

Spettabile

AGENZIA DELLE ENTRATE

E-mail: dc.gci.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Milano, Roma 19 novembre 2021

Oggetto: Consultazione pubblica sulla bozza di Circolare riguardante la disciplina dei disallineamenti da ibridi (D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142).

Il presente scritto intende contribuire alla procedura di consultazione pubblica della Vostra bozza di Circolare, riguardante la disciplina dei disallineamenti da ibridi di cui agli artt. 6-11 del D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142 (di seguito, la “**Bozza di Circolare**”); si ringrazia per l’opportunità offerta.

Tematica N. 1 (composta da sette punti) - Individuazione del disallineamento da ibridi ai fini dell’applicazione: i) della reazione secondaria; ii) della reazione avverso gli hybrid imported mismatches

Paragrafi di riferimento

- § 2.2.2, nella parte in cui, dopo aver affermato che nel nostro ordinamento la reazione secondaria non entra in gioco, ove la diversa giurisdizione interessata dall’*arrangement* (titolare secondo le logiche del sistema anti-ibrido della reazione primaria) abbia introdotto una disciplina anti-ibrido, si precisa che: “ Ciò non potrà verificarsi qualora lo Stato estero abbia adottato soluzioni non conformi a quelle accolte dal Legislatore italiano e, in linea generale, dalla Direttiva ATAD o le abbia implementate con modalità tecniche tali da non garantire la rimozione degli effetti di uno dei disallineamenti da ibridi rilevanti. In tal caso, nonostante l’implementazione delle disposizioni anti ibridi, eventuali disallineamenti potrebbero permanere e richiedere l’attivazione della reazione primaria o secondaria. Una modalità concreta per determinare il ricorrere di tale situazione è quella di confrontare i presupposti di applicazione della disposizione di contrasto prevista dall’ordinamento estero con i corrispondenti presupposti previsti dall’ordinamento italiano”.
- § 4.3, nella parte in cui afferma l’esigenza di applicazione del criterio affermato al § 2.2.2 anche rispetto agli ibridi importati e più precisamente laddove si afferma “...occorre

considerare che sia il tenore letterale dell'articolo 9, comma 3 della Direttiva nonché dell'articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD non distinguono in relazione agli Stati esteri coinvolti, imponendo quindi di includere nell'ambito oggettivo di applicazione anche i disallineamenti da ibridi importati da altri Stati UE, a condizione, ovviamente, che in detti Stati le disposizioni anti ibridi siano state attuate con un livello di protezione non equivalente a quello previsto dal Decreto ATAD. Peraltro, ciò è coerente con il campo di applicazione della reazione secondaria che, come si è visto, può trovare applicazione anche in ambito europeo, qualora nella giurisdizione che dovrebbe attivare le reazioni primarie vi sia stata un'attuazione con un livello di protezione non equivalente a quello previsto dal Decreto ATAD”.

Osservazioni/Contributi – Il criterio indicato nella bozza di circolare caratterizza profondamente l'intera logica della complessa disciplina in trattazione. Se il D.Lgs. 142/2018, pare dire la bozza di circolare, definisce e tipizza gli ibridi oggetto di reazione e dota l'ordinamento di reazioni che suppliscono all'assenza di quelle discipline estere che, seguendo il gioco corale (ossia globale) di deterrenza degli ibridi ideato dall'OCSE e fatto proprio dalla Direttiva, dovrebbero intervenire prioritariamente, allora l'innesco di tali reazioni suppletive non può che essere la presenza di un disallineamento da ibrido, così come da esse stesse conosciuto e tipizzato. Si tratta di un approccio sostanzialmente riconducibile a quanto previsto nel considerando n. 24 della Direttiva, secondo cui: “È necessario prevedere una norma che consenta agli Stati membri di affrontare le disparità in termini di recepimento e attuazione della presente direttiva che comportano un disallineamento da ibridi nonostante gli Stati membri agiscano in conformità con la presente direttiva. Se tale situazione si verifica e la regola primaria prevista dalla presente direttiva non si applica, dovrebbe applicarsi una regola secondaria. Non di meno l'applicazione della regola primaria e della regola secondaria vale solo per i disallineamenti da ibridi quali definiti dalla presente direttiva e non dovrebbe incidere sulle caratteristiche generali del regime di imposizione di uno Stato membro”.

La logica di tale approccio non pare irragionevole, il punto è che il panorama globale risulta decisamente caratterizzato da *arrangements* che vedono il coinvolgimento di Stati non UE dotati di discipline anti-ibrido privi di vincolo di subordinazione o di raccordo alla Direttiva (Stato Uniti, per esempio) o di Paesi Membri che in modo puntuale precisano taluni meccanismi applicativi stabiliti dai Report OCSE in termini ben diversi da quelli che il D.Lgs. 142 o la bozza di circolare affermano per il nostro ordinamento. Soprattutto, v'è da

considerare come sia il nostro stesso sistema a divergere, talvolta anche in profondità, dal *benchmark* di riferimento rappresentato dai due Report dell'OCSE.

Il risultato è quello di una diffusa sensazione che, lungi dal perseguire il modello OCSE, secondo cui le reazioni secondarie e quella avverso gli ibridi importati, rimediano essenzialmente alla non adozione di sistemi anti-ibrido da parte delle giurisdizioni chiamate a rispondere, vada profilandosi un preoccupante scenario in cui sul contribuente italiano (beneficiario di D/NI, investitore nelle DD o sospetto “importatore” di deduzioni ibride) gravi l'onere di verificare costantemente l'esistenza all'estero (i.e. tra due o più giurisdizioni estere) di ibridi corrispondenti agli schemi tipizzati dalla disciplina interna, contrastati in modo divergente dalle singole giurisdizioni interessate.

Rispetto ad una situazione di tal fatta, pare utile elencare, senza diffondersi in particolari approfondimenti, sette istituti caratterizzanti il sistema *anti-hybrid* rispetto ai quali emergono divergenze tra ordinamenti, al fine di consentire una valutazione complessiva in ordine all'azione suppletiva dell'Italia nel panorama globale.

Evidentemente, quanto maggiore è il numero e l'incisività dei casi di divergenza tra la disciplina italiana e quella degli altri ordinamenti, tanto più il sistema perde di intellegibilità e aderenza al modello OCSE.

Alla presentazione delle problematiche fa seguito l'indicazione di soluzioni, di cui si auspica l'adozione, a tutela della razionalità complessiva del sistema.

1. Riferimento ai par. § 3.1.1, § 3.1.2, § 8 esempio 5 - Identificazione della deduzione ibrida - Divergenza dagli ordinamenti “full OCSE compliant”-

Osservazioni/Contributi. Nel mentre i Report OCSE precisano per ciascuna fattispecie di disallineamento da ibridi la nozione di deduzione ibrida (v. par. 28 HMA per D/NI di pagamenti operati ai termini di strumenti finanziari ibridi, par. 121 HMA per le D/NI di pagamenti operati a entità ibrida inversa, par. 145 HMA per le D/NI di pagamenti operati da entità ibrida diretta verso il socio, par. 192 HMA per le doppie deduzioni, par. 234 HMA per gli ibridi importati, par. 44 BMA per le D/NI di pagamenti operati nei riguardi di *branch* o di *branch* sconosciuta, par. 64 BMA per le D/NI di pagamenti nozionali della *branch* verso casa madre, par. 90 BMA per le doppie deduzioni con coinvolgimento di *branch*, par. 108 BMA per gli *imported branch mismatches*), il D.Ls. 142 (art. 6. Co. 1, lett. z), stabilisce la nozione, universale per tutte le fattispecie, di «componente negativo di reddito», precisando che si tratta di “un onere al quale è associato un flusso finanziario che trova manifestazione nello stesso periodo di imposta in cui detto onere risulta sostenuto oppure in un periodo di imposta anteriore o posteriore ovvero un onere che si considera sostenuto sulla base delle

regole di attribuzione degli utili e delle perdite della stabile organizzazione nei rapporti con la casa madre e con le altre stabili organizzazioni secondo le norme del suo Stato di localizzazione nonché di quello della casa madre e delle altre stabili organizzazioni”.

Un’applicazione letterale della norma interna attribuirebbe rilevanza ai c.d. *non cash items* (ammortamenti, svalutazioni) per fattispecie quali quella di cui all’art. 6, comma 1, lett. r, n. 3, del Decreto (D/NI da pagamenti ad entità ibrida inversa con differenze nell’allocazione del componente positivo), corrispondente alla fattispecie disciplinata dalla REC 3 HMA (Disregarded hybrid payments rule), rispetto alla quale il par. 121 HMA espressamente stabilisce “*The term does not cover the cost of acquiring a capital asset or an allowance for depreciation or amortisation*”. Tale scenario si materializza nella bozza di circolare; a pag. 26 si afferma: “...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, indipendentemente dal fatto che l’aspetto finanziario si manifesti nello stesso periodo di imposta in cui detto onere risulta sostenuto oppure in un periodo di imposta anteriore o posteriore. Si tratta di una definizione ampia che comprende qualsiasi elemento di costo che sia correlato ad una manifestazione finanziaria, come ad esempio le spese per servizi, affitti, interessi, royalties ed altre spese relative all’attività d’impresa. Inoltre, l’ampio tenore letterale della norma lascia ritenere che rientrino nella nozione di componente negativo anche i costi per l’acquisto di beni merce. La circostanza, inoltre, che l’aspetto finanziario di un onere possa manifestarsi anche in un periodo di imposta anteriore o posteriore, consente di ricomprendere tra i componenti negativi di reddito rilevanti quelli connessi all’utilizzo di immobilizzazioni materiali ed immateriali, come ad esempio svalutazioni e ammortamenti deducibili. In tali casi, infatti, è da ritenere che il flusso finanziario si sia manifestato in via anticipata all’atto dell’acquisizione dell’immobilizzazione ancorché il relativo costo si rifletta nella determinazione dell’imponibile come deduzione nel corso del tempo in ragione dell’utilizzo del cespite” (il concetto è ribadito a pag. 35). A pagina 94 è proposto l’esempio n. 5, che senza particolari intermezzi e tentennamenti afferma l’esistenza di reazione, in termini di negazione della deducibilità delle quote di ammortamento del costo di acquisto di un bene il cui prezzo non è stato incluso in ragione dell’ibridità del cedente (peraltro senza preoccuparsi di verificare se ed in quale misura il corrispettivo acquisito superi il valore fiscale del bene vantato dal cedente).

Sempre a voler seguire senza correttivi il tenore letterale delle disposizioni, merita considerare l’ampliamento esponenziale della forza intrusiva della disciplina di che trattasi ove si consideri che l’art. 8, co. 3, D.Lgs. 142, stabilisce che la reazione avverso gli ibridi importati colpisce il “componente negativo di reddito” che finanzia direttamente o indirettamente una deduzione ibrida diretta. Anche in tal caso non risulta precisato che si debba trattare di un *cash item*, con la conseguenza

che sarebbe passibile di reazione l'ammortamento di un bene acquistato da un'impresa associata (o in accordo strutturato) che abbia incluso il plusvalore della vendita, compensandolo con una deduzione ibrida (diretta o importata, anche non propria ma in seno ad un consolidato fiscale) non risolta. Gli Stati che si attengono alle indicazioni OCSE, al contrario, adotteranno la regola secondo cui: "Payments will therefore include rents, royalties, interest, and fees paid for services but will not generally include amounts that are treated as consideration for the disposal of an asset" (par. 108 BMA).

Contributo. Si propone che siano offerte interpretazioni della lettera z (art. 6, co. 1) e dell'art. 3, co. 8, coerenti con le indicazioni dei Report OCSE. Più precisamente, in considerazione dell'assenza di specificazioni nella norma interna, tale risultato potrebbe essere perseguito attraverso la valorizzazione del considerando 28 della direttiva.

2. Riferimento al par. § 2.2.2. Presupposti di applicazione della reazione secondaria - Divergenza da Stati "full OCSE compliant".

Osservazioni/Contributi. A pagina 24 - dopo aver correttamente affermato che la reazione secondaria non trova applicazione nei casi di vigenza della reazione primaria (nello Stato del pagatore nel caso di D/NI e dell'investitore nel caso di DD¹), quand'anche ne fosse violato il precetto dal contribuente non residente che vi soggiace - la bozza di circolare afferma: "Tale ... soluzione, tuttavia, al fine di garantire l'integrità e l'effettività del sistema delle disposizioni anti ibridi, si ritiene applicabile solo in presenza di uno Stato membro dell'Unione europea o di altri Stati terzi con i quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni; diversamente la reazione secondaria sarà comunque attivabile in Italia al fine di neutralizzare il disallineamento". Si tratta di un approdo privo di radice normativa che, ove confermato, collocherebbe il sistema nazionale ben al di là delle raccomandazioni dell'OCSE e della Direttiva, ove nulla di analogo risulta previsto. Merita rammentare, come la complessiva *ratio* della disciplina anti-ibridi sia quella di eliminare i disallineamenti emergenti per via della divaricazione delle discipline fiscali dei vari ordinamenti, senza che possa assumere alcun rilievo la violazione in concreto dei precetti *anti-hybrid* ad opera dei contribuenti chiamati a subirli ed ancor meno la difficoltà di recupero delle informazioni presso le amministrazioni fiscali estere. Al pari della spontanea (ossia in assenza di precetto) eliminazione del disallineamento, la violazione del precetto anti-ibrido appartiene ad un livello la cui rilevanza resta confinata alle potestà di verifica e rimedio del rapporto tributario (sotto forma di rimborso di quanto versato spontaneamente oppure di contestazione dell'illecito perpetrato), senza invece che possa

¹ Ferma restando la peculiare dinamica delle doppie deduzioni insorgenti a seguito di doppia residenza fiscale (di cui appresso).

rilevare al diverso e più alto livello di definizione delle regole anti-ibrido. In altri termini, l'obbligo di reazione secondaria non dipende dalla condotta in concreto adottata dall'obbligato alla reazione primaria: questo è la ratio del sistema ideato dall'OCSE e adottato dalla Direttiva. In tale prospettiva il sistema di scambio di informazioni può avere esclusiva rilevanza ai fini della sollecitazione dell'Amministrazione estera a procedere contro il suo amministrato. Peraltro, se “..l'integrità e l'effettività del sistema delle disposizioni anti ibridi” viene meno in assenza di un accordo specifico sullo scambio di informazioni, allora tale conclusione, oltre che rispetto all'applicazione della reazione secondaria, andrebbe raggiunta rispetto ad altri cruciali passaggi della disciplina, quali ad esempio: i) la verifica, ad opera del pagatore italiano, dell'inclusione del componente di reddito nella giurisdizione del beneficiario (con sistematica applicazione, in mancanza di accordo, della reazione primaria); ii) la verifica dell'inclusione in altro Stato ai termini dell'art. 8, comma 2, D.Lgs. 142 (con applicazione, in mancanza di accordo, della reazione primaria). Inoltre, ove stabilito per reciprocità dallo Stato estero privo di accordo specifico sullo scambio di informazioni, tale approccio estenderebbe la propria efficacia tanto alle ipotesi di reazione primaria ai termini del D.Lgs. 142 (cui non verrebbe attribuita rilevanza), quanto a quelle di inclusione del componente positivo di reddito da parte del beneficiario italiano (cui spetterebbe la medesima sorte di non rilevanza). Il risultato, pare evidente, sarebbe uno stravolgimento delle corrette dinamiche di efficacia delle reazioni anti-ibrido, con evidente rischio di moltiplicazione esponenziale delle reazioni.

Rispetto a quanto sin qui affermato occorre, inoltre, chiedersi il senso di talune disposizioni contenute nell'art. 8. Il riferimento è ai seguenti incisi: i) “L'indeducibilità nello Stato dell'investitore deve risultare da una dichiarazione rilasciata dal contribuente ivi residente o localizzato ovvero da altri elementi certi e precisi”(comma 1, ultimo inciso); ii) “L'indeducibilità 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” (comma 2, lettera b).

Ferma restando l'esigenza stabilita ex lege di tali “prove”, quel che non si comprende è la loro efficacia e finalità. Si tratta di meri obblighi informativi (*disclosure*) addossati ai contribuenti? Oppure rappresentano condizione necessaria alla non attivazione della reazione secondaria, tale per cui in loro assenza la reazione secondaria deve comunque essere applicata? In tale seconda ipotesi, cosa andrebbe comprovato? il fatto che l'ordinamento dell'altro Stato ha introdotto discipline *anti-hybrid* prevedenti la reazione primaria rispetto alla fattispecie concreta in trattazione? od anche che vi sia stata la materiale soggezione a tale reazione primaria (ossia la non violazione del precetto anti-ibrido)? Ove si arrivasse a dare soluzione ai suddetti passaggi in modo tale da affermare che la reazione secondaria si applica in mancanza della prova dell'effettiva soggezione a reazione primaria

della controparte estera dell'ibrido, allora ancora una volta occorrerebbe rilevare la presenza di una divaricazione sullo specifico punto del nostro ordinamento rispetto alle impostazioni OCSE. In specifico, il nostro Paese non si accontenterebbe del rimedio al disallineamento corrente tra le discipline fiscali dei vari ordinamenti, ma innescherebbe reazioni sin tanto che non sia data dimostrazione di un risultato di fatto. Ancora una volta il sistema diverrebbe non intellegibile, in quanto sarebbe ben possibile che l'Italia applichi la reazione secondaria e che lo Stato estero proceda nei riguardi del suo amministrato per il recupero del precetto anti-ibrido (*primary rule*) violato.

Contributo. Si propone di dare attuazione al principio secondo cui la reazione secondaria non trova applicazione in presenza di reazione primaria stabilita dalla giurisdizione del payer (nelle D/NI) o dell'investor (nelle DD); gli oneri di "documentazione" stabiliti dall'art. 8 afferiscono esclusivamente al vigore nella diversa giurisdizione della reazione primaria avverso l'ibrido.

Sulla stessa linea di lettura deve collocarsi il senso dell'inciso "adeguamento equivalente" di cui al co. 3 dell'8 (di cui appresso).

3. Riferimento al par. § 3.2 - Fattispecie N. 3, 4, 5 assenza di *counterfactual test* - Divergenza da Stati "full OCSE compliant" –

Osservazioni/Contributi. Altro motivo di divergenza del nostro sistema anti-ibrido rispetto al *benchmark* (i.e. i Report OCSE) è rappresentato dall'assenza di *counterfactual test* in caso pagamento deducibile nei riguardi di un'entità ibrida inversa (fattispecie N. 3) o di una stabile in regime di esenzione (Fattispecie N. 4) o di una stabile sconosciuta in regime di esenzione (Fattispecie N. 5). Merita considerare come la verifica, richiesta dalla REC 3.3 dell'Action 2 e dalla REC 2 BMA (par. 54) del trattamento fiscale del pagamento ove lo stesso fosse operato direttamente nei riguardi del socio-investitore del *reverse hybrid* (per l'appunto il *counterfactual test*), sia tale da attribuire rilevanza anche ad ipotesi ulteriori rispetto a quella dello status di esenzione. In tale ottica assume, ad esempio, rilevanza la non inclusione di una royalty, di cui il socio-investitore godrebbe (ove fosse diretto beneficiario del pagamento) in applicazione di una disciplina di *Patent Box*. Più in generale, il *counterfactual test* stabilito dall'OCSE connota la specifica disciplina di reazione come norma mirata ad eliminare un effetto di D/NI derivante dall'interposizione del *reverse hybrid* e diversamente non conseguibile. In tale solco si comprende la previsione antielusiva di cui al par. 167 HMA che impone la reazione nei casi in cui la non inclusione del pagamento in capo al socio-investitore avverrebbe in seno ad uno strumento finanziario ibrido. Sono approcci ed ipotesi che restano estranee alla nostra disciplina per la quale la reazione innanzi alla D/NI non si attua nell'esclusivo caso di status di esenzione del socio-investitore.

Ove il pagatore non residente non applicasse la reazione primaria, in ragione degli esiti del *counterfactual test* dovuti ad un motivo diverso dallo status di esenzione, ed un soggetto passivo italiano (associato od in accordo strutturato) finanziasse tale pagatore attraverso un pagamento deducibile (incluso dal beneficiario), l'ordinamento italiano rileverebbe una deduzione ibrida in esso importata.

Rispetto a tali considerazioni non pare che il considerando 19 della Direttiva, anch'esso esclusivamente riferito allo status di esenzione del beneficiario, abbia la funzione di segnare un solco rispetto alle indicazioni dell'OCSE.

Contributo. Per arginare effetti spropositati, si propone di interpretare il riferimento allo status di esenzione del beneficiario in conformità alle indicazioni ed alla ratio perseguita dai Report OCSE, con esigenza di attivare il *counterfactual test* sul beneficiario ed attribuire rilevanza risolutiva del disallineamento ad ogni forma di non inclusione del pagamento a questi direttamente indirizzato (diversa da quella dovuta all'ibridità del payee).

4. Riferimento par. § 3.3.1 - Non applicabilità del demoltiplicatore - Divergenza da Stati “full OCSE compliant”.

Osservazioni/Contributi. A pag 51 della bozza si afferma: “In merito alle suddette soglie in caso di partecipazione indiretta si rileva che, nonostante le indicazioni del Rapporto HMA 2015 in relazione al concetto di “demoltiplicatore” della partecipazione, la Direttiva ATAD e il decreto ATAD non prevedono l'applicazione di tale meccanismo nella individuazione del rapporto di partecipazione; si ritiene, di conseguenza, che nella definizione di impresa associate non risulta applicabile il meccanismo della demoltiplicazione ai fini del calcolo della percentuale di partecipazione”. La bozza di circolare non spiega sino in fondo come debbano operarsi i calcoli. Nella sostanza parrebbe che, se A Co partecipa direttamente al 25% B Co e B Co partecipa direttamente al 25% C Co, ai termini delle indicazioni contenute nella bozza, si avrà il perfezionamento dell'elemento soggettivo della prima sulla terza con riguardo alla disciplina di contrasto dei disallineamenti da strumenti finanziari ibridi (fattispecie N. 1); non così secondo le regole OCSE (v. Ex. 11.3, secondo le cui indicazioni la percentuale che lega A Co a C Co è pari a $25\% * 25\% = 6,25\%$). Sarà gioco forza, dinnanzi a tale chiusura nei riguardi delle regole OCSE, avere un incremento esponenziale delle reazioni secondarie e avverso gli ibridi importati, ancora una volta, non in ragione dell'assenza di sistemi anti-ibrido nelle giurisdizioni estere coinvolte, bensì per una peculiare divaricazione del nostro sistema.

Incidentalmente, si chiede che venga precisato che negli *imported mismatches* la percentuale di partecipazione idonea a perfezionare l'elemento soggettivo è pari al 50%, anche se la deduzione ibrida diretta derivasse da strumento finanziario ibrido.

Questo in ragione della norma di cui all'art. 6, co. 4, D.Lgs. 142, che stabilisce la percentuale del 25% esclusivamente per i disallineamenti di cui al comma 1, lettera r), n. 1 (i.e. strumenti finanziari ibridi e trasferimenti ibridi).

Contributo. Si propone che sia affermata, via considerando 28 della direttiva, l'applicazione del demoltiplicatore ai fini del computo delle percentuali di partecipazione indiretta. Sia, inoltre, chiarito che la disciplina avverso gli ibridi importati richiede sempre e comunque (qualunque fosse la natura della deduzione ibrida diretta) la percentuale di partecipazione diretta o indiretta nella misura del 50%.

5. Riferimento par. § 2.2.2. *Secondary rule* per tutte le fattispecie tipizzate - Divergenza da Stati "full OCSE compliant" e Paesi UE.

Osservazioni/Contributi. Altro motivo di possibile ampliamento delle reazioni nel nostro ordinamento è rappresentato dalla previsione, nell'art. 8 del D.Lgs. 142, di reazioni secondarie anche per fattispecie per le quali i Report dell'OCSE si limitano a prevedere la reazione anti-ibrido sul *payer*. Si tratta delle seguenti ipotesi:

- i. D/NI di un componente di reddito in favore di un'entità ibrida inversa (fattispecie n. 3, nella tipizzazione di cui alla lett. r, co. 1, art. 6);
- ii. D/NI di un componente sostenuto nei riguardi di una stabile organizzazione immessa da casa madre nel regime di *branch exemption* (fattispecie n. 4);
- iii. D/NI di un componente sostenuto nei riguardi di una *branch* sconosciuta ed esente per la giurisdizione di casa madre (fattispecie n. 5);
- iv. D/NI dell'onere nozionale accusato dalla stabile organizzazione verso casa madre o altra stabile organizzazione (fattispecie n. 7).

La divergenza, peraltro, potrebbe porsi anche rispetto ai Paesi UE, atteso che la Direttiva espressamente stabilisce, per le indicate fattispecie, la facoltà degli Stati Membri di non adozione della reazione secondaria.

Le maggiori preoccupazioni riguardano le fattispecie n. 3 e n. 7, atteso che le altre ipotesi i disallineamenti dovrebbero trovare, nella gran parte dei casi, rimedi preventivi nel regime di *branch exemption*. Quanto alla fattispecie n. 7, un certo disagio è indotto dal fatto di imporre a casa madre la rilevazione di un reddito oggettivamente non esistente, con possibili recriminazioni in ordine al principio di "possesso del reddito", come presupposto indefettibile di ogni forma di tassazione sui redditi. Quanto alla fattispecie n. 3, le preoccupazioni si appuntano rispetto all'esponenziale intrusività della disciplina rispetto a strutture non gestite in modo diretto e spesso connotate dalla presenza di un pulviscolo di destinatari. Infatti, stante la previsione di reazione secondaria,

l'investitore italiano di un fondo trasparente è chiamato, in assenza di *primary rule* nello Stato del *payer*, ad includere quota parte di quei componenti di reddito conseguiti dal fondo cui corrisponde una deduzione a beneficio di una *associated enterprise* o di un terzo in accordo strutturato.

In ipotesi di moltitudine di investitori, ciascuno dei quali non verifica il possesso delle percentuali partecipative che perfezionano il c.d. *related parties test* (i.e. partecipazione al 50% di: capitale / o diritti di voto/ o utili), ci si attenderebbe la fuoriuscita dal perimetro applicativo delle discipline anti-ibrido. A tale riguardo, però, interviene un ulteriore motivo di divaricazione rispetto alle discipline anti-ibrido di altri Paesi (anche UE), di cui al punto che segue.

6. Riferimento par. § 3.3.1 e § 8 esempio 5/B. Acting together test – OICR - Divaricazione da taluni Paesi anche UE.

Osservazioni/Contributi. Al paragrafo 3.3.1 si afferma "...può integrare il requisito dell'agire di concerto la situazione in cui la proprietà o il controllo dei diritti di voto o di partecipazione al capitale sono gestiti dallo stesso soggetto o gruppo di soggetti. 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. Ne deriva che rientrano in tale fattispecie anche partnership di investimento, veicoli di investimento collettivo (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 Società di Gestione del Risparmio (SGR) secondo gli impulsi volitivi dei partner/investitori". L'esempio 5/B (pagina 95) presenta un caso di *partnership*, con 30 *limited partners*, gestita dalla società Y (general partner), conformemente al *partnership agreement*, ed afferma: "Dal punto di vista soggettivo, sulla base dell'accordo di gestione, la società Y si configura come entità che esercita i diritti dei partecipanti di modo che sia integrato il criterio dell'agire di concerto. Di conseguenza deve operare l'aggregazione dei diritti dei partecipanti di modo che a ciascuno di essi (30 partecipanti) vadano attribuiti i diritti degli altri: in tal modo ognuno di essi è considerato impresa associata al veicolo di investimento detenendo il 100% dello stesso, seppur i singoli partecipanti non si configurano, per ciò solo, come tra loro imprese associate".

Ed ancora, secondo la bozza: "...si evidenzia che, 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”.

Per evitare di incorrere in effetti spropositati, occorre tener ferma la natura specifica anti-abuso dell'istituto dell'*acting together*. A protezione dell'integrità della disciplina anti-ibrido, infatti, l'istituto vuole contrastare pratiche che determinano la frammentazione delle percentuali di partecipazione, mantenendo nel contempo la forza di impulso rispetto all'attivazione dell'ibrido.

A tale riguardo il par. 369 HMA precisa: “The other situation targeted by the acting together requirement is where a taxpayer or a group of taxpayers who individually hold minority stakes in an entity, enter into arrangements that would allow them to act together (or under the direction of a single controlling mind) to enter into a hybrid mismatches arrangement with respect to one of them” (nostra l'enfasi).

In altri termini, la partecipazione al fondo (o *partnership*) dovrebbe rilevare non in quanto tale, ma se finalizzata all'instaurazione dell'ibrido. Una radice di tale corretta impostazione si ritrova nella stessa bozza, laddove si afferma “..tenuto conto dei fatti e delle circostanze del caso, si ravvisi un'azione congiunta tra partner/partecipanti, soggetto gestore e società target”; anche secondo tale indicazione occorre, dunque, un *quid pluris* (“fatti e circostanze del caso”).

Sulla base di tali premesse, dovrebbe potersi concludere che in presenza di OICR caratterizzati da autonomia rispetto agli investitori, al pari di come specificatamente preteso dal nostro ordinamento², un'azione congiunta tra investitori e soggetto gestore, così come quell'*impulso volitivo* dei primi sul secondo cui la stessa bozza fa cenno, possa ragionevolmente ritenersi non sussistente.

Per altro verso, si significa come in talune esperienze l'istituto dell'agire di concerto sia stato conformato in modo tale da escludere presuntivamente l'aggregazione dei diritti rispetto agli investitori che detengono percentuali di partecipazione inferiori al 10% (*de minimis rule*)³. In altri

² Ai sensi dell'art. 1, lett. k, TUF, per OICR si intende: “.. l'organismo istituito per la prestazione del servizio di gestione collettiva del risparmio, il cui patrimonio è raccolto tra una pluralità di investitori mediante l'emissione e l'offerta di quote o azioni, gestito in monte nell'interesse degli investitori e in autonomia dai medesimi nonchè investito in strumenti finanziari, crediti, inclusi quelli erogati, a favore di soggetti diversi da consumatori, a valere sul patrimonio dell'OICR, partecipazioni o altri beni mobili o immobili, in base a una politica di investimento predeterminata”.

³ Si tratta dell'ordinamento del Lussemburgo, rispetto al quale emerge che: “Article 168ter of the ITL does not provide any positive definition of what is understood as “acting together”. Instead, the Article and the related commentary to the draft law provide a negative definition of what is not considered as “acting together...The commentary provides that... since investors in an investment fund generally do not effectively control the investments made by the fund, Article 168ter of the ITL provides a safe harbour rule according to which an investor (an individual or an entity) that directly or indirectly owns less than 10% of the shares or units in an investment fund and that is entitled to less than 10% of the fund's profits is considered not to act together with other investors, unless the opposite can be evidenced” (v. K. O'Donnell e S. Schmitz: “The concept of “Acting Together” in the anti-hybrid rules of ATAD 2”).

ordinamenti ancora si è esclusa l'applicabilità della reazione anti-ibrido rispetto agli investitori di fondi trasparenti con percentuali inferiori al 10%⁴.

E' bene avvertire come, anche rispetto a tali prese di posizioni di altri ordinamenti, un'applicazione dell'*acting together* sul semplice presupposto dell'investimento in un fondo trasparente, ossia senza la dovuta attuazione di criteri presuntivi ragionevoli (appena descritti) che contengano l'istituto in argini logici e razionali, potrebbe comportare effetti dirompenti (*unintended*). In particolare, rispetto alla fattispecie n. 3, potrebbe accadere che:

- i. il pagatore italiano (diversamente da quello residente in altri Stati) sia portato per cautela a negare la deducibilità del pagamento operato nei riguardi di un fondo trasparente non residente (sua parte associata), salvo individuare in modo puntuale ed analitico chi nel pulviscolo di investitori sia chiamato (dal rispettivo ordinamento di residenza) ad includere e la relativa misura⁵;
- ii. l'investitore italiano, che detenga (come nella gran parte dei casi) percentuali di partecipazione ad un fondo trasparente inferiori al 10%, sia comunque chiamato ad applicare la *secondary rule*, in quanto la giurisdizione del *payer*, pur dotata di reazioni anti-ibrido, non reputa perfezionato il requisito del collegamento soggettivo;
- iii. il soggetto passivo residente che deduca un componente di reddito direttamente od indirettamente nei riguardi di un'associata non residente, che si qualifichi come *payer* nei riguardi del fondo trasparente (i.e. titolare della deduzione ibrida diretta), sia reputato titolare di un "pagamento da disallineamento importato" con obbligo di negare la relativa deduzione.

Contributo. Si chiede che venga espressamente chiarito che nei casi di OICR caratterizzati da "autonomia" rispetto agli investitori, questi non possano essere reputati agenti di concerto per il solo fatto della partecipazione al fondo. Si propone, inoltre, di offrire indicazioni circa la presuntiva non rilevanza delle percentuali partecipative inferiori al 10%.

La *ratio* di tale approccio risiederebbe nei seguenti termini:

⁴ E' il caso del Regno Unito, che ha modificato la sua normativa anti-ibridi attraverso il *Finance Act 2021*, riformulando sia l'istituto dell'*acting together* che inserendo una apposita disciplina per i fondi trasparenti. Le *explanatory notes al Finance Bill* affermano: "As long as there is no structured arrangement (in which case the existing rules apply in full), the provisions enable any mismatch to be disregarded in computing counteractions where it is attributable to an investor in the fund with a less than 10% interest in the payment received by the fund (in the payee cases), or, in the Chapter 9 case, whose deduction is less than 10% of the maximum which could have been available to participants in the fund". Per le ipotesi di partecipazione ad un fondo di fondo è chiarito che: "The provisions test direct or indirect interests in the fund in the structure that is furthest from the underlying fund participants. So, if a payment is received by a fund whose participants include a fund of funds, the tests are applied solely by reference to the indirect interest in the first fund. For example, if the first fund is 20% held by a fund of funds, a participant would need to hold more than 50% of the fund of funds in order to be treated as having a greater than 10% interest in a payment received by the first fund and so be required to be considered in computing any mismatch".

⁵ Il pagamento nei riguardi di un OICR residente è privo di rilevanza a doppio titolo: i) in quanto *arrangement* domestico, ii) in quanto si tratterebbe di un *tax exempt payee*.

- riconoscimento della natura anti-elusiva (interna alla disciplina anti-ibridi) dell'istituto dell'*acting together*, con finalità di contrastare pratiche attive di frammentazione delle partecipazioni e di mantenimento della capacità di impulso rispetto all'ibrido;
- improbabile partecipazione all'azione di concerto a carattere abusivo da parte degli investitori con percentuali non significative;
- presumibile oggettiva difficoltà di recupero delle informazioni rispetto a percentuali partecipative non significative (sia da parte del *payer* che degli investitori medesimi);
- permanenza dell'istituto dell'accordo strutturato come presidio avverso gli accordi mirati alla frammentazione delle percentuali di partecipazione, finalizzati al godimento del disallineamento, con espressa esclusione anche rispetto a tale istituto di una verifica preconcepita e indimostrata.

Sempre con riferimento ai pagamenti deducibili nei riguardi di fondi trasparenti, occorre che sia presa in considerazione la questione del riscontro (o meno) di accordo strutturato nel caso di un'impresa residente, emittente di titoli obbligazionari (che potrebbero essere quotati in un mercato regolamentato oppure non quotati), le cui condizioni economiche siano in linea con quelle di mercato, interamente sottoscritti da fondi "di credito" trasparenti terzi (ossia non *related parties*).

Nello specifico, sebbene lo strumento possa in teoria dar luogo a disallineamento, occorre che venga messo in chiaro come rispetto all'emittente residente:

- i) non vi sia condivisione dei benefici derivanti dal disallineamento;
- ii) non vi sia obbligo di svolgere un'apposita *due diligence* in ordine al trattamento fiscale delle controparti, soprattutto ove si consideri che una simile attività dovrebbe estendersi a ciascuno degli investitori/partecipanti (potenzialmente presenti in ampio numero).

In buona sostanza, occorre attestarsi sulle indicazioni offerte dall'OCSE nell'Ex. 4.1 HMA.

Contributo. Si chiede che siano forniti chiarimenti nei termini appena indicati, al fine di escludere approcci che esorbitino i corretti argini di applicazione delle discipline anti-ibrido attraverso pretese di indagini conoscitive, od ancor peggio attraverso presunzioni sul possesso di conoscenze alla cui ricerca e perscrutazione il soggetto passivo non è tenuto.

7. Riferimento par. § 4.3. Imported Mismatches – Divaricazione da taluni Paesi.

Osservazioni/Contributi. In considerazione delle oggettive difficoltà di attuare la disciplina sugli ibridi importati, attraverso una complessa attività di intercettazione degli ibridi tipizzati dalla disciplina interna e intercorrenti tra soggetti non residenti, talune giurisdizioni hanno elaborato un criterio di gestione sulla cui base il soggetto passivo residente non è chiamato ad investigare in ordine

al *nexus* tra il proprio pagamento ed una potenziale deduzione ibrida diretta laddove nella risalita verso l'ibrido sia posto uno Stato che ha adottato una disciplina conforme ai Report OCSE. Più precisamente, ai fini della valutazione del carattere di "Stato OCSE compliant" non occorre che la disciplina anti-ibrido dello Stato estero sia in tutto conforme alla disciplina anti-ibrido interna, essendo bastevole che tale disciplina possa dirsi nel suo complesso sostanzialmente attuativa in senso lato delle regole OCSE⁶.

Per effetto della divergenza tra l'approccio indicato nella bozza di circolare e quello appena indicato, il soggetto passivo italiano, "pagatore" nei riguardi di giurisdizioni OCSE compliant che si attengono a tale diverso approccio, sarà chiamato a rispondere avverso l'ibrido importato, sostituendosi di fatto a tali altre giurisdizioni. Si consideri, peraltro, come acquistino rilevanza le ipotesi di compensazione (set-off) della deduzione ibrida attraverso: i) l'abbattimento di perdite fiscali a riporto da periodi d'imposta precedenti ove formate da deduzioni ibride non risolte e ii) lo schema del consolidamento della basi imponibili.

Ne consegue un risultato effettivo difficilmente raccordabile alle intenzioni OCSE, secondo cui: "While these rules involve an unavoidable degree of co-ordination and complexity, they only apply to the extent a multinational group generates an intra-group hybrid deduction and will not apply to any payment that is made to a taxpayer in a jurisdiction that has implemented the full set of recommendations set out in the report" (par. 234 HMA).

Contributo. Si propone che sia chiarito come non possa essere interessato dalla disciplina di cui al co. 3, dell'art. 8, il pagamento deducibile nei riguardi di un beneficiario residente in una giurisdizione che ha adottato discipline anti-ibrido sostanzialmente conformi ai Report OCSE o che comportano il rispetto del livello minimo di protezione fissato dalla Direttiva. Sulla stessa lunghezza d'onda debbono collocarsi le regole di innesco della reazione secondaria.

Tematica N. 2 (sviluppata lungo cinque punti): Approccio di danno vs. approccio di pericolo: incoerenze e chiarimenti

⁶ Si veda la recente riforma (Finance Bill 2021) attuata dal Regno Unito. Le Explanatory Notes precisano che: "New subsection 259KA(7D) defines what is meant by a territory being OECD mismatch compliant. This status is achieved by a territory if its law gives effect to the OECD report on hybrid mismatches. It is not necessary for the territory's law to deliver the same outcome as the UK's hybrid rules would in any given situation as long as the territory can be said to have given effect to the report. The new Condition E therefore tests equivalence of a jurisdiction's hybrid regime as a whole, rather than that of specific provisions within it. So, if a relevant mismatch arises notwithstanding that its payer is resident in a jurisdiction that has enacted an equivalent regime to Part 6A, no counteraction under chapter 11 will occur".

Ai fini della trattazione di tale tematica si intende per approccio di danno, in opposizione al c.d. approccio di pericolo, l'attuazione delle logiche che perseguono l'obiettivo di contrasto ed eliminazione dei disallineamenti da ibridi attraverso soluzioni tecniche attente a che: i) non si inneschino reazioni antecedenti la manifestazione in concreto del disallineamento; ii) non si realizzino ipotesi di doppia tassazione. L'Agenzia delle entrate ha dato corso nella bozza di circolare all'approccio di danno, conformemente alla Direttiva (v. i considerando 5 ATAD 1 e 12 ATAD 2) e alla Costituzione (artt. 53 e 3). Rispetto a tale corretta impostazione, occorre evidenziare l'esistenza di indicazioni non coerenti (di seguito presentate come Incoerenze) o di soluzioni coerenti ma meritevoli di chiarimenti ed ampliamenti (a seguire, Chiarimenti). Di seguito un elenco con breve trattazione.

Riferimento par. § 3.1.2 - Chiarimenti – Inclusione delle distribuzioni operate da entità ibride

Osservazioni/Contributi. A pag. 40 si afferma: “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 tra dette distribuzioni ed i componenti positivi di reddito associati al disallineamento da ibridi. Nello specifico, le condizioni che attribuiscono valenza alle distribuzioni in favore dell'investitore di una entità ibrida inversa dovrebbero prevedere i) l'obbligo statutario di attribuzione di tutti gli utili dell'entità ibrida inversa direttamente all'investitore, ii) senza alcun intervento o deliberazione degli organi di governance che attribuiscono alla distribuzione carattere di discrezionalità, iii) la distribuzione dovrebbe essere effettuata almeno una volta l'anno”.

Si tratta di una soluzione coerente con l'approccio di danno, rispetto alla quale occorre che siano offerti chiarimenti.

Nello specifico, resta da chiarire se il riscontro delle stringenti condizioni indicate equivalga a prevenire la reazione anti-ibrido oppure sia motivo di rilascio della reazione al tempo di effettiva distribuzione. Merita rammentare come, giusta par. 156 HMA, la REC 4 HMA non attribuisca alcun rilievo al regime di inclusione presso gli investitori delle distribuzioni operate dal reverse hybrid, in quanto le distribuzioni sono reputate un evento futuro discrezionale e, dunque, “*too remote*” al tempo di insorgenza del disallineamento. Quello che appare evidente da tale approccio, ed utile per le nostre finalità, è come sia il tempo di insorgenza del disallineamento quello al quale debba essere rapportata la rilevanza o meno del regime fiscale delle distribuzioni. D'altro canto è l'espressione “*too remote*”, indicativa dell'approccio di pericolo, che viene emarginata nella soluzione coerente con l'approccio di danno. Per altro verso, è lo stesso disallineamento tra le discipline fiscali delle giurisdizioni coinvolte che, di fatto, verrebbe meno in presenza di una sistematica e non discrezionale inclusione (nello Stato del beneficiario) del componente di reddito dedotto. In conclusione, in presenza delle

rigorosissime condizioni indicate nella bozza, la fattispecie N. 3 (lett. r, co. 1, art. 6) non dovrebbe perfezionarsi⁷.

Non prive di rilevanza restano le distribuzioni in ipotesi di assenza delle tre condizioni indicate. In tal caso, evidentemente, la reazione anti-ibrido si perfezionerebbe, ma la successiva distribuzione con inclusione sarebbe motivo di ripristino della deduzione negata (in base alla reazione primaria) o di non inclusione del componente distribuito (già incluso a seguito di reazione secondaria).

Conferma la correttezza di tale impostazione quanto affermato a pagina 96 (in chiusura) della bozza. Rispetto ad un caso di presumibile assenza delle tre condizioni (si tratta di un *reverse hybrid* - veicolo d'investimento) nel quale è ipotizzata l'applicazione, da parte di un soggetto passivo residente, della reazione secondaria, è affermato: "Rimane fermo che, qualora successivamente il veicolo operi distribuzioni a favore degli investitori, tali distribuzioni non saranno imponibili fino a concorrenza dell'ammontare già oggetto della reazione secondaria".

Contributo. Si chiede che venga chiarita nei termini sopra indicati l'efficacia delle inclusioni delle distribuzioni operate dai reverse hybrid.

Riferimento al par. § 3.1.2.2 - Incoerenza - Esimente per trasferimenti ibridi sul mercato.

Osservazioni/Contributi. La lett. a), co. 2, art. 6, prevede uno speciale trattamento per i trasferimenti ibridi sul mercato, la bozza di circolare a pag. 45 afferma: "...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". Si tratta di una disposizione, correttamente illustrata dall'Agenzia, che meriterebbe di essere estesa, per coerenza con l'approccio di danno e più in generale con i parametri costituzionali di cui agli artt. 3 e 53, alle ipotesi di trasferimenti ibridi posti in essere da soggetti passivi diversi dagli operatori finanziari che diano luogo alle medesime dinamiche reddituali, ossia inclusione della remunerazione derivante dallo strumento finanziario

⁷ A tale risultato dovrebbe condurre un istituto del medesimo tenore vigente negli Stati Uniti. Nelle linee guida pubblicate dall'amministrazione di quell'ordinamento si legge: "The Treasury Department and the IRS agree with the comment that current year distributions should be taken into account in cases in which the reverse hybrid distributes all of its income during the taxable year. The final regulations thus provide that in these cases a portion of a specified payment made to the reverse hybrid during the taxable year is considered to relate to each of the current year distributions from the reverse hybrid. As a result, to the extent that an investor includes in income a current year distribution, the investor is treated as including in income a corresponding portion of a specified payment made to the reverse hybrid during the year. See § 1.267A-3(a)(3)".

trasferito, deduzione del *manufactured payment*, sua non inclusione presso il beneficiario. Potrebbe essere il caso di una società *IFRS compliant* che includa i dividendi derivanti dallo strumento oggetto di trasferimento ibrido, in quanto collocato nel comparto del trading (non superamento del cd. *SPPI test*). Non si vede come rispetto a tali casi omologhi possa essere legittimamente attuata una reazione anti-ibrido.

L'esempio 3, a pag. 89, nel presentare un caso di *net-paying REPO* di azioni, pone in evidenza come in capo al *payer* si riscontri tanto la *dividend-exemption* che la deduzione dell'interesse (non incluso dal *payee*). Il trasferimento ibrido non è definibile come "sul mercato". La *dividend exemption* è presentata come motivo, insieme alla deduzione-non inclusione degli interessi, della reazione (nel mentre resta non rilevante secondo l'OCSE⁸). Parrebbe, dunque, potersi intendere che in caso di inclusione del dividendo non vi sarebbero i presupposti per la reazione.

Contributo. Si propone di affermare che la "esimente" di cui all'art. 6, co. 2, lett. a) resti applicabile anche ai trasferimenti ibridi che presentino la medesima dinamica posta alla sua base, non qualificabili come "trasferimenti ibridi sul mercato".

Riferimento al par. § 3.1.2 - Incoerenza - Ritenute

Osservazioni/Contributi. A pag. 37 si afferma: "Sul versante dell'inclusione, l'articolo 6, comma 1, lettera e) del Decreto ATAD definisce la stessa come «l'importo che rileva ai fini del calcolo del reddito imponibile a norma delle leggi della giurisdizione del beneficiario». In primo luogo è da rilevare che l'applicazione di ritenute alla fonte da parte della giurisdizione del pagatore non costituisce un evento rilevante per identificare una forma di inclusione nella diversa giurisdizione del beneficiario".

L'Agenzia, attraverso tale precisazione, intende dare attuazione alla logica che muove il par. 407 HMA⁹. E' da rilevare, però, come tale posizione sia non del tutto coerente con l'approccio di danno.

⁸ Vedi Ex. 1.31, par. 18, secondo cui: "...the hybrid transfer rule does not take into account whether the funds A Co obtains under the repo have been invested in asset that generate ordinary income. The adjustment that is required to be made under hybrid transfer rule will therefore not be affected by whether A Co treats the dividend on the transferred shares as ordinary income". Stessa regola è poi affermata al par. 11 Ex. 1.33, dove rispetto a B Co nelle vesti del *payer* ed A Co in quelle del *payee*, si precisa: " B Co is no different position from what it would have been had it borrowed money form A Co under an ordinary hybrid financial instrument and invested the borrowed funds in an asset that generates a taxable returns".

⁹ «A country will continue to levy withholding taxes on payments that are subject to adjustment under the hybrid mismatch rules in accordance with its domestic law and consistent with its treaty obligations. The function of withholding taxes under the laws of the payer jurisdiction is generally not to address mismatches in tax outcomes and a payment should not be treated as included in ordinary income simply because it has been subject to withholding at source. The primary rule denying the deduction may apply in cases in which the payer jurisdiction also imposes a withholding tax on the payment as it is still important to neutralise the hybrid mismatch in those cases. Withholding taxes alone do not

Si consideri il caso in cui ITA Co produca ricavi verso clienti per 100 e corrisponda un interesse passivo di 100 ai termini di uno strumento finanziario ibrido intercorrente con A Co., sua associata non residente, si ipotizzi che il pagamento comporti l'applicazione di una ritenuta alla fonte del 15% e che la giurisdizione del beneficiario non riconosca la possibilità di scomputo della ritenuta (probabilmente in ragione della non inclusione), ebbene, seguendo le tecniche utilizzate dall'OCSE per evidenziare l'effetto di erosione delle basi imponibili, il Gruppo (ITA Co. + A Co.) registrerebbe un reddito effettivo di 100 con una tassazione di 15. La negazione della deduzione (reazione primaria) comporta un'ulteriore tassazione del medesimo reddito pari a 24 (tassazione effettiva 39/100). Se tale complessivo risultato può essere privo di rilevanza in ambito OCSE, in quanto esorbita dai meccanismi formali convenzionalmente accettati, ovverosia la ritenuta non equivale ad "inclusione nella giurisdizione del beneficiario" e controvertere "per equità" tale assunto significherebbe venir meno al rispetto delle forme che rappresenta per l'OCSE garanzia di applicazione per automatismi della disciplina (v. design principle sub lett. c, REC 9.1- HMA), se così è in ambito OCSE, altrettanto non può essere nell'approccio di danno che mette freno a tutte le forme di incisione del divieto di doppie deduzioni anche a costo di interferire con l'integrità degli automatismi interni alla disciplina.

Contributo. Si propone di attribuire rilevanza alle ritenute alla fonte come forma di minore deduzione da parte del payer. Rispetto all'aliquota del 24% l'applicazione di una ritenuta del 15% porrebbe, in tale solco logico, al riparo da reazione una misura pari al 62,5% del componente di reddito (evidentemente una ritenuta del 26% escluderebbe per intero la reazione). L'accesso a tale soluzione richiede l'assolvimento da parte del contribuente dell'onere di dimostrare il non riconoscimento da parte della giurisdizione del beneficiario del credito per la ritenuta subita (certificazione dell'emittente estero o altri elementi comprovanti certi e precisi).

Riferimento par. § 3.1.1 - Chiarimenti – Doppie Deduzioni

Osservazioni/Contributi. Quando si tratta dei disallineamenti che possono coinvolgere le stabili organizzazioni e le entità ibride dirette, occorre considerare come il Report HMA attui l'approccio c.d. "di pericolo", nel mentre il Report BMA apra alla possibilità di introdurre discipline anti-ibrido osservanti dell'approccio c.d. "di danno". Essenzialmente, tale apertura consiste nella facoltà attribuita agli Stati di attribuire rilevanza alla compensazione dell'*excess deductions* contro un reddito non a doppia inclusione al momento della sua effettiva concretizzazione e non semplicemente in quanto ammesso (*permitted*) ai termini delle discipline fiscali della giurisdizione del *payer* (v. par.

neutralise the hybrid mismatch as withholding taxes, where applicable, often are imposed with respect to equity instruments».

11 EX. 10 BMA). Peraltro, l'approccio di danno perseguito dal D.Lgs. 142 è più incisivo di quello del Report BMA. Rispetto a tale contesto pare necessario che siano offerti chiarimenti al fine di attuare in modo compatibile con l'approccio di danno (di cui al D.Lgs. 142) talune regole e soluzioni contenute nel Report HMA, ed in specifico nella REC 6 (Doppie Deduzioni).

Il par. 195 HMA stabilisce - rispetto ad ipotesi in cui, a seguito dell'applicazione da parte del payer e dell'investor di criteri valutativi non coincidenti, si addivenga alla deduzione del medesimo componente di reddito per importi differenziati - che: "...differences between the jurisdictions in the amount of value they ascribe to the share options will not generally prevent the deductible hybrid payments rule applying to the entire amount of the deduction under the laws of either jurisdiction" (nostra l'enfasi).

Sulla stessa lunghezza d'onda si colloca quanto stabilito al par. 196 HMA per i casi in cui il diverso ammontare di deduzione del medesimo costo nelle due giurisdizioni sia dovuto a mere differenze temporali: "The resulting difference in timing between the jurisdictions does not prevent the deductible hybrid payments rule from applying to the whole interest payment in both jurisdictions".

Nella sostanza, sulla scorta di tali indicazioni, occorrerà applicare le reazioni primaria e secondaria sino ad avere reazioni complessive pari al maggiore tra i due ammontari dedotti.

Ai termini dell'art. 6, co. 2, lett. b: "il disallineamento da ibridi si verifica ai sensi dei numeri 6), 7) e 8) della stessa lettera r) solo nel periodo di imposta e nella misura in cui la giurisdizione del pagatore consente la deduzione a fronte di un importo che non rappresenta reddito a doppia inclusione".

Ovverosia, nell'approccio di danno la misura della reazione, tanto primaria quanto secondaria, non può eccedere l'importo effettivamente posto a compensazione di un reddito non a doppia inclusione nella giurisdizione del pagatore. Inoltre, nell'ipotesi di deduzione per importo maggiorato nella giurisdizione del payer e di compensazione dell'intera misura di tale deduzione con un reddito non a doppia inclusione, il fatto che nella giurisdizione dell'investor la deduzione avvenga per un importo minore porta a concludere che ad essere doppiamente dedotto (i.e. il danno) sia tale minore importo. Diversamente dagli approdi OCSE, nell'approccio di danno la reazione non può che essere limitata al minore ammontare tra: i) l'importo effettivamente dedotto nelle due giurisdizioni e ii) l'importo posto in compensazione nella giurisdizione del pagatore contro un reddito non a doppia inclusione. La divergenza tra queste due grandezze verrà comunque a rilevanza nel sistema di monitoraggio.

Si ipotizzi il caso in cui: i) una stabile organizzazione deduca un costo effettivo in misura pari a 100, chiuda con *excess deductions* di 100 e compensi per intero tale importo con un reddito non a doppia inclusione, ii) per divergenze temporali nella rilevazione del costo, nella giurisdizione di casa madre il costo sia dedotto per 80. La reazione, tanto primaria quanto secondaria (ove mancasse la primaria), sarà pari ad 80; nei sistemi di monitoraggio dovrà essere registrata l'avvenuta compensazione per 20

nella giurisdizione del pagatore, di modo che ove sopraggiungesse un'ulteriore deduzione di 20 nella giurisdizione di casa madre si attuerebbe una reazione aggiuntiva (20), nel mentre se sopraggiungesse reddito a doppia inclusione per 20 si cancellerebbe dal sistema di monitoraggio la precedente rilevazione di avvenuta compensazione nella giurisdizione del pagatore contro un reddito non a doppia inclusione (20).

Sempre per finalità di chiarezza, occorre precisare come non assumano alcuna rilevanza le deduzioni derivati da istituti agevolativi o premiali quali il “super-ammortamento”. La ragione è presto detta: non è ravvisabile alcun flusso finanziario (ai termini della già illustrata lettera z, co. 1, art. 6).

Contributo. Si chiede che venga chiarito nei termini appena indicati l'applicazione dell'approccio di danno nei casi di differenze nella rilevazione dei componenti di reddito oggetto di doppie deduzioni.

Riferimento par. § 3.1.1 – Chiarimenti - Deemed DII e Non Deduction in any iurisdiction.

Osservazioni/Contributi. Significativo rilievo, nell'attuazione dell'approccio di danno, assumono le indicazioni contenute alle pagine 29 e ss. del documento in commento. Il principio sviluppato è quello dell'esigenza di introduzione di correttivi, rispetto all'applicazione puramente meccanica delle discipline, in tutti quei casi in cui rilevi un motivo, esorbitante dagli addendi che compongono la fattispecie tipizzata, che risolve il “danno” o lo riduce.

La bozza di circolare, a tale riguardo, si concentra sugli effetti “correttivi” che derivano da ipotesi di *internal dealing* o pagamento sconosciuto che determinano effetti di inclusione-non deduzione. In specifico, secondo la circolare, tali ipotesi determinano un accrescimento figurativo (deemed) del reddito a doppia inclusione, specificamente rilevante nelle fattispecie di cui ai nn. 6, 7, 8.

In realtà, l'esigenza di introdurre una correzione degli effetti derivanti dall'applicazione puramente meccanica delle norme ricorre anche rispetto a fattispecie diverse da quelle prese in considerazione nella bozza.

Si consideri il caso in cui: i) A Co corrisponda una *royalty* deducibile di 100 in favore B Co (società del medesimo Gruppo, residente nello Stato B, titolare di IP), ii) B Co allochi il componente di reddito in capo a C branch (localizzata nello Stato C), da essa immessa nel regime di branch exemption e reputata titolare dell'IP; iii) lo Stato C non allochi la *royalty* pagata da A Co su C branch in quanto disconosce in capo a C branch la titolarità dell'IP; iv) lo Stato B nega la deducibilità di un “actual cost” (50) sostenuto da B Co, in quanto riferibile all'IP di spettanza di C branch; v) lo Stato C non riconosce la deduzione del costo negato in capo a B.

In tal caso, in cui non si discute di reddito a doppia inclusione, dovrebbe darsi comunque rilevanza al fatto che, pur essendo riscontrati tutti i presupposti applicativi della fattispecie N. 4 (di cui all'art. 6,

co. 1, lett. r), un costo effettivo non risulta allocato in alcuna giurisdizione, cosicchè la D/NI dovrebbe perfezionarsi in misura pari a 50 (e non a 100).

Fenomeni analoghi (i.e. non deduzione di un costo effettivo in alcuna giurisdizione) potrebbero verificarsi, a seguito dell'applicazione del regime di *branch exemption*, anche rispetto alle fattispecie N. 7 e 8, per cui anche in tali casi dovrebbe valere il medesimo correttivo. Peraltro, le indicazioni contenute negli Ex. 4 e 8 BMA danno conto proprio di tali ipotesi.

Contributo. Si propone di chiarire che, analogamente a quanto stabilito per le ipotesi di inclusione-non deduzione, nei casi di non deduzione di un costo effettivo in alcuna giurisdizione, la reazione meccanicamente verificata subisce una equivalente correzione in diminuzione. Evidentemente, graverà sul contribuente lo specifico onere probatorio (attraverso certificazioni rilasciate dalle entità non residenti che subiscono l'effetto o attraverso altri elementi certi e precisi).

Ampliato lo spettro applicativo di correttivi all'applicazione puramente meccanica delle fattispecie tipizzate, occorre che resti chiarito il concetto di “medesima causa ibrida”, a cui l'Agenzia fa riferimento.

Più precisamente, occorre che sia chiarito se il singolo *internal dealing* incluso/non dedotto (oppure il costo non dedotto in alcuna giurisdizione) debba presentare uno specifico nesso con il componente di reddito D/NI o DD, oppure possa operarsi per masse rispetto alla medesima causa ibrida.

In altri termini, una società che presenta una D/NI rispetto ad un *internal dealing* intercorrente con una sua entità ibrida/stabile organizzazione può opporre in compensazione un effetto di Inclusion/Non Deduction derivante da tutt'altro *internal dealing* con altra entità ibrida/stabile organizzazione? oppure i due rapporti debbono risultare collegati da una stessa matrice economica?

Si consideri il caso in cui: i) A Co, residente nello Stato A, riceve un finanziamento bancario, un apporto-soci, conduce una gestione finanziaria di *trading* di titoli e derivati, produce cassa netta attraverso la gestione operativa, ii) A Co è presente nello Stato B attraverso B PE (tassata) e nello Stato C attraverso C PE (tassata) e C Co, con cui la stabile intrattiene un consolidato fiscale, iii) B PE conduce nello Stato B una gestione operativa con produzione di cassa netta ed è reputata titolare di un finanziamento attivo verso A Co con effetto di inclusione-non deduzione dei relativi interessi attivi, iv) C PE è reputata nello Stato C indebitata verso A Co con effetti di D/NI degli interessi passivi.

In tal caso è attivabile il correttivo? Se si afferma la prima soluzione certamente sì, nel caso di attuazione della seconda soluzione occorrerà dimostrare il nesso tra i due effetti divergenti (i.e. la cassa prodotta da B PE finanzia il fabbisogno finanziario di C PE).

La prima soluzione pare avvalorata dall'inciso contenuto a pagina 37, secondo cui: “...è necessario valorizzare l'effetto di “non deduzione ed inclusione”, a condizione e nella misura in cui trovi

fondamento nella stessa causa ibrida, ossia la presenza di una stabile organizzazione o di un'entità ibrida diretta, che genera l'effetto D/NI, quale forma alternativa di “reddito a doppia inclusione” (sottolineatura dell'autore).

Da ultimo andrebbe chiarito che l'insorgenza di un effetto di *inclusion-non deduction* in un periodo d'imposta successivo a quello di reazione anti-ibrido resta utile, in quanto reddito a doppia inclusione sopraggiunto, all'attivazione dell'art. 6, co. 6 (nella lettura estensiva offerta dall'Agenzia).

Contributo. Si chiede che siano forniti chiarimenti nei termini appena indicati.

Tematica N. 3 – Par. § 2.2 -. § 4.2 - *Rule order* – Gerarchia di applicazione delle norme

Osservazioni / Contributi: Nel *final report* dell'*Action 2* viene espressamente raccomandato che nell'implementazione delle regole anti ibridi ogni giurisdizione riproduca la precisa organizzazione gerarchica raccomandata per la loro applicazione, con lo scopo di evitare rischi di doppia imposizione, *so that a jurisdiction does not need to apply the hybrid mismatch rule where there is another rule operating in the counterparty jurisdiction that is sufficient to neutralise the mismatch*. La bozza del documento in consultazione si limita ad indicare, in coerenza con il documento OECD, il criterio gerarchico che regola l'applicazione delle norme c.d. di prevenzione e quelle di reazione, ulteriormente articolate, queste ultime, in norme di risposta primaria e secondaria. Tuttavia, sarebbe opportuno che venisse chiarito anche secondo quali criteri di priorità debbano essere applicate le norme di reazione nel caso in cui, in una stessa fattispecie, si presentino più cause di ibridazione tra loro concorrenti. A questo proposito, nell'esempio di cui all'ultimo cpv. di pag. 71 (tabella n. 3 del § 4.2), viene chiarito che l'effetto D/NI determinato dalla compensazione dell'eccesso di deduzione con redditi non a doppia inclusione potrebbe richiedere sia la sterilizzazione dell'eccesso di deduzione da parte del pagatore, sia l'inclusione da parte dell'investitore della parte di onere figurativo non corrispondente ad un reddito a doppia inclusione. Ancora, nell'ulteriore sviluppo dello stesso esempio proposto a pag. 71 del documento, l'effetto del concorso di un fenomeno di D/NI con un fenomeno di D/D, viene risolto con la prioritaria applicazione della norma di reazione destinata a sterilizzare l'effetto D/NI nello Stato del pagatore (nell'esempio la giurisdizione che ospita la stabile organizzazione), e la successiva applicazione della norma di neutralizzazione dell'effetto D/D nello Stato dell'investitore (nell'esempio la giurisdizione di residenza di casa madre). Nelle ipotesi formulate dall'esempio, però, non vengono esplicitati i criteri gerarchici secondo cui, nei casi concreti, devono essere applicate le norme di reazione, aspetto particolarmente sensibile soprattutto in considerazione del fatto che venga considerata irrilevante, ai fini della disciplina, la spontanea rimozione dell'effetto di un disallineamento da ibridi per scelta del contribuente in assenza di un

obbligo di legge. Sarebbe auspicabile una puntuale esposizione dei criteri applicabili. A tale riguardo è bene considerare quanto indicato nel Report HMA OCSE, par. 286, secondo cui: “The hybrid mismatch rules set out in this report should generally be applied in the following order: (a) Hybrid financial instrument rule (Recommendation 1); (b) Reverse hybrid rule (Recommendation 4) and disregarded hybrid payments rule (Recommendation 3); (c) Imported mismatch rule (Recommendation 8); and (d) Deductible hybrid payments rule (Recommendation 6) and dual resident entity rule (Recommendation 7)”.

Si tratta di indicazioni meritevoli di collocazione. In specifico, nel caso di concorso tra le fattispecie N. 3 e 6 (ipotesi di pagamento di interessi passivi da parte di un’entità ibrida nei riguardi di un reverse hybrid) ai termini dell’EX. 4.4 HMA andrebbe applicata la prima fattispecie. Inoltre, è da ritenere che l’*Imported mismatches* rule si applichi anche con riferimento alle doppie deduzioni e, dunque, chiuda, in coerenza con la sua natura di norma di protezione dell’integrità dell’intero sistema, la graduatoria.

Contributo. Si chiede di offrire chiarimenti nei termini appena indicati.

Tematica N. 4 - *Oneri documentali* – Mezzi di prova, controlli e procedura di accertamento

Osservazioni / Contributi: Di seguito sin riportano, in rapida scorsa, le parti della circolare da cui emergono oneri per il contribuente:

- pag. 17, in termini generali: “...il contribuente italiano che si qualifica soggetto passivo è chiamato ad elaborare un processo valutativo al momento della determinazione della base imponibile ai fini IRES o ai fini IRPEF per verificare l’esistenza di una delle fattispecie rilevanti (articoli 6 e 10 del Decreto ATAD) ed il ruolo in esse assunto (articolo 7 del Decreto ATAD). In esito a tale attività valuterà l’applicazione delle pertinenti disposizioni fiscali (articoli 8, commi 1, 2 e 3 e 10, commi 1 e 2 del Decreto ATAD)”
- pag. 61, rispetto alle DD: “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’indeducibilità 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”. ... precisare gli elementi certi e precisi ed il coordinamento con la regola di non attivazione della secondary in caso di violazione della primary

- pag. 67, in ambito di DD: “Al riguardo il soggetto passivo italiano sarà tenuto a dare evidenza con adeguata documentazione delle seguenti grandezze: 1. Memorandum 1: ammontare della doppia deduzione potenziale, ossia la maggiore deduzione dei componenti negativi rispetto a quelli positivi a doppia inclusione in ciascun periodo di imposta (eccesso di deduzione); 2. Memorandum 2: ammontare della quota di eccesso di deduzione utilizzata e/o rinviata nella giurisdizione del pagatore a successivi periodi d’imposta”.
- pag. 71, rispetto alla fattispecie nn. 6 e 7: “Anche in tal caso, al fine di tenere memoria degli importi rilevanti ai fini della determinazione della reazione primaria (o secondaria) il contribuente sarà tenuto a monitorare e dare evidenza con adeguata documentazione delle seguenti grandezze: 1. Memorandum 1: ammontare della deduzione eccedente, ossia la maggiore deduzione dei componenti negativi disconosciuti rispetto a quelli positivi a doppia inclusione in ciascun periodo di imposta (eccesso di deduzione) potenzialmente compensabili con redditi non a doppia inclusione; 2. Memorandum 2: ammontare della quota di eccesso di deduzione compensata nella giurisdizione del pagatore con redditi non a doppia inclusione con rilevazione dell’utilizzo contro reddito a doppia inclusione o meno.
- pag. 73, rispetto alla Fattispecie n. 1 (timing differences): “Alla luce delle finalità perseguite dalle disposizioni anti-hybrid del Decreto, all’articolo 8, comma 2, lettera c), è prevista la possibilità per il soggetto passivo che ha subito il disconoscimento della deduzione di un componente negativo di reddito di ottenere il riconoscimento a seguito della dimostrazione della effettiva inclusione del corrispondente componente positivo di reddito nella giurisdizione estera del beneficiario oltre il lasso temporale sopra indicato”
- pag. 74, rispetto all’inclusione in altro Stato “...entrambe le reazioni previste per neutralizzare l’effetto D/NI non si applicano se il disallineamento è stato neutralizzato in un altro Stato, ovvero.. Tali circostanze devono risultare da dichiarazione rilasciata dal contribuente che ha incluso il componente positivo o non dedotto il componente negativo ovvero risultare da altri elementi certi e precisi.
- pag. 74, rispetto alla CFC iclusion: “Del pari, con la medesima modalità potrà darsi atto dell’inclusione di un componente positivo di reddito per effetto dell'applicazione delle norme sulle controlled foreign companies (CFC)”.
- pag. 82, rispetto all’art. 11: “...posto che ricade sull’Amministrazione finanziaria l’onere di dimostrare i fatti costitutivi della pretesa tributaria, sarà compito del contribuente dare evidenza che la fattispecie non ricorre o dell’esistenza di fatti impeditivi o estintivi di detta pretesa”.

- pag. 83, rispetto all'art. 11: "...è da ritenere che in caso di mancata risposta, o di risposta incompleta, alla richiesta di chiarimenti sia applicabile quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 32 del DPR 600 del 1973 in base al quale, qualora l'Ufficio informi appositamente il contribuente «Le notizie ed i dati non adottati e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa»... rimane fermo che 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 preconstituire una appropriata documentazione probatoria”.
- pag. 98, nell'ambito della fattispecie n. 4: "...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”.

Sono certamente da aggiungere gli oneri di documentazione necessari alla gestione: i) della “Deemed DII” e, ii) del riconoscimento degli effetti della non deducibilità di un costo effettivo, iii) delle ritenute alla fonte, iv) delle distribuzioni operate dalle entità ibride inverse.

Rispetto a tale amplissimo spettro, occorre riaffermare come portato centrale dell'intero sistema il principio che addossa all'Ufficio l'onere di provare le violazioni delle disposizioni di che trattasi e ribadire che le reazioni suppletive non possono trovare applicazione per la semplice ragione della mancanza di una certificazione o documentazione comprovante l'applicazione della reazione primaria. Spetta, invece, al contribuente l'onere di dimostrare l'esistenza di uno dei possibili motivi che risolvono il disallineamento differentemente verificato o consentono l'elisione degli effetti della reazione subita (inclusione in altro Stato, ritenute, art. 6 - co. 6, deemed DII, art. 8 - co. 3, costi effettivi non dedotti, *distributions by a reverse h. ecc.*). Risulta, dunque, necessario eliminare ogni dubbio sul fatto che il mancato assolvimento degli indicati oneri non rappresenta *ex se* alcuna violazione, né è sufficiente a far scattare contestazioni. Rispetto a tale stato, occorre lamentare come sia poco coerente con le disposizioni dell'art. 11 del D.Lgs. 142/2018, che stabiliscono una procedura di accertamento aggravato, con esigenza di contraddittorio preventivo (a garanzia del contribuente), il richiamo all'art. 32 del D.P.R. 600/73, atteso, peraltro, che le preclusioni paventate dall'Agenzia sarebbero inibite dalle difficoltà di reperimento della documentazione.

Contributo. Si chiede che siano offerti chiarimenti conformi alle suddette indicazioni.

Nel rispetto e riaffermazione del principio che addossa all'Ufficio l'onere di provare le violazioni alle disposizioni di che trattasi, si chiede che siano indicati i tipi di verifiche e le procedure di gestione delle complesse fattispecie, facoltativamente attivabili dai contribuenti al fine di essere, con piena ragionevolezza, messi al riparo dall'applicazione delle sanzioni (amministrative e, se del caso, penali). Solleciti l'Agenzia delle entrate un intervento normativo, ove reputi carente lo spazio interpretativo per attivare un simile auspicato modello di gestione del rischio fiscale.

Tematica n. 5 - Chiarimenti - Contratti derivati

Ai termini dell'art. 6, co. 1, lett. l), si intende per “«strumento finanziario», qualsiasi strumento che dà origine a componenti positivi di reddito propri di un rapporto giuridico di finanziamento ovvero di un investimento di capitale e assoggettati ad imposizione secondo le corrispondenti regole riguardanti i rapporti di debito, di capitale o dei derivati, in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario o del pagatore” (sottolineatura del redattore).

La disposizione è conforme alla REC 1.2.a) HMA.

I derivati potrebbero, dunque, rappresentare strumenti finanziari ibridi. La bozza, al riguardo, non offre alcuna indicazione.

In considerazione dell'enorme diffusione dei derivati, occorre che siano offerti adeguati chiarimenti. Al riguardo i Report OCSE offrono pochissime illustrazioni. Il Par. 30 HMA stabilisce che: *Deductible payments made under a financial instrument will generally include interest, as well as: issue discount and redemption premiums; facilities and lending fees and payments under a derivative contract to the extent they are treated as separate items of deductible expenditure*". Nella sostanza, nessun rilievo dovrebbero acquistare i derivati incorporati che non diano luogo ad autonomi componenti di reddito.

L'Ex. 1.16 HMA tratta il caso di uno strumento finanziario composto (“optional convertible note”) con evidenza di una *share option*. Il caso non è utile alla comprensione delle dinamiche dei derivati, essendo la *share option* una componente di *equity* per l'emittente, ossia priva di autonomi effetti reddituali, cosicché la trattazione riguarda unicamente gli effetti indotti sulla rilevazione degli interessi da un diverso valore attribuito all'opzione scorporata dall'emittente e dal portatore.

Par fuor di dubbio che i contratti derivati possano dar luogo a disallineamenti, basti considerare un derivato detenuto da una società residente come di copertura delle oscillazioni di valore di una partecipazione che gode del regime PEX, nel mentre la controparte non residente (solitamente una banca) lo detiene come di *trading*. Le oscillazioni di *fair value* favorevoli alla società residente

sarebbero da trattare con applicazione del regime PEX nel mentre sarebbero (o potrebbero ben essere) pienamente deducibili per il *trader*.

Rispetto a tale premessa, un primo chiarimento occorre rispetto al riscontro della “diversa qualificazione” dello strumento finanziario. Più precisamente, andrebbe chiarito se la detenzione di un derivato con finalità di copertura possa comportare una diversa qualificazione rispetto alla detenzione del medesimo strumento senza tali finalità, ossia come strumento di *trading*.

A noi pare che le classificazioni non assumano alcuna rilevanza ai fini della “qualificazione dello strumento finanziario”: nessuno pensa che la detenzione di uno strumento di debito come di trading rappresenti una diversa qualificazione rispetto alla detenzione dello stesso come “immobilizzazione”. Per altro verso, l’attivazione di una copertura con una controparte terza non dovrebbe poter essere considerata frutto di accordo strutturato, sin tanto che il derivato è stipulato a condizioni di mercato (ossia è del tutto incerto il verso delle oscillazioni di *fair value* che seguiranno all’attivazione), la relazione di copertura sia genuina (efficacia) ed il derivato non sia utilizzato per coprire uno strumento ibrido. E’ su tali posizioni che si attestano altre esperienze, come quella del Regno Unito, ove i competenti Uffici (HMRC) hanno offerto chiarimenti dal seguente tenore: “On the basis that the transaction is a normal commercial transaction that has not been designed by the parties to obtain a D/NI mismatch, and has not been priced to share the benefit of any mismatch or to reflect that a mismatch is expected, it is reasonable to suppose that this is not a structured arrangement for the purposes of the hybrid mismatch legislation. It follows that the UK bank would not need to carry out any additional due diligence review. ...Where the underlying instrument does not result in a hybrid mismatch, then any associated hedging would not be considered to be a structured arrangement, on the basis that the arrangement is not designed to secure a tax mismatch and the pricing is not affected by the tax treatment of the parties...” (v. INTM850000, august 2020 version)

Contributo. Occorre che venga espressamente chiarito che: i) la detenzione di un derivato come di copertura a fronte della detenzione del medesimo strumento come di trading non verifica un’ipotesi di diversa qualificazione dello strumento; ii) che rispetto ai derivati svolgenti funzione di copertura (efficacia) è ragionevole presumere l’assenza di accordo strutturato; iii) che siano messe in chiaro eventuali ulteriori ipotesi di rilevanza dei derivati ai termini della fattispecie N. 1.

Tematica N. 6 - Par. 2.1. Chiarimenti - Rilevanza penale delle violazioni

Osservazioni / Contributi. A pag. 18, dopo aver affermato la natura delle norme anti-ibrido, si precisa che “...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”. Proprio rispetto alla valutazione da parte degli organi di controllo, pare opportuno che siano forniti più approfonditi chiarimenti. In specifico, occorre considerare il tenore del comma 1 bis, dell’articolo 4, D.Lgs. 74/2000 (dichiarazione infedele), secondo cui: “Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali”.

Rispetto a tutte le fattispecie tipizzate la violazione del precetto imposto dalla reazione primaria si tradurrebbe nella deduzione di “..un onere al quale è associato un flusso finanziario che trova manifestazione nello stesso periodo di imposta in cui detto onere risulta sostenuto oppure in un periodo di imposta anteriore o posteriore ovvero un onere che si considera sostenuto sulla base delle regole di attribuzione degli utili e delle perdite della stabile organizzazione nei rapporti con la casa madre e con le altre stabili organizzazioni secondo le norme del suo Stato di localizzazione nonché di quello della casa madre e delle altre stabili organizzazioni” (art. 6, co. 1, lett. z). Con l’eccezione dell’ipotesi di deduzione di oneri nozionali da parte della stabile organizzazione nei riguardi di casa madre (fattispecie N. 7), non pare possano essere sollevati dubbi sul fatto che si tratterebbe della “deduzione di elementi passivi reali”. Pare, dunque, ragionevole poter anticipatamente escludere, per tale primo ampio fascio di ipotesi, la sussistenza dei presupposti che perfezionano la rilevanza penale delle violazioni.

Quanto alla richiamata fattispecie N. 7, seppur con un aggravio di motivazione, la conclusione non dovrebbe differire. In effetti, la stabile organizzazione localizzata in Italia, in quanto per l’ordinamento considerata centro autonomo di imputazione tributaria di fatti economici (quelli pertinenti alla sua sfera di azione, evidentemente), deve considerare come effettivi anche i costi riferibili a beni-servizi ricevuti da casa madre (i.e. beni e servizi esorbitanti il patrimonio e l’attività della stabile stessa).

Quanto alle reazioni secondarie - ad eccezione di quella relativa alla fattispecie di doppia deduzione del medesimo costo (n. 8 e art. 10), per la quale si tratterebbe ancora una volta della violazione di un precetto di “non deducibilità di elementi passivi reali” (tanto che l’OCSE li definisce *actual costs*) – il precetto violato consisterebbe nella non inclusione di un elemento attivo. A tale riguardo non dovrebbero essere penalmente rilevanti le violazioni indotte da “valutazioni” anche di tipo giuridico-tributario¹⁰. Nella sostanza, la disposizione è tesa a sottrarre dalla sfera della rilevanza penale le

¹⁰ La relazione al D.Lgs. 158/2016, nell’illustrare le esigenze di riforma, afferma come “ il legislatore delegante abbia visto con sfavore il fatto che l’attuale descrizione del fatto incriminato - la quale, per un verso, prescinde da comportamenti fraudolenti e, per altro verso, rende penalmente rilevanti non solo le omesse o mendaci indicazioni di dati

violazioni che, involgendo intensi processi valutativi (anche giuridici) di elementi comunque rilevati o non occultati dal contribuente, si reputano non dovute a condotte fraudolenti.

Contributo. Si chiede che venga precisata la portata *in subiecta materia* del comma 1 bis, dell'indicato art. 4, con espressa categorica esclusione dall'ambito di rilevanza penale delle violazioni ai precetti di applicazione delle reazioni primarie e della reazione secondaria per le ipotesi di doppie deduzioni. Si chiede di riconoscere come l'applicazione delle reazioni secondarie richieda l'attivazione di intensi e complessi processi valutativi di tipo giuridico-tributario.

Conclusioni

Indubabilmente la bozza di circolare rappresenta un notevole sforzo nella comprensione delle discipline anti-ibridi. Va dato merito all'Agenzia delle entrate di aver valorizzato l'esigenza di porre a sistema i tecnicismi ed automatismi della materia con l'appoggio di danno preteso da principi sovraordinati del nostro ordinamento giuridico. Si auspica l'introduzione nella versione definitiva della circolare di perfezionamenti, della cui esigenza ed importanza abbiamo tentato di offrire una rapida spiegazione in tale scritto.

Tutte le proposte contenute nel presente documento sono mirate a preservare la razionalità intrinseca della disciplina e la sua coerenza con le esperienze di altri ordinamenti. Evidentemente, laddove lo strumento interpretativo si rivelasse insufficiente, occorrerà sollecitare l'intervento del Legislatore.

KPMG e Studio Mazza si rendono disponibili a collaborare per la crescita del patrimonio di conoscenze tecniche, anche rispetto ai profili comparatistici.

Nicola Mazza

Studio Legale Tributario Mazza

Stefano Cervo - Pierpaolo Lipardi - Luca Nobile

----- KPMG -----

oggettivi, ma anche l'effettuazione di valutazioni giuridico-tributarie difformi da quelle corrette - comporti la creazione di una sorta di "rischio penale" a carico del contribuente, correlato agli ampi margini di opinabilità e di incertezza che connotano i risultati di dette valutazioni..”.



SM Studio Legale Tributario Mazza



kpmg.com/socialmedia

The information contained herein is of a general nature and is not intended to address the circumstances of any particular individual or entity. Although we endeavor to provide accurate and timely information, there can be no guarantee that such information is accurate as of the date it is received or that it will continue to be accurate in the future. No one should act on such information without appropriate professional advice after a thorough examination of the particular situation.

© 2021 Studio Associato - Consulenza legale e tributaria è un'associazione professionale di diritto italiano e fa parte del network KPMG di entità indipendenti affiliate a KPMG International Cooperative ("KPMG International"), entità di diritto svizzero. Tutti i diritti riservati.

The KPMG name and logo are trademarks used under license by the independent member firms of the KPMG global organization.