

A: Agenzia delle Entrate
Da: Gianni & Origoni
Data: 19 novembre 2021
Oggetto: **Consultazione pubblica sullo schema di circolare denominata “Circolare ATAD n. 2 – Chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi – decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (recepimento della Direttiva <<ATAD>>)”**

Egregi Signori,

desideriamo, *in primis*, ringraziarVi per la possibilità di partecipare alla presente consultazione pubblica relativa allo schema di circolare (di seguito, “**Bozza di Circolare**”) dedicata alla normativa sui disallineamenti da ibridi di cui al Decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (di seguito, “**Decreto ATAD**”), emanato in attuazione della Direttiva UE 2016/1164 (di seguito, “**Direttiva ATAD**”), come successivamente integrata, che a sua volta trae origine dalle indicazioni fornite dall’OCSE nell’ambito dell’Azione 2 del progetto BEPS (“**Rapporto HMA 2015**”).

Di seguito, saranno riportati i nostri commenti e le nostre osservazioni ad alcuni profili trattati nella Bozza di Circolare seguendo l’impostazione da Voi suggerita, cioè tramite lo schema Tematica / Paragrafi della circolare / Osservazioni.

I. Tematica: PREMessa – esclusione dell’IRAP dall’ambito di applicazione della normativa in esame

La Bozza di Circolare chiarisce che *“le disposizioni del Decreto ATAD si applicano alle imposte sui redditi d’impresa (IRPEF e IRES), mentre ragioni di ordine logico sistematico portano ad escludere dall’ambito di applicazione della disciplina in commento l’Imposta Regionale sulle Attività Produttive (IRAP) di cui al Decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446. Ciò in considerazione degli articoli 1 e 3 della Direttiva ATAD che fanno esplicito riferimento all’imposta sulle società, intendendosi come tale un’imposta personale che grava sui redditi d’impresa. Differentemente, l’IRAP non è un’imposta sul reddito, bensì un’imposta di carattere reale che colpisce il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate”*.

Per maggior chiarezza, si chiede di valutare la possibilità di puntualizzare, a titolo esemplificativo, uno dei precipitati di tale interpretazione, ossia che gli interessi pagati da una società di partecipazione non finanziaria (come definita nell’articolo 162-*bis*, comma. 1, lettera. c) del Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n.

917 (“**TUIR**”)) residente in Italia in relazione ad uno strumento finanziario ibrido (considerati redditi di capitale nella giurisdizione del beneficiario e non inclusi nella base imponibile del beneficiario):

- (i) se da un lato, sono indeducibili ai fini IRES in capo alla società di partecipazione non finanziaria in virtù dell’applicazione della c.d. reazione primaria prevista dalla normativa in esame;
- (ii) dall’altro lato, concorrono comunque alla formazione del valore della produzione della società di partecipazione non finanziaria nella misura del 96% del loro ammontare ai sensi dell’articolo 6, comma 9 del Decreto Legislativo 15 dicembre 1997, n. 446.

II. Tematica: PROFILI SISTEMATICI DELLA NORMATIVA ANTI IBRIDI – Paragrafo 2.2.2. della Bozza di Circolare

La Bozza di Circolare a pag. 24 specifica che *“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. Così, a titolo esemplificativo e non esaustivo, in presenza di uno strumento finanziario ibrido emesso da un soggetto passivo italiano, la spontanea inclusione da parte del beneficiario estero dei relativi componenti di reddito nella propria base imponibile, in assenza di un obbligo di legge, non inibisce l’applicazione della reazione primaria da parte dello Stato Italiano”*.

La suddetta specifica non appare in linea:

- né con i consideranda nn. 20 e 21 della Direttiva ATAD che specificano che *“il requisito di effettuare eventuali adeguamenti a norma della presente direttiva potrebbe essere differito fino al momento in cui la deduzione è effettivamente compensata a fronte di un reddito non a doppia inclusione nella giurisdizione del pagatore”*;
- né con la Relazione illustrativa al Decreto ATAD (di seguito, **“Relazione Illustrativa”**) che ha chiarito che *“gli effetti di doppia deduzione ovvero di deduzione non inclusione avversati dalle disposizioni in commento non sono quelli potenziali bensì quelli effettivamente verificatisi”*. In particolare, la Relazione Illustrativa rileva che *“l’adozione dell’approccio di un rischio potenziale avrebbe, invece, comportato la negazione immediata della deduzione di componenti negativi di reddito con la conseguenza di colpire situazioni in cui non si è ancora verificato l’effetto negativo del disallineamento (i.e. riduzione*

permanente della base imponibile); ciò avrebbe comportato una reazione dell'ordinamento sproporzionata rispetto al rischio".

Ne deriva che, contrariamente a quanto precisato nella Bozza di Circolare, laddove nell'ambito di un disallineamento da ibridi il beneficiario estero di un dato componente di reddito decidesse spontaneamente di includere quest'ultimo nella propria base imponibile – pur in assenza di un obbligo di legge – non verificandosi alcun fenomeno di deduzione senza inclusione o di doppia deduzione, la normativa in esame non dovrebbe trovare applicazione. Conseguentemente, nessuna violazione dovrebbe essere contestata al soggetto pagatore italiano.

III. Tematica: NORME DI REAZIONE: I PRESUPPOSTI – Paragrafo 3.3.2. della Bozza di Circolare

Uno dei presupposti che integra la fattispecie dell'accordo strutturato è quello legato alla consapevolezza da parte del contribuente o di una sua impresa associata che l'accordo sia finalizzato a produrre disallineamenti da ibridi.

Sul punto la Bozza di Circolare a pag. 58 precisa che *"il requisito della consapevolezza diviene irrilevante qualora il contribuente o un'impresa associata abbia <<condiviso il valore del beneficio fiscale risultante dal disallineamento da ibridi>>. In tali casi, infatti, per espressa previsione normativa, a nulla potrà valere la dimostrazione da parte del contribuente della sua ignoranza circa gli effetti del disallineamento generati dall'accordo. La Bozza di Circolare poi continua, rilevando che "in tal senso anche la relazione illustrativa al Decreto ATAD, per la quale <<la incolpevole ignoranza dell'ottenimento di un vantaggio fiscale da parte del contribuente non è sufficiente a disinnescare l'applicazione della normativa laddove esso abbia comunque beneficiato del vantaggio fiscale>>".*

Ebbene, nei casi in cui il valore fiscale derivante dal disallineamento da ibridi venga "condiviso" da una società del gruppo del gruppo (i.e. l'impresa associata) diversa da quella che è direttamente parte dell'ibrido, sarebbe auspicabile chiarire che la "incolpevole ignoranza" da parte di quest'ultimo dovrebbe rilevare almeno ai fini della disapplicazione delle sanzioni amministrative in sede di eventuale accertamento emesso nei confronti di tale soggetto posto che ai sensi dell'articolo 5 del Decreto legislativo del 18 dicembre 1997, n. 472 "nelle violazioni punite con sanzioni amministrative ciascuno risponde della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa".

IV. Tematica: NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI – Paragrafi 4.1. e 4.2 della Bozza di Circolare

Al paragrafo 4.1., nel ripercorrere le norme di reazione in caso di effetto DD, la Bozza di Circolare specifica che *"ai sensi dell'articolo 8, comma 2, lettera a), ultimo periodo del*

decreto ATAD, il soggetto passivo italiano che si qualifica quale pagatore non è tenuto ad applicare la reazione secondaria se l'ineducibilità del componente negativo di reddito, in base alle norme fiscali della giurisdizione estera dell'investitore risulta da una dichiarazione con valore di autocertificazione rilasciata dai rappresentanti legali del contribuente ivi residente o localizzato (in caso di stabile organizzazione) ovvero da altri elementi certi e precisi". Si segnala che la norma corretta che, in caso di effetto DD, prevede quanto sopra è l'articolo 8, comma 1, ultimo periodo del Decreto ATAD.

V. Tematiche: 1) NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI – Paragrafi 4.1. e 4.2 della Bozza di Circolare e 2) DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTROLLI – Paragrafo 6 della Bozza di Circolare

L'articolo 8, commi 1 e 2 del Decreto ATAD prevedono che:

- (i) in caso di effetto DD, la reazione primaria non scatta se lo Stato italiano è lo Stato del pagatore e se la deduzione del componente negativo risulti essere negata nello Stato dell'investitore, circostanza quest'ultima che *"deve risultare da una dichiarazione rilasciata dal contribuente ivi residente o localizzato ovvero da altri elementi certi e precisi"*;
- (ii) in caso di effetto D/NI e:
 - a. l'Italia sia lo Stato del pagatore, la deduzione del componente negativo di reddito è consentita a condizione che (x) il disallineamento risulti neutralizzato in altro Stato attraverso l'inclusione del componente positivo nello Stato della casa madre ovvero nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione e che (y) tale inclusione risulti da *"da una dichiarazione rilasciata dal contribuente ivi residente o localizzato ovvero da altri elementi certi e precisi"*;
 - b. l'Italia sia lo Stato del beneficiario e la deduzione del componente negativo di reddito non è negata nello Stato del pagatore, l'importo del corrispondente componente positivo di reddito che altrimenti genererebbe un disallineamento non è imponibile in capo al soggetto passivo a condizione che (x) il disallineamento sia neutralizzato in un altro Stato e che (y) l'ineducibilità nello Stato del pagatore ovvero l'inclusione nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione del soggetto passivo *"deve risultare da una dichiarazione rilasciata dal contribuente ivi residente o localizzato ovvero da altri elementi certi e precisi"*.

Per disapplicare la risposta domestica al disallineamento da ibridi, la norma, dunque, richiede al soggetto passivo di provare l'ineducibilità di un dato componente di reddito o la sua inclusione all'estero sulla base di una *"dichiarazione"* o, in alternativa, di *"altri elementi certi e precisi"*. Sul punto la Bozza di Circolare a pag. 61 si limita ad aggiungere che le suddette circostanze di fatto devono risultare *"da una dichiarazione con valore di autocertificazione rilasciata dai rappresentanti legali del contribuente ivi residente o localizzato (in caso di stabile organizzazione) ovvero da altri elementi certi e precisi"*,

senza tuttavia chiarire il contenuto della dichiarazione e quali sarebbero questi “*altri elementi certi e precisi*”.

Sarebbe quantomai opportuno, dunque, che la Bozza di Circolare specificasse il contenuto della dichiarazione e chiarisse, anche a titolo esemplificativo, gli “*elementi certi e precisi*” ritenuti idonei ad evitare qualsiasi contestazione da parte dell’Amministrazione finanziaria sul tema. Tali chiarimenti si rendono ancor più necessari in relazione alla fattispecie del disallineamento da ibridi importati caratterizzato da operazioni composite e dal coinvolgimento di molteplici soggetti.

Peraltro, la necessità dei suddetti chiarimenti è di assoluta evidenza se si considera che la dichiarazione in esame così come gli “*elementi certi e precisi*” dovranno essere raccolti e verificati dal contribuente prima della presentazione della dichiarazione dei redditi di ciascun anno d’imposta e conservati ai fini di una eventuale difesa in caso di contestazione da parte dell’Amministrazione finanziaria. Tale circostanza è evidenziata proprio nel par. 6 della Bozza di Circolare dove si afferma che:

- (i) “*è buona pratica di gestione del rischio fiscale per i contribuenti svolgere, prima della presentazione della dichiarazione dei redditi, appropriate analisi circa il ricorrere o meno di fattispecie di disallineamenti da ibridi rilevanti, anche richiedendo la collaborazione da parte delle imprese associate, al fine di precostituire una appropriata documentazione probatoria*”; e
- (ii) in linea con quanto previsto dall’articolo 11 del Decreto ATAD in materia di accertamento, “*sarà compito del contribuente [in sede di contraddittorio preventivo] dare evidenza che la fattispecie non ricorre o dell’esistenza di fatti impeditivi o estintivi di detta pretesa*” e che, in tale sede, “*il contribuente potrà dimostrare che l’operazione vagliata non fa emergere alcun disallineamento da ibridi rilevante*”.

VI. Tematica: NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI – Paragrafo 4.3. della Bozza di Circolare

Osservazione 1

La Bozza di Circolare specifica che il disallineamento da ibrido importato si fonda essenzialmente su tre elementi: (i) il “pagamento da disallineamento importato”, (ii) la “deduzione ibrida” e (iii) il “nesso” tra il pagamento *sub* (i) e la deduzione *sub* (ii).

Sul nesso *sub* (iii), l’articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD si limita a fare riferimento alla sussistenza di un collegamento di tipo diretto o indiretto nell’ambito di una transazione o serie di transazioni tra imprese associate o tra imprese che sono parti di un accordo strutturato, senza, tuttavia, dare ulteriori indicazioni al riguardo. Sul punto la Bozza di Circolare si limita a fare rimando al Rapporto HMA 2015, prevedendo che “*in merito alla individuazione di tale nesso, in assenza di esplicite contrarie indicazioni provenienti dalla*

Direttiva e dal Decreto si ritiene sia necessario fare operativamente riferimento alle indicazioni ed ai criteri contenuti nel Rapporto HMA 2015 ed in particolare ai paragrafi 246 e 247 ove vengono illustrate le tre metodologie <<structured>>, <<direct>> e <<indirect>> ed il loro coordinamento". Ciò sebbene l'articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD non contenga alcun richiamo espresso né alle suddette regole né all'ordine gerarchico di applicazione previsti nel Rapporto HMA 2015.

Ebbene, se l'individuazione di un nesso diretto nell'ambito del disallineamento da ibridi importati potrebbe non creare particolari difficoltà, lo stesso non può di certo dirsi per tutte quelle ipotesi di collegamento "indiretto", soprattutto alla luce del fatto che, in tali casi, l'individuazione del "pagamento da disallineamento importato" richiederebbe l'analisi di una complessa catena di pagamenti infragruppo.

Considerato che:

- l'applicazione pratica delle logiche (*rectius* regole) "structured" e/o "direct" e/o "indirect" richiamate nel Rapporto HMA 2015 risulta complessa;
- la violazione delle suddette regole – stando alla interpretazione contenuta nella Bozza di Circolare – è sanzionabile in capo al contribuente italiano;
- il par. 265 del Rapporto HMA 2015 specifica che, in caso di contestazione, *"il contribuente avrà l'onere di dimostrare, a ragionevole soddisfazione dell'autorità fiscale competente, che la regola dei disallineamenti importati sia stata correttamente applicata in tale giurisdizione"*¹;

sarebbe utile che la Bozza di Circolare, al pari di quanto fatto per le altre tipologie di disallineamento da ibridi, fornisca chiarimenti (anche attraverso esempi numerici) in merito alla applicabilità nella pratica di ciascuna delle "logiche" contenute nel Rapporto HMA 2015.

Osservazione 2

La Direttiva ATAD chiarisce al considerando n. 22 che *"le differenze di risultati fiscali imputabili alle sole differenze nel valore attribuibile a un pagamento, anche mediante l'applicazione di prezzi di trasferimento, non dovrebbero rientrare nella definizione di disallineamento da ibridi. Inoltre, poiché le giurisdizioni utilizzano periodi per la dichiarazione d'imposta diversi e hanno regole diverse per riconoscere le modalità di derivazione o di generazione delle voci di reddito o di spesa, in linea generale non si dovrebbe ritenere che tali differenze temporali generino disallineamenti nei risultati fiscali. Tuttavia, nel caso di un pagamento deducibile a titolo di uno strumento finanziario [...] tale pagamento dovrebbe essere considerato incluso nel reddito entro un*

¹ Cfr. Rapporto HMA 2015, par. 265: *"It will be the domestic taxpayer who has the burden of establishing, to the reasonable satisfaction of the tax administration, that the imported mismatch rule has been properly applied in that jurisdiction. This initial burden may be discharged by providing the tax administration with copies of the group calculations together with supporting evidence of the adjustments that have been made under the imported mismatch rules in other jurisdictions. Tax administrations will generally be relying on the taxpayer to provide them with these calculations and supporting evidence. [...]"*

periodo ragionevole se incluso dal beneficiario entro 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del pagatore o come determinato in base al principio di normali condizioni di mercato. Al fine di evitare il verificarsi di un fenomeno di disallineamento e di garantire il controllo fiscale, gli Stati membri potrebbero esigere l'inclusione del pagamento entro un periodo definito".

Circa l'irrelevanza delle c.d. differenze temporali ai fini dell'applicazione della normativa in esame – evidenziata al par. 3.1.2.2. – la Bozza di Circolare osserva che:

- (i) con riferimento ai disallineamenti con effetto D/NI relativi agli strumenti finanziari e trasferimenti ibridi opera la regola di cui all'articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1) del Decreto ATAD, secondo il quale il disallineamento sussiste soltanto a condizione che il componente di reddito (dedotto nella giurisdizione del pagatore) non sia incluso nella giurisdizione del beneficiario *"in un 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"*;
- (ii) con riferimento ai disallineamenti con effetti DD *"il sopraggiungere di reddito a doppia inclusione è idoneo a rendere ex post (ossia nel periodo o nei periodi di imposta in cui sopraggiunge) deducibili i componenti negativi originariamente colpiti dalla reazione secondaria"*.

Considerato che i disallineamenti da ibridi importati potrebbero derivare da strutture complesse che coinvolgono molteplici giurisdizioni, altrettante molteplici (e anche diverse) regole sulla modalità di derivazione o di generazione delle voci di reddito o di spesa, sarebbe opportuno che la Bozza di Circolare chiarisse anche con riferimento a tale fattispecie di disallineamenti quando e in quale misura le differenze temporali non siano tali da generare disallineamenti sanzionati dalla normativa in esame.

VII. Tematica: COORDINAMENTO DELLE NORME ANTI IBRIDI CON ALTRE DISPOSIZIONI FISCALI DEL TUIR – Paragrafo 7 della Bozza di Circolare

La Bozza di Circolare chiarisce il rapporto tra la normativa in esame e, da un lato, le disposizioni in tema di deducibilità degli interessi passivi contenute nell'articolo 96 del TUIR e, dall'altro, la disciplina sulle CFC recata dall'articolo 167 del TUIR, precisando che, in ogni caso, *"le norme di reazione hanno la funzione esclusiva di neutralizzare il disallineamento da ibridi e pertanto non hanno rilevanza sul versante della riqualificazione dei componenti di reddito (ad esempio interessi o dividendi) e del relativo trattamento fiscale"*.

Sebbene a nostro avviso si tratti di due normative che operano su piani diversi (i.e. una "a monte" sulla quantificazione dei componenti reddituali e l'altra "a valle" sulla deducibilità / tassabilità di questi ultimi), per chiarezza si ritiene possa essere utile precisare se ed in che modo la normativa in esame interagisca con quella sui prezzi di trasferimento recata dall'articolo 110, comma 9 del TUIR e quali possano essere i risvolti

pratici di tale interazione considerato che, la prima potrebbe rendere indeducibili determinati componenti reddituali o tassabili certi altri i quali, laddove derivassero da operazioni infragruppo, ricadrebbero nell'ambito di applicazione della normativa sui prezzi di trasferimento.

* * * * *

Si rimane a disposizione per qualsiasi necessità o chiarimento

Cordiali saluti

Gianni & Origoni