

Position Paper

To: Agenzia delle Entrate

From: Studio Legale Withers

Date: 19 November 2021

Re: *Consultazione pubblica sulla bozza di circolare in tema di “Disallineamenti da Ibridi”.*

Egregi Signori,

riportiamo di seguito nostre osservazioni alla bozza di circolare ("**Circolare**") concernente la disciplina di contrasto ai "disallineamenti da ibridi", contenuta negli articoli da 6 a 11 del decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018 ("**Decreto**") che implementa in Italia le disposizioni della direttiva del Consiglio 2016/1164 ("**ATAD**").

1. **Tematica: Pagamenti Sostitutivi – Paragrafo 1.2 della Circolare**

L'ATAD, a differenza del OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, non affronta il tema dei pagamenti sostitutivi. L'inclusione dei pagamenti sostitutivi nel novero delle fattispecie generatrici dei disallineamenti da ibridi da strumenti finanziari, contrastati dal Decreto, appare, invece, controversa.

Il Decreto non sembra, infatti, prevedere una disciplina specifica in merito. Tuttavia, l'inclusione dei pagamenti sostitutivi all'interno della disciplina prevista dal Decreto potrebbe essere sostenuta sulla base della formulazione letterale dell'articolo 6, comma 1, lett. n) del Decreto che, pur non facendo riferimento esplicito ai pagamenti sostitutivi, menziona una caratteristica essenziale degli stessi (si fa riferimento al seguente passaggio "*ovvero il cui rendimento sottostante è rilevante per la determinazione della sua remunerazione*").

Tale tesi, fondata sul dato letterale dell'articolo 6, comma 1, lett. n) del Decreto, ove confermata, farebbe emergere importanti incertezze applicative per i contribuenti in ragione della evidente carenza di regole specifiche all'interno del testo normativo.

Occorre, pertanto, che la Circolare chiarisca il tema dell'inclusione/esclusione dei pagamenti sostitutivi nel novero delle fattispecie rilevanti ai fini delle misure *anti-hybrid* del Decreto.

2. **Tematica: Le Entità Ibride – Paragrafo 1.3. della Circolare**

La definizione di "entità ibrida" contenuta nell'articolo 6, comma 1, lett. i), del Decreto, ove interpretata in modo letterale, può condurre ad un risultato contrario rispetto finalità perseguite dalle misure *anti-hybrid*.

In primo luogo, si osserva che la definizione in questione fa uso del termine "soggetto passivo" che, se riferito alle entità (o accordi) non residenti (o localizzati) in Italia, può escludere dal novero dei soggetti rilevanti, le società e gli enti di ogni tipo, compresi i trust, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, che non possiedono una stabile organizzazione nel territorio dello Stato.

Invero, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lett. h), del Decreto, un "soggetto" è un "individuo o un'entità" mentre un "soggetto passivo", ai sensi della successiva lettera t), comprende: (i) le società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), del TUIR (ii) i soggetti di cui alla lettera c) del medesimo comma 1 che sono titolari di reddito di impresa (iii) le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), del TUIR, (iv) le società di cui all'articolo 5 del TUIR, con esclusione delle società semplici e dei soggetti ad esse assimilati, nonché le persone fisiche che esercitano un'attività di impresa.

In aggiunta, per quanto attiene ai soci delle entità (o accordi) non residenti (o localizzati) in Italia, il richiamo al termine "soggetti passivi" potrebbe condurre ad escludere non soltanto le entità estere e le persone fisiche residenti all'estero, ma altresì le persone fisiche, residenti nel territorio dello Stato, non esercenti un'attività di impresa.

Orbene, poiché la finalità perseguita dalle misure *anti-hybrid* concernenti le entità ibride previste dal Decreto è quella di neutralizzare gli effetti fiscali qualificati derivanti dall'utilizzo di entità trattate in modo disarmonico, nella prospettiva fiscale, dagli Stati di residenza (o costituzione) dell'entità e dei soci, il termine "soggetto passivo" dovrebbe essere interpretato, ai fini dell'individuazione del corretto significato da attribuire al termine "entità ibrida", in modo autonomo rispetto alla definizione di cui all'articolo 6, comma 1, lett. t) del Decreto, così da includere tutte le persone soggette in modo autonomo alla potestà impositiva di uno Stato.

Alla luce di quanto sopra, la Circolare dovrebbe sostenere l'adozione di un'interpretazione teleologicamente orientata, volta a ricomprendere nel concetto di "soggetto passivo" ai fini dell'interpretazione del termine "entità ibrida", tutte le entità e gli accordi esteri ed altresì tutte le persone fisiche (siano esse imprenditori o meno).

3. Tematica: Interpello ordinario - Paragrafo 2.1. della Circolare

La Circolare dovrebbe confermare in modo esplicito la possibilità per il contribuente di presentare istanza di interpello ex articolo 11, comma 1, lett. a), della Legge 27 luglio 2000, n. 212 al fine di ottenere un'interpretazione ufficiale, da parte dell'Amministrazione finanziaria, in relazione all'applicazione delle disposizioni del Decreto a fattispecie concrete.

4. Tematica: Riflessi Penali Derivanti dalla violazione delle disposizioni *anti-hybrid* del Decreto – Paragrafo 2.1. della Circolare

Con riferimento ai riflessi di natura penale che possono derivare dalla violazione delle disposizioni di cui agli articoli 6 a 11 del Decreto, la Circolare dovrebbe indagare circa la rilevanza penale di una condotta omissiva da parte del contribuente rilevata e sanzionata sulla scorta della presunzione di conoscenza.

Nel caso di integrazione di un disallineamento da ibridi nel contesto di un accordo strutturato, è possibile, infatti, che la violazione tributaria sia imputata ad un soggetto sulla base di una presunzione di conoscenza che, ai fini penali, dovrebbe essere del tutto inammissibile.

5. Tematica: Il sistema delle norme *anti-hybrid* ed il loro coordinamento – Paragrafo 2.2. della Circolare

Si osserva che la meccanica delle misure di reazione, che prevede una risposta primaria ed una secondaria, può, in alcuni casi, condurre ad una reazione eccessiva o all'assenza di reazione.

Si pensi, ad esempio, al caso di un pagamento effettuato da parte di un pagatore residente in uno Paese terzo (sprovvisto di misure *anti-hybrid*) a favore di una società (impresa associata) residente in uno Stato membro (es. Spagna) con stabile organizzazione in Italia in regime di *branch exemption* (nello Stato della casa madre).

Nell'ipotesi in cui sussista una divergenza nell'attribuzione del pagamento tra casa madre e stabile organizzazione, potrebbe emergere un disallineamento da ibridi rilevante ai fini delle disposizioni del Decreto e della normativa interna di implementazione dell'ATAD nello Stato membro della casa madre.

Orbene, poiché lo Stato del pagatore non presenta, all'interno del proprio ordinamento, misure di contrasto ai disallineamenti da ibridi, la soluzione dovrà essere affidata alla reazione secondaria. Tuttavia, né l'ATAD né il Decreto individuano lo Stato deputato a neutralizzare il disallineamento (attraverso l'applicazione della risposta secondaria).

La Circolare dovrebbe affrontare, *inter alia*, questo scenario affidando allo Stato della casa madre il compito di risolvere il disallineamento da ibridi e, quindi, di applicare la *secondary response*. Questo in considerazione del fatto che la casa madre, a differenza della stabile organizzazione, ha a sua disposizione tutte le informazioni che attengono all'impresa nel suo complesso.

La soluzione offerta nell'esempio 6, pagina 98, a mente del quale: "*Nella circostanza, l'applicazione della reazione secondaria in Italia potrà essere evitata, a mente dell'articolo 8, comma 2, lettera b) ultimo periodo del Decreto ATAD, laddove l'inclusione sia avvenuta, a seconda dei casi, nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione ovvero in quello della casa madre e tale inclusione risulti da una dichiarazione con valore di autocertificazione rilasciata dal contribuente ovvero da altri elementi certi e precisi.*", non appare soddisfacente in quanto sembra rimettere alla discrezionalità del gruppo la scelta dello Stato in cui operare la rettifica.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui, per effetto di una differente implementazione dell'ATAD da parte di uno Stato membro o di una differente interpretazione delle previsioni della direttiva da parte di tale Stato, il disallineamento permanga (in ragione della mancata attivazione della reazione dello Stato estero di localizzazione della casa madre), l'Italia dovrebbe imporre, invece, la reazione secondaria in capo alla stabile organizzazione localizzata nel suo territorio.

6. Tematica: Effetto di non inclusione attribuibile allo *status* del beneficiario o ad un regime fiscale speciale: Paragrafo 3.1.2.1 della Circolare

La Circolare osserva che: "*Per quanto riguarda i casi di disallineamenti che derivano dalla presenza di entità ibride dirette, ibride inverse e stabili organizzazioni, l'articolo 6, comma 1, lettera r) numeri da 3) a 7), prevede che non viene ad originarsi un disallineamento da ibridi rilevante laddove la deduzione senza inclusione si «sarebbe verificata in ogni caso a causa dello status di esenzione dall'imposta del beneficiario a norma delle leggi della sua giurisdizione di residenza o localizzazione».*"

In merito, si mette in luce che l'esclusione in questione è ancorata allo *status* di esenzione soggettiva del beneficiario e non già alla circostanza che il componente reddituale rilevante sia trattato come esente o escluso dalla giurisdizione del beneficiario (esenzione oggettiva).

Questa circostanza genera incertezze interpretative relative alla possibile rilevanza del test controfattuale previsto dal OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final

Report, in relazione ai disallineamenti da ibridi inversi. Test che, ad avviso di chi scrive, nonostante le criticità di seguito descritte, dovrebbe assumere rilevanza anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni del Decreto.

L'impostazione OCSE, fondata sul trattamento fiscale del pagamento, nell'ipotesi di percezione diretta dello stesso in capo al socio della entità ibrida inversa, sembra non essere stata accolta appieno dal legislatore italiano. Come detto, infatti, la formulazione letterale dell'articolo 6, comma 1, lett. r), n. 3 (e n. 6) del Decreto, fa riferimento unicamente all'esenzione soggettiva e non a quella oggettiva.

È auspicabile che la Circolare chiarisca questo aspetto, dando piena rilevanza, ai fini dell'applicazione delle misure *anti-hybrid mismatch* del Decreto, del test controfattuale previsto dal BEPS Action 2 Report (anche con riferimento ai casi di esenzione oggettiva).

7. Tematica: La causa ibrida e le diverse fattispecie di disallineamento: Paragrafo 3.2. della Circolare

La Circolare rileva che, ai fini della integrazione della fattispecie di cui al punto *sub* 1), l'articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1) e 2) del Decreto, è necessario verificare il c.d. "test di inclusione" consistente nell'assenza di inclusione nello Stato del beneficiario nel periodo di imposta che inizia entro 12 mesi dalla fine del periodo di imposta del soggetto pagatore con riferimento al quale il componente negativo di reddito è stato dedotto.

La Circolare osserva che: *"Nel caso in cui, ex-post, la stima originale di inclusione nella giurisdizione del beneficiario si riveli non corretta (ossia l'originaria previsione di inclusione in capo al beneficiario operata dal contribuente al momento di presentazione della dichiarazione, con conseguente non applicazione della reazione, si riveli infondata) il contribuente dovrà operare tramite dichiarazione integrativa, con sanzioni ridotte laddove ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'articolo 13 del decreto legislativo n. 472 del 1997 (c.d. ravvedimento operoso), al fine di rettificare l'originaria dichiarazione effettuando la variazione in aumento richiesta dalla reazione primaria (negazione della deduzione) o dalla reazione secondaria (forzata inclusione del corrispondente componente positivo di reddito)".*

Dovrebbe essere, tuttavia, esclusa l'applicazione delle sanzioni in capo al contribuente in ragione dalla circostanza che la integrazione del c.d. "test di inclusione" rappresenta una condizione necessaria per l'emersione del disallineamento rilevante. La reazione dovrebbe essere attuata, con riferimento al periodo di imposta in cui il componente negativo di reddito è stato dedotto, unicamente a seguito dell'avverarsi della condizione (*i.e.* mancata inclusione del componente positivo di reddito nel periodo rilevante). Nessuna responsabilità dovrebbe essere, quindi, attribuita al contribuente che non ha attuato la reazione in base ad una valutazione prospettica che risulta a posteriori errata.

8. Tematica: Imprese Associate: Paragrafo 3.3.1. della Circolare

Per quanto attiene al requisito dell' "agire di concerto" riferito ai fondi di investimento e, quindi, alla possibilità di aggregare la proprietà o il controllo dei diritti di voto o di partecipazione al capitale detenuti dagli investitori del fondo, al fine di valutare la sussistenza del rapporto associativo, sarebbe utile un maggior grado di dettaglio da parte della Circolare.

Ad avviso di chi scrive, dovrebbe essere posto in risalto che l'approccio *look through* previsto dallo strumento dell' "agire di concerto", ove riferito ai fondi di investimento, dovrebbe colpire unicamente situazioni patologiche in cui gli investitori hanno di fatto il potere di determinare le scelte di investimento operate dal gestore del fondo.

Pertanto, appare non coerente con le finalità dello strumento *anti-fragmentation* il riferimento operato dalla Circolare agli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR) conformi alla direttiva 2009/65/CEE (c.d. direttiva UCITS) ed agli 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.

Si osserva che, in uno scenario puramente domestico, il pagamento di un interesse passivo da parte di un debitore *corporate* a favore di un fondo di investimento istituito in Italia, non determinerebbe alcuna penalizzazione (diversa da quella risultante dall'applicazione delle regole previste dall'articolo 96 del TUIR) in capo al pagatore. Questo a prescindere dalla circostanza che il fondo sia considerato un soggetto esente da imposizione e che i suoi investitori siano o meno residenti nel territorio dello Stato.

Il medesimo principio dovrebbe valere nella prospettiva internazionale e con specifico riferimento all'applicazione delle disposizioni *anti-hybrid* previste dal Decreto. All'uopo, si ricorda che sia l'ATAD (articolo 9(a)(2)) sia il Decreto (articolo 9, comma 2) prevedono un trattamento specifico in relazione ai fondi di investimento. Si rileva, in aggiunta, che il legislatore italiano ha previsto una disciplina di esenzione specifica relativa ai dividendi ed alle plusvalenze di fonte italiana conseguiti da organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) di diritto estero conformi alla direttiva 2009/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, e da OICR, non conformi alla citata direttiva 2009/65/CE, il cui gestore sia soggetto a forme di vigilanza nel Paese estero nel quale è istituito ai sensi della direttiva 2011/61/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2011, istituiti negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che consentono un adeguato scambio di informazioni (art. 1, comma 631-633, L. 30.12.2020 n. 178). L'esenzione in questione prescinde dalla eventuale natura ibrida del percettore.

Alla luce di quanto sopra, non appare corretto applicare in modo indistinto le misure *anti-hybrid* previste dal Decreto ai fondi di investimento sopra menzionati. Le peculiarità di tali entità dovrebbero essere tenute in debita considerazione ai fini dell'applicazione delle misure di reazione. Misure che devono tendere a garantire simmetria negli effetti fiscali senza, tuttavia, generare fenomeni di doppia imposizione.

In conclusione, si osserva che lo strumento dell' "agire di concerto" debba assumere rilevanza nelle situazioni in cui vi sia un'indebita ingerenza nelle decisioni dell'entità da parte degli investitori e non già in quelle ipotesi in cui il ricorso al fondo di investimento (a prescindere dalla forma giuridica che esso assume) sia del tutto fisiologico. Si ricorda, inoltre, che i disallineamenti da ibridi che coinvolgono i fondi di investimento potrebbero essere, comunque, oggetto di contrasto laddove si ravvisi la sussistenza di un accordo strutturato.

9. Tematica: Articolo 6, comma 6, del Decreto: Paragrafo 4.1. della Circolare

L'articolo 6, comma 6, del Decreto rappresenta una delle previsioni più complesse del testo normativo in esame.

Come correttamente rilevato dalla Circolare, tale disposizione, prevede una specifica clausola di salvaguardia rivolta a scongiurare l'emersione di fenomeni di doppia imposizione in capo al soggetto passivo.

Alla luce di quanto sopra, chi scrive ritiene che l'articolo 6, comma 6, del Decreto debba essere interpretato in chiave teleologica.

Secondo questa impostazione, il disconoscimento del credito di imposta nell'anno in cui è concessa l'esclusione ex art. 6, comma 6, del Decreto, dovrebbe, come regola generale, essere di misura pari all'imposta estera corrispondente al reddito escluso da imposizione (sul presupposto, ovviamente, che sussista

un'imposta italiana sul reddito estero, capiente). Nelle ipotesi in cui, invece, essa non esistesse ovvero non fosse capiente, risulterebbe necessaria una interpretazione adattiva volta a memorizzare i crediti di imposta esteri da disconoscere nei periodi di imposta successivi.

In ogni caso, l'applicazione dell'articolo 6, comma 6, del Decreto dovrebbe essere sempre rivolta a risolvere possibili fenomeni di doppia imposizione in capo al soggetto passivo. Pertanto, dovrebbe essere concesso al contribuente di derogare alla soluzione sopra prospettata, anche attraverso la disapplicazione del secondo periodo dell'articolo 6, comma 6, del Decreto, in tutte quelle situazioni in cui questo conduca ad un risultato contrario con le finalità che essa persegue (evitare fenomeni di doppia imposizione).

10. Tematica: La rilevanza delle ritenute alla fonte nell'economica delle disposizioni *anti-hybrid* – Esempio 1

Il tema della rilevanza delle ritenute alla fonte nell'economica delle disposizioni *anti-hybrid* non trova esplicita trattazione nella Direttiva né nel Decreto. Puntuali considerazioni sul tema sono invece offerte dal OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report* che considera irrilevanti, ai fini dell'integrazione del requisito dell'inclusione, le ritenute alla fonte sui pagamenti in uscita applicate dallo Stato della fonte.

Sebbene si concordi circa la irrilevanza delle ritenute alla fonte in questione in relazione alla integrazione del disallineamento da ibridi, si sostiene la rilevanza di tale ritenuta ai fini dell'applicazione concreta delle misure di reazione.

In altre parole, si ritiene che, laddove il componente positivo di reddito rilevante (non incluso nella base imponibile del beneficiario) sia stato soggetto, nello Stato del pagatore, ad una ritenuta alla fonte, tale ritenuta debba assumere rilevanza nell'applicazione delle regole *anti-hybrid* e condizionarne la misura. Secondo la posizione prospettata, nell'applicare la reazione primaria relativa alla deduzione senza inclusione (*i.e.* negazione della deduzione in capo al pagatore) la variazione in aumento in capo al pagatore dovrebbe, quindi, essere temperata con l'ammontare della ritenuta applicata in capo al beneficiario.

11. Tematica: La *participation e dividend exemption* in misura parziale – Esempio 1

La Circolare non affronta il tema relativo all'applicazione della *primary response* sui disallineamenti da strumenti finanziari, da parte del pagatore "soggetto passivo", nel caso di *dividend exemption*, in misura parziale, adottata dallo Stato del beneficiario.

In presenza di uno strumento finanziario ibrido, laddove lo Stato di residenza del pagatore qualifichi lo strumento come strumento di debito – ed i relativi pagamenti come componenti negativi di reddito, integralmente deducibili – mentre lo Stato di residenza del beneficiario (impresa associata al pagatore) qualifichi lo strumento come strumento di *equity* – ed i relativi pagamenti come componenti positivi di reddito, parzialmente esenti (es. 90%) – sarebbe opportuno chiarire quale sia la misura della deduzione da disconoscere nello Stato di residenza del pagatore in applicazione della *primary response*.

In linea con quanto suggerito dal OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, la misura della deduzione da neutralizzare da parte del pagatore dovrebbe essere pari alla quota esente del componente positivo di reddito rilevata in capo al beneficiario (90%), senza intaccare, quindi, la deduzione della parte residua (10%) corrispondentemente considerata come inclusa nel reddito imponibile del beneficiario, nel suo Stato di residenza.

12. Tematica: *Deemed payment* - Esempio 9

L'importanza dei principi riportati nei report OCSE ai fini dell'interpretazione delle disposizioni del Decreto è riconosciuta in numerosi passaggi della Circolare.

Con specifico riferimento ai pagamenti nozionali o "*deemed payment*" ed al significato da attribuire a tali termini, data la rilevanza di questo aspetto nella meccanica delle misure *anti-hybrid* nell'ambito del progetto OCSE, dovrebbe essere chiarito in modo esplicito che le rilevanti disposizioni del Decreto devono essere adottate in linea con i principi espressi dall'OCSE (nel *report* Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2). Questo al fine di evitare l'insorgere di fenomeni di doppia imposizione.

* * *

Vi ringraziamo per l'opportunità di confronto concessa.

Cordiali saluti

Studio Legale Withers
