il paragrafo in esame tratta uno specifico aspetto relativo alla fattispecie di cui all'art. 6, c. 1, lett. r), n. 3, D.Lgs. n.142/2018 e cioè di deduzione di un componente negativo di reddito in capo al pagatore e mancata inclusione del corrispondente componente positivo di reddito in capo alla entità ibrida inversa ed ai soci di quest'ultima, laddove per entità ibride inverse si intendono quei soggetti che sono considerati trasparenti ai fini fiscali nel proprio Stato di costituzione o istituzione ed opachi nello Stato di residenza di almeno uno dei soci o partecipanti.

Un pagamento effettuato a tale entità può dare luogo al fenomeno della deduzione senza inclusione in quanto deducibile nello Stato del pagatore e non incluso, in via di principio, né nel reddito dell'entità fiscalmente trasparente in un determinato Stato né nel reddito del detentore dell'interessenza (socio, partecipante) che, considerando opaca l'entità nel proprio Stato di residenza, ritiene i pagamenti appartenenti all'entità e differisce la tassazione al momento della distribuzione dei proventi o del realizzo dell'investimento.

Si tratta di un disallineamento che deriva da una differente qualificazione giuridica accordata ad un'entità dal suo Stato di costituzione e dallo Stato di residenza del suo socio.

Siffatto disallineamento è colpito dalle reazioni di cui all'art. 8, c. 2, D.Lgs. n. 142/2018 in quanto "risultato di differenze nell'allocazione del corrispondente componente positivo di reddito a favore dell'entità ibrida in base alle leggi della giurisdizione in cui è stabilita o registrata l'entità ibrida ed alle leggi della giurisdizione di qualsiasi soggetto con una partecipazione in tale entità ibrida".

Il tema affrontato a pag. 40 della circolare riguarda, in particolare, le ipotesi di componenti positivi di reddito non inclusi da entità ibride inverse, che

successivamente effettuino distribuzioni a favore dell'investitore; distribuzioni che daranno luogo a tassazione in capo al medesimo.

La fattispecie è piuttosto frequente nel mercato e nel mondo degli organismi di investimento collettivo (OICR); basti pensare ad un Fondo di private equity estero – fiscalmente trasparente nello Stato di istituzione e considerato, invece, opaco nel diverso Stato di residenza dell'investitore – che eroga un finanziamento a favore di una associata residente in Italia: a) quest'ultima paga interessi passivi che risultano deducibili dalla base imponibile come componente negativo; b) i medesimi interessi non sono imponibili, come interessi attivi, in capo al Fondo in quanto – per effetto della trasparenza fiscale – la tassazione è traslata sui soci; c) questi ultimi considerano il Fondo come entità opaca e quindi non includono a loro volta il componente positivo nella propria base imponibile.

In base all'art. 8, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 141/2018 la deduzione del componente negativo di reddito è negata in capo al soggetto passivo, salvo che il disallineamento non sia neutralizzato in un altro Stato. Nella fattispecie, pertanto, la deduzione degli interessi passivi deve essere negata in capo al soggetto passivo italiano (cd. reazione primaria) .

V.2. Il tema che si pone – oggetto del richiamato paragrafo della circolare – è se il requisito dell'inclusione può comunque ritenersi soddisfatto, facendo venir meno il disallineamento da ibridi, laddove, come accade nella prassi, al momento della distribuzione effettuata dal Fondo o del realizzo dell'investimento, i componenti positivi concorreranno alla determinazione del reddito imponibile dei partecipanti. Si tratterebbe, in altre parole, di una inclusione postuma e, quindi, di un mero differimento della tassazione; inclusione che pur non riguardando componenti positivi con natura di interessi attivi riguarderebbe l'utile del Fondo alimentato dagli stessi interessi.

La circolare osserva che l'OCSE esclude la rilevanza dell'inclusione che potrebbe verificarsi nella giurisdizione dell'investitore in occasione della successiva distribuzione operata dall'ibrido inverso (cfr. par. 156 HMA). Tale posizione, in effetti, può giustificarsi sulla base delle finalità della REC4, sui profili di timing e di ricostruzione dei flussi che rendono, secondo l'OCSE, la distribuzione "too remote" dal disallineamento per essere rilevante quale

inclusione.

Pur tuttavia, la stessa circolare afferma che “il decreto ATAD non esclude che le distribuzioni effettuate dall’entità ibrida inversa possano essere considerate rilevanti ai fini dell’inclusione. Si ritiene pertanto che ciò sia possibile laddove vi sia una stretta relazione fra dette distribuzioni e di componenti positivi di reddito associati al disallineamento da ibridi.”. Stretta relazione che viene a dipendere, secondo la circolare da i) obbligo statutario di attribuzione di tutti gli utili dell’entità ibrida inversa direttamente all’investitore, ii) nessun intervento o deliberazione degli organi di governance che attribuiscano alla distribuzione carattere di discrezionalità, iii) distribuzione da effettuarsi almeno una volta l’anno.

A ben vedere, si tratta di condizioni stringenti che ben difficilmente connotano la prassi degli OICR in considerazione.

Anche analizzando il tema da un diverso profilo, e cioè quello dell’ambito soggettivo, la conclusione cui si perviene non sembra diversa, almeno in base agli orientamenti interpretativi espressi nella bozza di circolare.

In riferimento alle entità ibride inverse il presupposto soggettivo affinché si possa realizzare un disallineamento da ibridi è che le operazioni intercorrano fra tre soggetti – ossia l’investitore, l’entità ibrida e il soggetto pagatore – che rappresentino delle imprese associate. E il dubbio che si pone è se tutti i soggetti partecipanti a un organismo di investimento si possono qualificare come impresa associata rispetto all’OICR, a prescindere dalla loro quota detenuta nell’OICR, e ciò in conseguenza del fatto che vi è un unico soggetto gestore investito del potere-dovere di gestire il fondo. Il dubbio ha origine dalla definizione di impresa associata laddove la stessa è anche identificata con “un soggetto che agisce di concerto con un altro soggetto in relazione ai diritti di voto o alla proprietà del capitale di un’entità è considerato detentore di una partecipazione in tutti i diritti di voto o nell’intera proprietà del capitale dell’entità detenuti dall’altro soggetto.”. Nel nostro caso, l’aggregazione dei diritti di un soggetto che agisce di concerto con un altro soggetto deriverebbe dall’affidamento in esclusiva della gestione operativa del fondo di investimento a un unico gestore. Si tratta di una possibile soluzione interpretativa derivante dalla Recommendation 11.3 dell’ACTION 2 BEPS concernente il cd. *acting*

together test.

Una siffatta interpretazione comporta l'effetto di attribuire sempre e comunque una partecipazione qualificata nell'OICR a ciascun investitore.

In tal senso sembra orientata la stessa Agenzia delle entrate che, nel par. 3.3.1, pag. 54, della circolare, proprio con riferimento a partnership di investimento, veicoli di investimento (CIV), fondi di investimento non CIV, che pur essendo in genere caratterizzati da una numerosità di partner/investitori, sono gestiti da un unico soggetto come ad esempio un General Partner o SGR secondo gli impulsi volti dei partner/investitori, ritiene che tale fattispecie soddisfi il requisito dell'agire di concerto in quanto, secondo il Rapporto HMA 2015 in tali circostanze ciò che rileva non è tanto la numerosità degli investitori bensì la gestione unitaria degli interessi degli stessi.

V.3. In conclusione, seguendo le linee interpretative della circolare, sia quella relativa al profilo soggettivo sia quella relativa alla manifestazione di D/NI ed entità ibride inverse, sembra che venga a determinarsi, nella fattispecie qui rappresentata, un fenomeno di doppia imposizione che andrebbe invece evitato. In tal senso, potrebbe forse essere valorizzata la disposizione recata dall'art. 8, c. 1, lett. c) in base alla quale il soggetto passivo, che ha subito la negazione della deduzione in base alla reazione primaria, ha diritto di ottenere il riconoscimento della deduzione a seguito della dimostrazione della effettiva inclusione del corrispondente componente positivo nella giurisdizione estera del beneficiario oltre il termine dei 12 mesi.

V.4. Dal punto di vista soggettivo, invece, una diversa lettura – rispetto a quella prospettata nella circolare – è quella secondo cui, in base all'art. 9-bis della Direttiva ATAD, nella fattispecie non dovrebbe trovare applicazione la regola dell'acting together test che comporta la qualifica di ciascun investitore quale impresa associata rispetto all'OICR per effetto della presenza di un unico soggetto gestore degli investimenti del fondo; secondo questa diversa lettura, infatti, la qualifica di impresa associata di cui all'art. 2 della Direttiva ATAD riguarda esclusivamente il rapporto tra gli investitori mentre il rapporto che deve sussistere tra gli investitori stessi e l'OICR è più ristretto, richiedendosi la condizione della detenzione di "un interesse diretto o indiretto pari o superiore al 50% dei diritti di voto, della partecipazione al capitale o dei diritti

di partecipazione agli utili.”.

V.5. Infine, merita osservare che l'interpretazione della circolare sul tema verrebbe a penalizzare l'attività degli OICR e, in particolare, dei fondi di private equity che svolgono, come noto, una funzione alternativa all'offerta delle banche nell'erogazione del credito. Funzione che lo stesso legislatore ha nel tempo, inteso rafforzare se si pensi alla previsione di cui all'art. 26, c. 5-bis, D.P.R. n. 600/1973 che esenta da ritenuta in uscita gli interessi pagati da soggetti italiani ad entità istituzionale estere tra le quali rientrano, a certe condizioni, anche i Fondi di investimento. Si tratta di una previsione opportunamente introdotta nel nostro ordinamento proprio al fine di facilitare il finanziamento da parte di soggetti esteri delle nostre aziende.

VI. PARAGRAFO 3.2, PAG. 48

VI.1. Trattando del c.d. “test di inclusione” di cui all'articolo 6, comma 1, lettera r), del Decreto ATAD, la Bozza chiarisce che lo stesso impone in capo al contribuente l'onere di effettuare una stima, in base alle informazioni disponibili al momento di presentazione della dichiarazione dei redditi in Italia, circa la futura inclusione nella giurisdizione del beneficiario del rilevante componente positivo di reddito entro il «*periodo d'imposta che inizia entro 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del pagatore con riferimento al quale il componente negativo di reddito è stato dedotto*». La Bozza prosegue evidenziando che, nell'ipotesi in cui, successivamente alla presentazione della dichiarazione, «*la stima originale di inclusione nella giurisdizione del beneficiario si riveli non corretta (ossia l'originaria previsione di inclusione in capo al beneficiario operata dal contribuente al momento di presentazione della dichiarazione, con conseguente non applicazione della reazione, si riveli infondata)* il contribuente dovrà operare tramite dichiarazione integrativa [...] al fine di rettificare l'originaria dichiarazione effettuando la variazione in aumento richiesta dalla reazione primaria», o secondaria. In tal caso, ai sensi della Bozza, alla rettifica della originaria dichiarazione si accompagnerà l'applicazione di «*sanzioni ridotte laddove ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 472 del 1997 (c.d. ravvedimento operoso)*».

VI.2. In merito, sarebbe auspicabile che la Bozza chiarisse che, nell'ipotesi

in cui si renda necessario emendare l'originaria dichiarazione, le rilevanti sanzioni devono essere applicate esclusivamente ove l'omissione sia imputabile a colpa o dolo del contribuente, ai sensi dell'articolo 5 del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472. Ad esempio, ove la mancata inclusione del rilevante componente positivo di reddito nella giurisdizione del beneficiario sia cagionata da una modifica normativa successiva al termine di presentazione della dichiarazione in Italia, l'applicazione delle sanzioni amministrative dovrebbe essere esclusa.

VII. PARAGRAFO 3.2 PAG. 49

VII.1. Sempre con riferimento al c.d. "test di inclusione", la Bozza discute il caso in cui, successivamente alla presentazione della dichiarazione, l'originaria stima di non inclusione del componente positivo di reddito nella giurisdizione del beneficiario si riveli non corretta. In tal caso, ai sensi della Bozza, il contribuente potrà presentare una dichiarazione integrativa a favore, rimuovendo l'originaria variazione in aumento richiesta dalla reazione primaria (negazione della deduzione).

Il successivo, sebbene correlato, passaggio della Bozza appare, viceversa, di incerta interpretazione (enfasi aggiunta): *«Qualora l'inclusione (non prevista) sopraggiunga prima del lasso temporale previsto dalla lettera c) dell'articolo 8 comma 2 del Decreto ATAD (ossia «in un periodo d'imposta che inizia oltre 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del soggetto passivo con riferimento al quale la deduzione è stata negata») ovvero, qualora l'inclusione sopraggiunga secondo i profili temporali previsti dalla citata lettera c), il contribuente potrà operare, nel periodo di imposta e nella misura in cui si verifica l'inclusione, una variazione in diminuzione pari all'importo dell'inclusione stessa (esercitando così il «diritto alla corrispondente deduzione del componente negativo di reddito in precedenza non dedotto»)».*

VII.2. Esso, in particolare, pur apprezzabile nella misura in cui correttamente ammette – con integrazione analogica – il diritto del contribuente a dedurre il componente negativo di reddito anche nell'ipotesi in cui l'inclusione del corrispondente componente positivo nella giurisdizione del beneficiario intervenga prima del periodo temporale testualmente richiamato dall'articolo 8, comma 2, lettera c), del Decreto ATAD (ossia il periodo d'imposta che inizia

oltre 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del soggetto passivo con riferimento al quale la deduzione è stata negata), appare foriero di incertezze interpretative sotto un duplice profilo.

VII.2.a. Anzitutto, non è chiaro se la distinzione tracciata con riferimento al fatto che l'inclusione del componente positivo di reddito nella giurisdizione del beneficiario avvenga prima o dopo l'inizio del periodo temporale richiamato dall'articolo 8, comma 2, lettera c), del Decreto ATAD comporti una differenza nella procedura applicabile ai fini della deduzione postuma nella giurisdizione del pagatore.

VII.2.b. In secondo luogo, detto passaggio non chiarisce se il contribuente debba procedere attraverso la presentazione di una dichiarazione integrativa, ovvero operando una variazione in diminuzione nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta in cui l'inclusione nella giurisdizione estera è intervenuta.

VII.3. Con riferimento al primo aspetto, ci sembra che non sussistano ragioni sistematiche per operare una distinzione tra le procedure applicabili nelle due fattispecie. Con riferimento al secondo profilo, si ritiene preferibile la prima delle soluzioni prospettate, la quale risulta maggiormente proporzionata e conforme al principio secondo cui le norme di reazione dovrebbero trovare applicazione esclusivamente con riferimento ai casi di "effettivo disallineamento", permettendo al contribuente di eliminare l'effetto negativo derivante della mancata deduzione del componente negativo di reddito non appena l'inclusione del corrispondente componente positivo nella giurisdizione del beneficiario abbia concretamente eliminato il danno concretamente cagionato dal fenomeno di D/Nl.

VII.4. Si propone, pertanto, di sostituire il citato passaggio con il seguente: *«A decorrere dal momento in cui sia intervenuta l'inclusione (originariamente non prevista) nella giurisdizione del beneficiario e indipendentemente dal fatto la stessa sopraggiunga prima o dopo l'inizio del lasso temporale previsto dalla lettera c) dell'articolo 8 comma 2 del Decreto ATAD, il contribuente potrà, dunque, presentare una dichiarazione integrativa a favore nella quale operare una variazione in diminuzione pari all'importo di detta inclusione (esercitando così il «diritto alla corrispondente deduzione del componente negativo di*

reddito in precedenza non dedotto»».

VIII. PARAGRAFO 3.3.1

VIII.1. In relazione alla definizione di “impresa associata” e, in particolare, con specifico riferimento al caso di partecipazione indiretta, la Bozza, a pagina 51, conclude che, nonostante l’esplicito riferimento contenuto nel Rapporto HMA 2015 al concetto di “demoltiplicatore”, non essendo lo stesso esplicitamente richiamato dalla Direttiva, né dal Decreto ATAD, deve ritenersi che *«nella definizione di impresa associate non risult[i] applicabile il meccanismo del demoltiplicazione [sic] ai fini del calcolo della percentuale di partecipazione».*

VIII.2. Si ritiene che la scelta di non applicare il criterio del demoltiplicatore al fine di determinare le percentuali di partecipazione indiretta sia da rigettare per i seguenti motivi.

Preliminarmente occorre ricordare che la Direttiva (cfr. considerando n. 13) afferma che *«I disallineamenti che in particolare derivano dalla natura ibrida delle entità dovrebbero essere affrontati solo nel caso in cui una delle imprese associate abbia almeno il controllo effettivo sulle altre imprese associate»* (enfasi aggiunta). Ebbene, a parere di chi scrive, nell’assenza di un’espressa posizione nella Direttiva (e nella disciplina di riferimento), occorre far riferimento ai principi elaborati in sede OCSE nella relazione finale elaborata con riferimento all’Azione 2 del Progetto BEPS (paragrafo 364), nei quali si utilizza la medesima terminologia (“controllo effettivo”) ammettendo al contempo l’applicazione del criterio del demoltiplicatore (cd. “dilution”). Si ricorda che, come affermato nella Bozza *«[...] i principi e le esemplificazioni riportati nei rapporti BEPS Azione 2, assumono un ruolo rilevante quale fonte di interpretazione delle disposizioni del Decreto ATAD e devono essere tenuti in considerazione nei limiti in cui siano coerenti con le disposizioni ed i principi desumibili dal Decreto stesso, dalle Direttive ATAD nonché dalle fonti primarie del diritto europeo (Trattati)»* Orbene nel caso di specie si ritiene che i principi elaborati in sede OCSE vadano presi in considerazione e di conseguenza, nell’assenza di una chiara posizione nella Direttiva (circa l’applicabilità del criterio del

demoltiplicatore), la definizione di imprese associate debba tener conto del criterio del demoltiplicatore.

VIII.2.a. In aggiunta a quanto precede, è difficile immaginare come le percentuali di partecipazione indiretta potrebbero essere compute, ove non si applicasse il criterio di demoltiplicazione, in particolare nell'ipotesi in cui la partecipazione diretta non sia una partecipazione di controllo, ovvero la stessa concerna esclusivamente la partecipazione del capitale o il diritto agli utili.

VIII.3. Infine, giova rilevare che le soglie previste (del 50% e del 25%) non sono finalizzate ad intercettare (solo) le ipotesi di controllo – essendo peraltro a tal fine preposta la diversa ipotesi della “influenza dominante sulla gestione ai sensi dell’articolo 2359 del codice civile” – di guisa che sembrerebbe da escludersi la possibile soluzione alternativa, consistente nell’applicazione alla disciplina de qua della norma recata dal citato articolo 2359 del codice civile, a mente della quale, ai fini della verifica della sussistenza di un controllo indiretto, “si computano anche i voti spettanti a società controllate”.

VIII.4. Sarebbe, pertanto, auspicabile che la Bozza fosse modificata nel senso di confermare l’applicabilità del meccanismo di demoltiplicazione ai fini del calcolo della percentuale di partecipazione indiretta.

IX. PARAGRAFO 3.3.1. PAG. 54-55

IX.1. Con riferimento al c.d. “test di azione congiunta” e, più specificamente al test della gestione unitaria degli interessi degli investitori, la Bozza evidenzia, alle pagine 54 e 55, che (enfasi aggiunta): *«in linea di principio, anche gli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR) conformi alla direttiva 2009/65/CEE (c.d. direttiva UCITS) o, in caso di OICR non conformi alla predetta direttiva, il cui gestore sia soggetto a forme di vigilanza nel Paese estero nel quale è istituito ai sensi della direttiva 2011/61/UE (c.d. direttiva AIFM), o comunque soggetti a forme di vigilanza sostanzialmente equivalenti a quelle previste dalla citata normativa comunitaria, possono integrare il test dell’azione congiunta in ipotesi in cui, tenuto conto dei fatti e delle circostanze del caso, si ravvisi un’azione congiunta tra partner/partecipanti, soggetto gestore e società target».*

IX.2. Tale precisazione non appare del tutto in linea con i chiarimenti forniti

dall'OCSE nella relazione finale elaborata con riferimento all'Azione 2 del Progetto BEPS (paragrafo 377), in particolare ove si menziona la necessità di accertare una "azione congiunta tra partner/partecipanti, soggetto gestore e società target" e non risulta, peraltro, strettamente necessaria alla luce dei chiarimenti già contenuti nelle pagine precedenti della Bozza. Si ritiene, dunque, preferibile la sua rimozione.

X. PARAGRAFO 3.3.2 DELLA BOZZA

X.1. In relazione alla definizione di "accordo strutturato", e in particolare con riferimento al secondo presupposto (cd. test di consapevolezza), la Bozza di Circolare, a pag. 56:

X.1.a. richiama a pagina 56 il paragrafo 319 del Rapporto OCSE;

X.1.b. evidenzia come il «*il paragrafo 319 del Rapporto [OCSE] precisa innanzitutto che si configura un accordo strutturato qualora l'analisi dei fatti e delle circostanze caratterizzanti dell'accordo indurrebbero un osservatore esterno a ritenere che lo stesso sia finalizzato a (o comunque implichi di) generare un disallineamento da ibridi*» (enfasi aggiunta).

X.2. Al riguardo, si ritiene che:

X.2.a. sul primo punto sarebbe opportuno chiarire che, in linea con quanto precisato dal successivo paragrafo 320 del Rapporto, la definizione di "accordo strutturato" non trova applicazione per carenza del presupposto in commento quando "non possa ragionevolmente attendersi" che via sia consapevolezza della sussistenza di un disallineamento da ibridi. Circostanza che non deve necessariamente ricondursi alla sola ipotesi in cui il grado di coinvolgimento del contribuente non sia "tale da consentirgli di comprendere come è stato strutturato l'accordo" (cfr. Bozza di Circolare, pagina 56).

X.2.b. per quanto attiene al secondo punto, il riferimento alla "mera implicazione" sia inappropriato, sia in quanto contrario alla espressa previsione del testo legislativo, il quale richiede viceversa che l'accordo sia "finalizzato" a produrre un disallineamento da ibridi, sia in ragione del fatto che il testo inglese del richiamato paragrafo 319 del Rapporto OCSE parimenti esige che "*the mismatch in tax outcomes was an*

intended feature of the arrangement”.

X.3. Sarebbe, pertanto, auspicabile che la Bozza fosse emendata per dare conto del fatto che la seconda ipotesi di accordo strutturato – che si affianca a quella in cui “l’impatto economico del disallineamento è stato valutato nella negoziazione dei termini dell’accordo” – richiede che, sulla base dell’analisi oggettiva dei fatti e delle circostanze rilevanti, si possa ragionevolmente concludere che l’accordo sia “finalizzato” a produrre un disallineamento da ibridi.

XI. PARAGRAFO 5.1 (PAGG. 77-80)

XI.1. Relativamente all’ipotesi di duplicazione di crediti per imposte pagate all’estero, si ritiene opportuno che la Circolare ponga maggiore enfasi sul fatto che la misura di neutralizzazione si realizza, individuando così il credito d’imposta “depurato” dal disallineamento, attraverso la determinazione del credito per le imposte estere nel differenziale positivo tra due fattori:

XI.1.a. il provento a cui detto credito si ricollega e

XI.1.b. l’onere finanziario relativo all’operazione sottostante intercorsa tra le parti.

XI.2. Questa precisazione operativa, permetterebbe agli interpreti di ravvisare in modo più nitido la coerenza rispetto a quanto già chiarito nella Circolare n. 9/E del 5 marzo 2015 circa l’approccio da seguire in caso di operazioni volte a strumentalizzare il credito d’imposta ex art. 165 TUIR, ovvero che il reddito estero dovrebbe essere assunto (nel numeratore del rapporto previsto dal comma 1 dell’art. 165 TUIR) al lordo dei costi inerenti alla sua produzione, ammettendosi quindi una diversa composizione del numeratore rispetto al denominatore del rapporto.

XI.3. Inoltre se, come si auspica, l’Agenzia delle Entrate vuole individuare una soluzione coerente con la sua recente prassi amministrativa, allora la Circolare, nella sua definitiva stesura, dovrà altresì precisare che l’art. 8, comma 5, risulta applicabile *anche* nei casi di duplicazione, totale o parziale, del c.d. *matching credit* o credito d’imposta “figurativo” che l’Italia riconosce, in determinate convenzioni contro le doppie imposizioni (e.g. Brasile, Argentina e Singapore) in relazione ad interessi di fonte estera per imposte non effettivamente versate nello Stato della fonte. Tale chiarimento, permetterebbe

di scongiurare verosimili e significativi dubbi interpretativi relativi a siffatte ipotesi.

XI.4. La bozza di Circolare affronta poi il tema del coordinamento tra l'art. 8, comma 5, Decreto ATAD, e l'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 461/1997, il quale stabilisce che «*nel caso dei rapporti di cui alle lettere g-bis) e g-ter) [...], e delle operazioni che producono analoghi effetti economici, al soggetto cui si imputano i dividendi, gli interessi e gli altri proventi, si applica il regime previsto dall'articolo 89, comma 2, del medesimo testo unico, e successive modificazioni, ovvero spettano l'attribuzione di ritenute o il credito per imposte pagate all'estero, soltanto se tale regime, ovvero l'attribuzione delle ritenute o il credito per imposte pagate all'estero, sarebbe spettato al beneficiario effettivo dei dividendi, degli interessi e degli altri proventi*».

Sul punto, si ricorda come l'ambito applicativo di tale norma, con funzione squisitamente antielusiva, è stato oggetto di estensione ad opera dell'art. 7-*quater*, D.L. n. 5/2009, il quale – per realizzare obiettivi di “simmetria fiscale” – ha fatto sì che il credito per le imposte estere deve essere, in astratto, fruibile in capo al dante causa dell'operazione, onde essere da questi “trasferito” al prestatario dei titoli o al cessionario a pronti.

Ebbene, nella bozza di Circolare in consultazione, l'Amministrazione finanziaria reputa che se tale disposizione trovasse applicazione nel caso concreto, data la sua più vasta operatività, prevarrebbe rispetto a quanto previsto dall'art. 8, comma 5, Decreto ATAD.

XI.5. Tale interpretazione non appare convincente in quanto dare prevalenza ad una norma nazionale quale l'art. 2, comma 3, D.Lgs. n. 461/1997 rispetto ad una norma (anch'essa nazionale, ma) di matrice europea stride palesemente con il principio di libera circolazione dei capitali, il quale opera *anche* in relazione a Paesi terzi non membri dell'Unione Europea.

Non solo. Tale interpretazione si pone, altresì, controcorrente rispetto a quanto già affermato dall'Agenzia in via di prassi: basti ricordare, in questa sede, la Risposta ad interpello n. 615 del 23 dicembre 2020 in materia di incompatibilità dell'art. 27, D.P.R. n. 600/1973 per i dividendi riconosciuti da una società italiana alla Banca Europea degli Investimenti, laddove

l'Amministrazione ha condivisibilmente rilevato che *«il primato del diritto dei Trattati dell'Unione sulla normativa nazionale è un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico che rileva anche in ambito fiscale e trova conferma nella dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, come in numerose pronunce della Corte di Giustizia (cfr. fra le altre, la nota sentenza C-106/77 Simmenthal) e nella giurisprudenza costituzionale»*.

XI.6. Alla luce di queste ragioni, si suggerisce di esplicitare la prevalenza, nell'ipotesi di astratta simultanea applicazione, all'art. 8, comma 5, Decreto ATAD.

XII. PARAGRAFO 6 – PP. 82 – 83

XII.1. Il sesto paragrafo della bozza di circolare commenta le disposizioni in materia di controlli recate dall'art. 11 del D.Lgs. n. 142 del 2018.

XII.1.a. Nella prima parte del paragrafo viene riepilogata la normativa di riferimento dando puntualmente conto della centralità del contraddittorio nella dinamica di applicazione delle disposizioni di contrasto ai disallineamenti da ibridi.

XII.1.b. La seconda parte del paragrafo è dedicata, invece, ai profili probatori

Ivi si precisa, in particolare, che in sede di contraddittorio il contribuente potrà dimostrare che l'operazione vagliata non fa emergere alcun disallineamento da ibridi rilevante e che gli «oneri di documentazione a carico del contribuente sono da intendersi come riferibili alle fattispecie tipiche di disallineamento, non comportando automaticamente che ogni componente negativo di reddito derivante da transazioni con imprese associate, per essere deducibile, debba essere supportato da una esauriente documentazione o prova dell'assenza di disallineamenti ibridi, salvo quella ordinariamente prevista a fondamento del diritto alla deduzione».

XII.1.c. Il sesto paragrafo della bozza di circolare si chiude con il riconoscimento del fatto che, in sede di confezione dell'eventuale avviso di accertamento, l'Ufficio competente dovrà tenere conto delle controdeduzioni esposte dal contribuente e delle ragioni per cui le medesime controdeduzioni sono state in tutto o in parte disattese.

XII.2. Per quanto riguarda il contraddittorio preventivo, la Circolare richiama la procedura prevista dall'art. 11 del "Decreto Atad", il quale, ricalcando le disposizioni procedurali previste in materia di "abuso del diritto" dai commi 6 e ss. dell'art. 10-bis, l. n. 212/2000, dispone che l'accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui agli articoli da 6 a 10 debba essere effettuato con apposito atto preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, nella quale sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile una violazione.

XII.3. In questo contesto, sarebbe opportuno chiarire se la contestazione delle violazioni sopra richiamate debba avvenire, a pena di nullità, sempre e solo separatamente (e quindi in un autonomo avviso di accertamento), oppure possa essere contenuta anche in un avviso di accertamento recante altri addebiti (sempre, ovviamente, nel rispetto della procedura descritta dall'art. 11, d.lgs. n. 142/2018).

XII.4. Il tema è analogo a quello dell'art. 10bis, comma 6, l. 212/2000 in materia di abuso del diritto, in relazione al quale la relazione illustrativa sosteneva la prima interpretazione, specificando che "L'«<apposito atto>> di accertamento dell'abuso non può contenere altri eventuali addebiti, i quali, pertanto, dovranno essere separatamente contestati".

La questione, difatti, investe il principio di "unicità dell'accertamento", in quanto l'atto di cui all'art. 11 del "Decreto Atad" parrebbe presentare le caratteristiche di un "accertamento parziale" (v. l'inciso "Senza pregiudizio dell'ulteriore azione accertatrice", di cui al primo comma dell'art. 11) con la conseguenza che ad esso potrebbero legittimamente seguire anche altri atti di accertamento parziali (ex art. 41-bis, d.p.r. n. 600/1973) ovvero un accertamento "ordinario" nei termini di cui all'art. 43, d.p.r. n. 600/1973.

XII.5. Occorre tuttavia chiarire a beneficio dei contribuenti e degli uffici stessi quale sia la corretta procedura nell'ipotesi in cui il medesimo periodo di imposta sia già stato oggetto di un accertamento ordinario; secondo la disciplina generale dell'art. 43, d.p.r. 600/1973, infatti, l'emissione di ulteriori avvisi di accertamento, ivi incluso quello di cui all'art. 11, d.lgs. n. 142/2018, potrebbe ritenersi consentita solamente in presenza di "sopravvenuta

conoscenza di nuovi elementi", in quanto l'Amministrazione finanziaria avrebbe consumato il proprio potere di imposizione in relazione alla medesima annualità.

Nell'ipotesi in cui gli Uffici dell'Amministrazione finanziaria fossero tenuti a contestare la violazione delle disposizioni di cui agli articoli da 6 a 10 del d.lgs. n. 142/2018 sempre e comunque in un atto separato, si derogherebbe quindi al suddetto principio di unicità dell'accertamento, nonché alla connessa consumazione del potere di accertamento quando l'avviso ordinario preceda quello parziale, non giustificato da nuovi elementi (art. 43, comma 3, d.p.r. 600/1973).

La tematica sembra rilevante, tanto più perché comune all'interpretazione dell'art. 10bis, comma 6, cit.: se prevalesse infatti la prima opzione interpretativa, il contribuente potrebbe vedersi soggetto a plurimi accertamenti, anche laddove i diversi iter di contraddittorio siano stati espletati.

D'altra parte, analogamente peraltro a quanto accade con rilievi diversi, la possibilità di manifestare le contestazioni in esame in un unico atto ove siano contenuti altri addebiti impedirebbe di definire separatamente la contestazione nella procedura di accertamento con adesione di cui all'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 218/1997 (si esclude invece l'ipotesi in cui la procedura di adesione sia instaurata con l'invito di cui all'art. 5-ter, d.lgs. n. 218/1997, stante l'esclusione di cui al comma 6 della medesima disposizione per le ipotesi che già prevedono la partecipazione del contribuente prima dell'emissione di un avviso di accertamento), pur rimanendo accessibili altri istituti deflattivi come l'acquiescenza parziale o la conciliazione giudiziale.

XII.6. Quanto al profilo delle prove, il paragrafo della circolare potrebbe essere integrato aggiungendo alcune precisazioni in ordine ai contenuti dello sforzo richiesto al contribuente così consentendogli di «*preconstituire una appropriata documentazione probatoria*».

XII.6.a. In questa prospettiva, fermo il riferimento già operato nella bozza di circolare alla possibilità che la dichiarazione del contribuente residente all'estero o ivi localizzato assuma la forma di una autocertificazione rilasciata dal relativo rappresentante legale (cfr. pag.

61), andrebbe precisato che la stessa dichiarazione deve dare atto dell'esistenza di una situazione relativa alla determinazione della base imponibile (assenza di deduzione ovvero inclusione) già verificatasi oltreconfine.

XII.6.b. Quanto, invece, agli elementi della certezza e della precisione potrebbero essere forniti, sulla scia di quanto già accaduto con la circolare n. 4/E del 2006 di commento alle previsioni recate dall'ultima parte della lett. a) del secondo comma dell'art. 44 del testo unico, alcuni esempi utili a facilitare il reperimento della documentazione necessaria.

XII.6.c. Si potrebbe così riprendere il riferimento operato alla possibilità di utilizzare le «dichiarazioni dei redditi o altra documentazione fiscale del soggetto estero, nonché un'attestazione dell'indeducibilità fornita dall'autorità fiscale estera o da istituzioni riconosciute dalle autorità pubbliche (ad esempio, mercati istituiti, organizzati e disciplinati da disposizioni adottate o approvate dalle competenti autorità in base alle leggi in vigore nello Stato in cui detti mercati hanno sede o information provider di qualificata esperienza)».

XII.6.d. In aggiunta si potrebbero considerare altri documenti dalla cui lettura è possibile trarre indicazioni in ordine alla carenza di deduzione ovvero di inclusione all'estero; viene, ad esempio, da pensare ai bilanci di esercizio, alle schede contabili e ad eventuali relazioni di certificazione predisposte dalla società incaricata di revisionare il bilancio di esercizio.

XII.7. Con riguardo, invece, all'ipotesi in cui siano coinvolti nell'operazione soggetti terzi andrebbe precisato che l'onere di provare l'intento elusivo incombe sull'Amministrazione finanziaria dovendosi dimostrare, diversamente da quanto accade nel caso in cui l'operazione intercorra tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo, la ragionevole consapevolezza del disallineamento e l'effettiva fruizione del vantaggio da parte di un soggetto che è estraneo al perimetro di gruppo.

XII.8. Il D.Lgs. n. 142 del 2018 individua alcune ipotesi al ricorrere delle quali le forme di reazione non scattano fissando, al contempo, le condizioni che devono essere soddisfatte sul piano probatorio affinché tale effetto si

produca.

XII.8.a. Si deve, in particolare, dimostrare che il disallineamento non si genera vuoi perché, come accade nell'ipotesi di cui all'art. 8, co. 1, non si registra doppia deduzione all'estero, vuoi perché, come accade invece nelle ipotesi di cui alle lett. a) e b) del secondo comma del predetto art. 8, si registra la sterilizzazione del disallineamento con l'inclusione del componente di reddito positivo ovvero con l'indeducibilità del componente di reddito negativo oltreconfine.

XII.8.b. In tutte e tre le ipotesi considerate è richiesto uno sforzo consistente nella produzione di una dichiarazione del contribuente residente o localizzato all'estero ovvero nel reperimento di altri elementi certi e precisi idonei a dimostrare la sussistenza della condizione capace di disinnescare la reazione dell'ordinamento.

XII.8.c. Utili si appalesano, in questa prospettiva, delle coordinate operative capaci di guidare il contribuente residente nel reperimento della documentazione probatoria adeguata allo scopo e ciò anche in considerazione del fatto che, in presenza di soggetti terzi, perfezionata l'operazione, assai complesso potrebbe essere il recupero di dichiarazioni ovvero di altri documenti dotati del richiesto requisito della certezza e della precisione.

XII.8.d. Ancora a proposito della prova, occorre ricordare che l'ambito di applicazione della disciplina anti-ibridi è delimitato, quanto al profilo soggettivo, rilevando le operazioni intercorrenti tra soggetti appartenenti allo stesso gruppo; la reazione dell'ordinamento può, tuttavia, operare anche nell'ipotesi in cui all'operazione prendano parte soggetti terzi e ciò nella misura in cui questi soggetti abbiano beneficiato del vantaggio fiscale ottenuto e, in ogni caso, qualora gli effetti derivanti dagli *hybrid mismatch arrangements* si verificino concretamente.

XII.8.e. Di qui l'utilità di alcuni chiarimenti in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio nella specifica ipotesi in cui siano coinvolti nell'operazione soggetti estranei al perimetro del gruppo.

XIII. PARAGRAFO 7, PAGG. 83-85

XIII.1. La bozza di circolare affronta il tema del coordinamento tra le norme anti ibridi e le altre disposizioni del TUIR.

XIII.1.a. La bozza di circolare si apre con l'affermazione del principio secondo cui la norma di reazione non avrebbe rilevanza rispetto alla qualificazione dei componenti reddituali.

XIII.1.b. Dopodiché, la bozza di circolare affronta l'interazione tra norme anti ibridi e, da un lato, art. 96 TUIR (in materia di deducibilità degli interessi passivi) e, dall'altro lato, art. 167 TUIR (in materia di imprese estere controllate – cd. CFC).

XIII.1.c. Con riferimento agli interessi passivi viene affermato che la norma di reazione debba essere applicata prioritariamente rispetto all'art. 96.

XIII.1.d. Con riferimento alle imprese estere controllate, invece, viene evidenziato che la norma anti ibridi rileva «sia ai fini della verifica della condizione di ingresso nella disciplina CFC costituita dal c.d. effective tax rate test ed eventualmente anche ai fini della determinazione del reddito dell'impresa della controllata estera da imputare per trasparenza alla controllante italiana».

XIII.2. Il paragrafo della circolare meriterebbe di essere chiarito per quel che riguarda il rapporto con la normativa in materia di imprese estere controllate e coordinato con l'ulteriore passaggio, contenuto nel precedente par. 3.1.1 (p. 28), in cui si evidenzia che «*Nel contesto dei disallineamenti con effetto di doppia deduzione, occorre verificare l'impatto prodotto dall'eventuale applicazione delle norme sulle imprese controllate estere (CFC) in capo ad un'entità controllante localizzata nella stessa giurisdizione dell'entità che si qualifica quale soggetto investitore. In detta circostanza, infatti, potrebbe essere generata una forma di ulteriore inclusione da assimilare a un reddito a "doppia inclusione" idonea a risolvere il disallineamento*» (sul punto viene richiamato l'esempio 6.4 del HMA2015).

In particolare, andrebbe affrontata l'ipotesi di doppia deduzione in cui l'Italia (come Stato del pagatore) neghi la deduzione di un componente negativo in quanto la deduzione non sia negata nello stato dell'investitore (art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 142 del 2018) e quest'ultimo soggetto sia controllato dal

pagatore ed assoggettato (in Italia) alla normativa CFC.

XIII.3. Nell'ipotesi sopra indicata, la normativa anti ibridi comporta l'indeducibilità del componente negativo in capo alla controllante italiana; tuttavia, il reddito della controllata estera – per la parte ascrivibile alla controllante – sarà tassato in Italia e sarà determinato in applicazione delle norme tributarie italiane (salvo alcune eccezioni).

Conseguentemente, è possibile che il reddito dell'entità estera venga determinato "rimuovendo" gli effetti del disallineamento generato dall'asimmetria della norma interna rispetto alla norma estera.

Si perverrà così all'indeducibilità di un costo in capo alla controllante italiana poiché corrispondente ad un componente non tassato all'estero, ma tassato "per trasparenza" in Italia (sia pure in proporzione alla quota di partecipazione della controllante) per effetto dell'applicazione della normativa CFC.

Tale irragionevole situazione potrebbe essere risolta grazie all'applicazione del principio affermato nel precedente par. 3.1.1, in cui sembra riconoscersi la necessità di non applicare la normativa anti ibridi laddove questa conduca, per effetto dell'interazione con la normativa CFC, ad una doppia inclusione di un reddito.

Ebbene, nell'ipotesi sopra illustrata la doppia inclusione si verificherebbe in caso di partecipazione totalitaria nell'entità estera assoggettata al regime CFC: si potrebbe perciò chiarire che, in una siffatta fattispecie, la norma anti ibridi non dovrebbe essere applicata.

Sarebbe opportuno, poi, chiarire cosa possa accadere in caso di partecipazione non totalitaria, considerato che in tale ipotesi non sarebbe garantita la totale sterilizzazione del mismatch. Né potrebbe trovare applicazione la "clausola di salvaguardia" prevista dall'ultimo periodo dell'art. 8, comma 1, del D.Lgs. n. 142 del 2018, nella parte in cui consente di attestare l'indeducibilità nel Paese dell'investitore, considerato che l'applicazione della normativa CFC nel Paese della controllante non comporta l'indeducibilità nel Paese dell'investitore.

XIV. PARAGRAFO 8.1., ESEMPIO 1, PAGG. 86-87

XIV.1. La bozza di circolare descrive la meccanica delle misure di reazione relative al disallineamento da ibridi derivante dall'impiego di uno strumento finanziario ibrido.

XIV.1.a. Lo scenario oggetto di analisi è rappresentato dalla emissione da parte di una società (Società A) di uno strumento finanziario sottoscritto da un'altra società (Società B). Le due società sono residenti in due diverse giurisdizioni e si qualificano come "imprese associate" ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lett. u), del D.Lgs. n. 142 del 2018.

XIV.1.b. In aggiunta, lo strumento assume i caratteri di strumento finanziario ibrido in quanto trattato ai fini fiscali come strumenti di debito, in base alle leggi fiscali della giurisdizione di residenza del pagatore (Stato A), e come strumento di *equity*, in base alle leggi fiscali della giurisdizione di residenza del beneficiario (Stato B). I componenti negativi di reddito derivanti dallo strumento finanziario sono deducibili in capo al pagatore e non imponibili (soggetti al regime della *dividend exemption*) in capo al beneficiario.

XIV.1.c. La bozza di circolare analizza, in primo luogo, la fattispecie nella prospettiva del soggetto passivo "pagatore" rilevando, correttamente, che, in tale ipotesi, il soggetto passivo è tenuto a neutralizzare il disallineamento attivando la reazione primaria neutralizzando la deduzione degli interessi (*rectius* la deduzione del componente negativo di reddito derivante dallo strumento finanziario ibrido).

XIV.1.d. La bozza di circolare prosegue fornendo il seguente chiarimento: «Ciò nondimeno, nel caso in cui lo Stato B abbia nel proprio ordinamento una disciplina equivalente a quella dell'articolo 44, comma 2, lettera a) del TUIR che nega la *dividend exemption* in funzione e nella misura dell'avvenuta deduzione del componente di reddito nella giurisdizione del pagatore, la causa ibrida sarebbe automaticamente neutralizzata e l'effetto di deduzione senza inclusione dovrà considerarsi rimosso in origine con la conseguenza che la Società A potrà continuare a dedurre il componente negativo (nel rispetto delle altre disposizioni dell'ordinamento quali ad esempio l'articolo 96 del TUIR)».

XIV.2. Sebbene la soluzione offerta dalla bozza di circolare appaia condivisibile, si dovrebbe fornire un maggior grado di dettaglio in merito alla

misura della reazione che il soggetto passivo (*i.e.* il soggetto residente nel territorio dello Stato che assume il ruolo di pagatore in relazione allo strumento finanziario "ibrido") dovrebbe attuare al fine di neutralizzare il disallineamento da ibridi derivante dallo strumento finanziario (si fa, quindi, riferimento alla *primary response* di cui all'articolo 8, comma 2, lett. a) del D.Lgs. n. 142 del 2018).

XIV.2.a. Si fa riferimento, in primo luogo, alla possibile rilevanza delle ritenute alla fonte nell'applicazione delle disposizioni *anti-hybrid*.

In linea con quanto riportato a pagina 127, paragrafo 407, del OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2 - 2015 Final Report, l'applicazione di una ritenuta alla fonte sul pagamento rilevante non è idonea ad escludere la integrazione del disallineamento da ibridi. Tuttavia, si ritiene che la misura di tale ritenuta debba, comunque, essere tenuta in considerazione ai fini dell'attuazione della *primary response*, riducendo in modo corrispondente l'ammontare della variazione in aumento imposta in capo al soggetto passivo (pagatore).

Si pensi al caso di un pagamento derivante da uno strumento finanziario ibrido (che genera un componente di reddito deducibile in capo al pagatore – soggetto passivo – residente in Italia), soggetto ad una ritenuta alla fonte in uscita del 10%. Si assuma, inoltre, che l'aliquota dell'imposta sui redditi delle società dello Stato del beneficiario sia pari al 20%.

In questo caso, la differente qualificazione dello strumento finanziario accordata dalle due giurisdizioni coinvolte determina l'emersione di un disallineamento da ibridi rilevante. Il soggetto passivo – residente in Italia – pagatore dovrà attuare la reazione primaria.

Ebbene, in ragione dell'applicazione della ritenuta alla fonte sul pagamento rilevante ed alla luce del rapporto tra la misura della ritenuta alla fonte applicata ed aliquota ordinaria dello Stato del beneficiario (1/2), si ritiene che la misura della reazione primaria debba interessare unicamente 1/2 della deduzione precedentemente accordata al pagamento rilevante e non già il suo intero ammontare.

Questo al fine di preservare la simmetria tra gli ordinamenti coinvolti.

XIV.2.b. Si pone in evidenza, inoltre, un ulteriore aspetto non affrontato dalla bozza di circolare. Si tratta della rilevanza della *dividend exemption*, in misura parziale, nello Stato del beneficiario, sul pagamento rilevante, ai fini della attuazione della *primary response*.

- (i). Nell'ipotesi di uno strumento finanziario ibrido emesso da un pagatore soggetto passivo residente in Italia e sottoscritto da un beneficiario (impresa associata o nell'ambito di un accordo strutturato), residente in una giurisdizione diversa rispetto a quella del pagatore, l'eventuale applicazione della *dividend exemption* in misura parziale (es. 90%) nello Stato del beneficiario dovrebbe influenzare la misura della reazione (*primary response*) imposta nello Stato del pagatore.
- (ii). Invero, in linea con quanto riportato nell'Example 1.2., pagina 180, paragrafo 7 del OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, la variazione in aumento in capo al pagatore dovrebbe essere corrispondente rispetto alla quota esente del componente positivo di reddito (90%), senza intaccare, quindi, la deduzione della parte residua (10%) poiché essa è inclusa nel reddito imponibile del beneficiario, nel suo Stato di residenza.
- (iii). Le soluzioni qui proposte dovrebbero assumere rilevanza ai fini dell'applicazione della *primary response*, di cui all'articolo 8, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 142 del 2018, da parte del soggetto passivo pagatore.

XV. PARAGRAFO 8.3., ESEMPI 5/A E 5/B, PAGG. 93-96

XV.1. La bozza di circolare analizza il tema dei pagamenti effettuati a favore delle *reverse hybrid entities* ovvero sia le entità considerate trasparenti ai fini fiscali nella giurisdizione di localizzazione dell'entità ed opache ai fini fiscali nella giurisdizione dei soci dell'entità.

Gli esempi riportati dalla circolare si riferiscono a situazioni in cui pagatore,

entità ibrida e soci della società ibrida sono legati dal rapporto di associazione (anche attraverso il ricorso allo strumento dell' "agire in concerto").

XV.2. Sarebbe opportuno chiarire, tuttavia, se la reazione primaria, relativa ad un disallineamento da ibridi, derivante da un pagamento a favore di un'entità ibrida, possa trovare luogo anche in assenza di un rapporto associativo sussistente tra pagatore, *reverse hybrid entity* e socio/i dell'entità ibrida.

XV.3. Pur in presenza di un rapporto associativo "qualificato", ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lett. u), e comma 5, del D.Lgs. n. 142 del 2018, il trattamento fiscale a cui il pagamento sarebbe stato soggetto laddove esso fosse stato effettuato direttamente a favore dei soci della *reverse hybrid entity* deve essere tenuto in considerazione ai fini della attuazione della *primary response*. Si fa riferimento, in questo caso, al *test* controfattuale suggerito dal OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Action 2 - 2015 Final Report, rilevante ai fini dell'integrazione del disallineamento in questione. La rilevanza del test controfattuale in questione è confermata dalla stessa bozza di circolare alla pagina 43.

XVI. PARAGRAFO 8.4., ESEMPI 6, PAGG. 97-98

XVI.1. La bozza di circolare affronta il caso del disallineamento da ibridi derivante da un pagamento rivolto ad una società con stabile organizzazione in regime di *branch exemption*. Il pagatore, la casa madre e la stabile organizzazione sono localizzati in tre differenti giurisdizioni. Il disallineamento rilevante è la deduzione senza inclusione che emerge da una differente attribuzione del componente positivo di reddito rilevante tra casa madre e stabile organizzazione.

XVI.1.a. Il pagatore deduce il componente negativo di reddito mentre il corrispondente componente positivo di reddito non è incluso né nella base imponibile della casa madre, che attribuisce tale componente di reddito alla stabile organizzazione e, pertanto, considera tale componente come esente (*branch exemption*), né nella base imponibile della stabile organizzazione, poiché attribuito ai fini fiscali alla casa madre.

XVI.1.b. Orbene, nel caso di un pagamento effettuato da parte di un pagatore residente in uno Paese terzo (sprovvisto di misure *anti-hybrid*) a favore di una società (impresa associata) residente in uno Stato membro (Italia o altro Stato Membro) con stabile organizzazione in un altro Stato Membro (Italia o altro Stato Membro) in regime di *branch exemption* (nello Stato della casa madre), né l'ATAD né il Decreto individuano la giurisdizione deputata a neutralizzare il disallineamento da ibridi (D/NI) attraverso l'attuazione della *secondary response* (che impone al beneficiario di includere il componente positivo di reddito nella propria base imponibile). Occorre porre in evidenza che, in questo caso, sia la casa madre sia la stabile organizzazione assumono la veste di beneficiario ai fini dell'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 142 del 2018.

XVI.1.c. La Circolare affronta il tema adottando una soluzione pragmatica: «*Nella circostanza, l'applicazione della reazione secondaria in Italia potrà essere evitata, a mente dell'articolo 8, comma 2, lettera b) ultimo periodo del Decreto ATAD, laddove l'inclusione sia avvenuta, a seconda dei casi, nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione ovvero in quello della casa madre e tale inclusione risulti da una dichiarazione con valore di autocertificazione rilasciata dal contribuente ovvero da altri elementi certi e precisi.*».

XVI.2. Questa soluzione sembra, tuttavia, concedere una eccessiva discrezionalità a favore del gruppo multinazionale in merito alla individuazione della giurisdizione in cui operare la variazione in aumento imposta dalla *secondary response*.

XVI.2.a. Discrezionalità nell'applicazione delle misure *anti-hybrid* che la stessa bozza di circolare osteggia. In merito, a pagina 24 della bozza di circolare, si legge: "*nell'assunto che le norme anti ibridi hanno la finalità di eliminare le asimmetrie tra ordinamenti tributari di diversi Stati, in modo automatico e non discrezionale, laddove tali asimmetrie si manifestino, la spontanea rimozione da parte del contribuente dell'effetto derivante dalla esistenza di un disallineamento da ibridi (ad esempio tramite una variazione in aumento del proprio reddito*

imponibile), in assenza di uno specifico obbligo previsto da norme di sistema del proprio ordinamento, non assumerà rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme di reazione".

XVI.2.b. Dunque, la giurisdizione deputata a risolvere il disallineamento da ibridi dovrebbe essere quella di residenza della casa madre. La bozza di circolare dovrebbe, quindi, fornire una indicazione precisa a riguardo evitando di lasciare al contribuente la scelta della giurisdizione in cui attuare la reazione.

XVI.2.c. Si rileva, inoltre, che nell'ipotesi in cui la stabile organizzazione sia localizzata in Italia e la giurisdizione della casa madre non imponga l'attuazione della reazione in ragione di una differente posizione circa l'individuazione dello Stato deputato a risolvere il disallineamento (individuando nella stabile organizzazione il "beneficiario" rilevante), l'Italia dovrebbe imporre la reazione secondaria in capo alla stabile organizzazione localizzata nel suo territorio. Questo al fine di evitare che il disallineamento da ibridi non trovi soluzione.

Il Presidente

Prof. Mario Nussi



