

Milano, 19/11/2021

All'attenzione di
Agenzia delle Entrate

e p.c.
Marco Meulepas
marco.meulepas@pwc.com
Franco Boga
franco.boga@pwc.com
Nicola Broggi
nicola.broggi@pwc.com

Oggetto: Consultazione pubblica sullo schema di circolare che fornisce chiarimenti in merito alla disciplina dei "Disallineamenti da Ibridi" contenuta negli articoli da 6 a 11 del decreto legislativo n. 142 del 2018 di recepimento della Direttiva ATAD.

Autorizzazione al trattamento e alla pubblicazione online: Il presente documento contiene la visione collettiva di PwC TLS esclusivamente ai fini della "Consultazione pubblica sullo schema di circolare che fornisce chiarimenti in merito alla disciplina dei "Disallineamenti da Ibridi" contenuta negli articoli da 6 a 11 del decreto legislativo n. 142 del 2018 di recepimento della Direttiva ATAD." L'autorizzazione al trattamento dello stesso documento, inclusa la pubblicazione online, si intende pertanto concessa da parte di PwC TLS esclusivamente ai fini della procedura in corso

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti

2021/27

Dott. Fabrizio Acerbis	Avv. Filippo Zucchinelli	Dott.ssa Chiara Grechi (PhD)	Avv. Selena Santilioni	Dott. Stefano Chirramonte	Dott. Jacopo Meregalli	Dott.ssa Sara Zepolla
Dott. Franco Boga	Avv. Guido Ajello	Dott. Davide Guerini	Dott.ssa Nancy Saturnino	Dott.ssa Alessandra Codogno	Dott. Matteo Merli	Cons. Lav. Alessandro Arace
Dott. Nicola Broggi	Dott. Roberto Azzano	Dott. Diego Guerreschi	Cons. Lav. Marzio Scaglioni	Dott. Roberto Colatorti	Dott. Marco Messina	Dott. Giacomo Belluzzi
Dott. Gianni Colucci	Avv. Flavia Barone	Dott.ssa Lara Guioetto	Dott.ssa Serena Irene Scalabrini	Dott. Stefano Colla	Dott. Gian Maria Minnella	Dott.ssa Eleria Bojachi
Avv. Paola Barazzetta	Avv. Alvisa Becker	Dott. Michele Gusmeroli (LLM)	Avv. Daniele Selicchio	Avv. Claudio Costantino (PhD)	Dott.ssa Nicole Monopoli	Avv. Giovanni Bombaglio
Dott. Felice De Lillo	Avv. Pietro Stefano Bertolotti	Dott.ssa Caterina Iannaroto (LLM)	Avv. John Sheketa	Dott.ssa Mariangela Vittoria Cotali	Avv. Pietro Negroni	Dott.ssa Italia Cammisia
Dott. Marco Meulepas	Dott. Andrea Brignoli	Dott.ssa Antonella Intuire	Avv. Francesca Tironi	Dott.ssa Federica Crestani	Dott. Carlo Novello	Avv. Letizia Carrara
Dott. Claudio Valz	Avv. Elisabetta Caccavella	Dott. Luca la Pietra	Dott. Angelo Tubelli	Avv. Giovanni Cumella	Avv. Rosario Pace	Avv. Francesco Della Scala
Dott. Alessandro Caridi (LLM)	Dott. Nicola Camali	Avv. Daniele Landi	Dott. Simone Varini	Avv. Francesco Della Scala	Avv. Monica Paladino	Dott.ssa Erika Fischetti
Avv. Barbara Mirta Ferri	Dott. Alessandro Campione	Dott. Nicola Laurenzoni	Dott.ssa Rosanna Vargani	Avv. Federico De Luca	Avv. Fabrizio Palmieri	Dott. Lorenzo Damiani
Dott. Egidio Filetto	Dott.ssa Cristina Carmosino	Dott.ssa Liana Locorotondo	Dott. Dario Vio	Dott.ssa Angela Di Gennaro	Dott.ssa Angela Di Gennaro	Avv. Lucia Mantegazza
Dott. Valentino Guarini	Avv. Fabrizio Cascinelli	Dott. Fabrizio Loffredo	Dott. Mario Volpe (LLM)	Dott.ssa Nicola Simona Di Grazia	Dott. Tommaso Perri	Dott.ssa Valeria De Sortis
Avv. Gianluigi Baroni	Dott. Arturo Cassina	Avv. Marco Longobardi	Dott. Maurizio Zama	Dott. Angelo Di Stani	Dott. Sandro Pittini	Dott.ssa Elisa Fischetti
Dott. Luca Lavazza	Dott.ssa Michela Chini	Dott. Riccardo Lorenzoni	Dott.ssa Michela Zampiccoli	Dott.ssa Ludovica Diomori	Dott. Andrea Porcarilli	Avv. Luca Mantegazza
Dott. Giovanni Marano	Dott. Arturo Consiglio	Avv. Amelie Mammone	Dott.ssa Alessia Angela Zanato	Dott. Giuseppe Falduto	Dott.ssa Lucia Positano	Dott.ssa Francesca Panzari
Dott. Alessio Rolando	Dott. Angelo Conte	Dott. Samuel Marinelli	Avv. Mario Zanin	Avv. Mario Ferro	Dott. Davide Ferro	Dott.ssa Stefania Massari
Dott. Alessandro Di Stefano	Dott. Antonio Cutini	Avv. Giorgio Carmelo Massa	Dott.ssa Claudia Zedda	Avv. Giulia Ferroni	Dott. Luca Purpura	Dott. Francesco Rù
Dott. Alessandro Catona	Avv. Salvatore Cuzzocrea	Dott. Stefano Merli	Avv. Ilaria Zingali	Dott.ssa Maria Fiorese	Dott. Mario Rendo	Dott.ssa Barbara Salvestrini
Dott.ssa Niela Cimmino	Dott. Giorgio De Capitani	Dott. Paolo Micani		Avv. Gianluca Fiori	Dott.ssa Francesca Ruscilla	Dott. Riccardo Tirinnanzi
Avv. Giovanni Stefanin	Dott. Daniele Di Michele	Dott. Luigi Mira	Dott.ssa Erika Andreani	Dott. Giuseppe Fortunato	Dott. Corrado Scota	Avv. Elena Turchini
Dott. Paolo Lucarini	Avv. Annalisa Di Ruza	Dott. Rocco Mottolose	Avv. Valeria Andreani	Avv. Maurizio Foti	Avv. Davide Settembre	
Dott. Roberto Spotti	Dott.ssa Carmela Ettore	Dott. Marco Napolitano	Dott.ssa Hanna Yuliana Arellano	Dott. Andrea Fusaro	Avv. Valentina Siciliani	Of counsel
Dott. Ugo Cannavale	Dott.ssa Francesca Falcone	Dott.ssa Lucia Pagliari	Avv. Ivan Arrotta	Avv. Costanza Gaetani Dell'Aquila	Dott. Paolo Sommi	
Avv. Carlo Romano (PhD/LLM)	Dott. Giovanni Falasitta	Dott.ssa Mia Pasini	Avv. Pamela Balice	D'Aragona	Dott.ssa Manuela Sorbara	Prof. Giulio Andreani
Dott. Marco Vozzi	Avv. Michele Fava	Dott.ssa Vitalba Passarelli	Avv. Romina Ballanca	Avv. Paolo Galiano	Dott.ssa Eva Sorgato	Avv. Tiziana Ballarini
Avv. Andrea Lenzi Orlandi Cardini (LLM)	Dott. Mario Joseph Femino'	Dott. Maurizio Pavia	Dott.ssa Lavinia Barberini	Avv. Raffaele Gentile	Avv. Giulio Spalanzi	Prof. Gianluigi Ercoli
Dott. Pasquale Salvatore	Dott. Claudio Ferone	Dott. Ivan Paviglianiti	Dott.ssa Gaia Bassaga	Dott. Luca Ghelli	Avv. Roberto Ceccon	Prof. Avv. Roberto Ceccon
Dott. Stefano Tonetti	Dott.ssa Gabriela Forza	Dott. Leonardo Penna	Dott. Andrea Werner Beilin	Dott. Dario Gillio	Avv. Pamela Terazzi	Avv. Manfredi De Vita
Dott. Paolo F. Tinpoli (LLM)	Dott. Luca Franceschini	Dott.ssa Piera Penna	Dott. Massimo Grimaldi	Dott. Andrea Grimaldi	Dott. Andrea Tomascchio	Dott. Salvatore Livecchi
Dott. Francesco Nuzzolo	Dott. Emanuele Franchi	Dott. Gabriele Pierini	Dott. Guido Bruno Guidi	Dott. Guido Bruno Guidi	Avv. Andrea Tomascchio	Prof. Avv. Pierpaolo Marzano
Avv. Cristian Sgarbetta	Avv. Chiara Giannella (LLM)	Dott. Giuseppe Pignoli	Dott. Fabio Beccchi	Dott.ssa Stefania Medda	Dott. Gabriele Totera	Avv. Fabio Alberto Baggio
Avv. Tommaso Tomaiuolo	Avv. Michele Gai	Dott. Fabio Pirolozzi (PhD/EMBA)	Dott. Edoardo Brami	Avv. Riccardo Lipari	Dott. Federico Traversa	
Avv. Pietro Buccarelli	Dott.ssa Marta Gai	Avv. Francesco Pizzo	Dott.ssa Daniela Brenna	Avv. Riccardo Lonardi	Dott.ssa Carlotta Tunesi	
Avv. Maria Cristina Gengia	Dott. Gianluca Gabellini	Dott.ssa Marta Enrica Primavasi	Dott.ssa Valentina Caldiroli	Dott. Simone Longano	Dott.ssa Simona Urciuoli	
Dott. Michele Gino Lenotti	Avv. Edgardo Gagliardi	Dott.ssa Elena Robicci	Avv. Flavia Calò	Avv. Severio Mastini	Dott.ssa Luisa Vacca	
Avv. Stefano Ancarani	Prof. Avv. Alberto Gallarati	Dott.ssa Federica Rossi	Avv. Antonella Carlucci	Dott. Giovanni Marra	Dott. Nicola Vezzaro	
Dott.ssa Alessandra Cavina	Avv. Chiara Giannella (LLM)	Dott. Luigi Pio Rutigliano	Avv. Michele Carminati	Dott. Alessandro Marzorati	Dott. Domenico Vito	
Dott. Simone Guidi	Avv. Michele Giuliani (LLM)	Dott. Marco Ruzza	Dott.ssa Mara Carrano	Dott. Fabio Mastrospasqua	Dott.ssa Felicia Zaffro Puopolo	
Dott. Simone Alessandro Marchiò	Dott.ssa Maria Gai	Dott.ssa Daria Salari	Avv. Gianpiero Catuscilli	Dott.ssa Stefania Medda	Dott.ssa Vittoria Caganelli	
	Dott.ssa Raffaella Maria Graziano		Cons. Lav. Rosaria Cera	Dott. Raffaele Menzione	Cons. Lav. Lucia Zedda	

Milano • Piazza Tre Torri 2 • 20145, Italia • Tel. +39 02 916051 • Fax +39 02 91605000 | Bari • 70122, Via Abate Gimma 72 • Tel. +39 080 5640211 • Fax +39 080 5640299 - 70124, Via Papa Pio XII 60 • Tel. +39 080 5044444 • Fax +39 080 5619024 | Bergamo • 24121, Largo Belotti 5 • Tel. +39 035 229691 • Fax +39 035 2296925 | Bologna • 40126, Via Angelo Finelli 8 • Tel. +39 051 6167711 • Fax +39 051 6167799 | Brescia • 25121, Viale Duca d'Aosta 28 • Tel. +39 030 3697601 • Fax +39 030 3697690 | Firenze • 50121, Viale Antonio Gramsci 15 • Tel. +39 055 2482911 • Fax +39 055 2482999 | Napoli • 80121, Via dei Mille 16 • Tel. +39 081 716141 • Fax +39 081 7161450 | Novara • 28100, Via Fratelli Rosselli 28 | Padova • 35138, Via Vicenza 4 • Tel. +39 049 873421 • Fax +39 049 8734299 • Fax +39 049 8734299 • 35137, Galleria dei Borromeo 4 | Palermo • 90141, Via Marchese Ugo 60 • Tel. +39 091 6268669 • Fax +39 091 301321 | Parma • 43121, Viale Tanara 20/A • Tel. +39 0521 275911 • Fax +39 0521 781844 | Roma • 00154, Largo Angelo Fochetti 29 • Tel. +39 06 5717851 • Fax +39 06 57178557 | Torino • 10122, Corso Palestro 10 • Tel. +39 011 592271 • Fax +39 011 5922777 | Trento • 38121, Viale Della Costituzione 33 | Treviso • 31100, Viale Gian Giacomo Felissant 90 • Tel. +39 0422 425611 • Fax +39 0422 425699 | Varese • 21100, Via Albuzzi 43 • Tel. +39 0332 285039 • Fax +39 0332 284474 | Verona • 37135, Via Francia 21/C • Tel. +39 045 8051411 • Fax +39 045 8051499

Codice Fiscale e Partita IVA 12142310155 | e-mail: <nome>.<cognome>@pwc.com

TLS Associazione Professionale di Avvocati e Commercialisti is a member firm of PricewaterhouseCoopers International Limited, each member firm of which is a separate legal entity

Premessa

PwC TLS – Avvocati e Commercialisti (e nel seguito anche **PwC TLS**) esprime il pieno supporto e la totale adesione all’iniziativa dell’Agenzia delle Entrate di effettuare una pubblica consultazione sullo schema di Circolare che fornisce chiarimenti in merito alla disciplina dei “Disallineamenti da Ibridi” contenuta negli articoli da 6 a 11 del decreto legislativo n. 142 del 2018 (nel seguito il “**Decreto ATAD**”) di recepimento della Direttiva ATAD.

Il presente contributo relativamente alla bozza di Circolare avente ad oggetto la disciplina dei “disallineamenti da ibridi” si articola affrontando nella prima parte alcuni temi di fondo da cui emerge l’opportunità di valutare l’esigenza di un provvedimento normativo che apporti delle modifiche al testo normativo (c.d. “correttivo”).

La seconda parte è invece dedicata ad analizzare l’esigenza che le autorità fiscali, almeno a livello europeo, rendano effettivi alcuni dei “*design principle*” dell’OCSE al fine di ridurre la complessità e gli oneri di *compliance* nell’ottica del coordinamento tra giurisdizioni.

La terza parte è dedicata ad evidenziare una serie di proposte di modifica al testo della bozza di Circolare per mere finalità chiarificatrici.

Infine, la quarta parte è dedicata ad una serie di tematiche legate ai contenuti della bozza di Circolare relativamente alle quali si sottopone l’opportunità di valutare la possibilità di fornire chiarimenti aggiuntivi, integrazioni o modifiche ai risultati interpretativi.

Si precisa, da ultimo, che le proposte di modifica al testo della bozza di Circolare sono presentate evidenziando in **grassetto** le proposte di aggiunta ed in ~~barrate~~ le proposte di cancellazione.

1. Illustrazione delle ragioni in base alle quali si propone di valutare l’opportunità di un provvedimento normativo “correttivo” al testo del Decreto ATAD e relative tematiche esemplificative

In premessa si ritiene opportuno svolgere alcune osservazioni generali, che si basano sui contenuti della bozza di Circolare quale documento interpretativo del Decreto ATAD, con particolare riguardo agli impatti della disciplina dei “disallineamenti da ibridi” su:

- la complessità del sistema fiscale;
- gli oneri di *compliance* ed amministrazione;
- l’attrattività del Paese.

Tali tre aspetti, seppur elencati separatamente, sono spesso interconnessi in quanto la complessità incide sui costi di adempimento e, in ultima analisi sull’attrattività.

Le osservazioni generali, inoltre, si basano sulla considerazione che il testo degli articoli da 6 a 11 del Decreto ATAD, oltre a non essere stato aperto ad alcuna pubblica consultazione¹, non è stato oggetto delle possibili revisioni, pur previste dalla legge delega² (c.d. “correttivo”), rese potenzialmente opportune dall’estrema novità (e complessità) della materia.

¹ Come invece spesso è avvenuto in altre giurisdizioni.

² Cfr. art. 1 della legge n. 163/2017.

Come insegna l'esperienza di altri ordinamenti³, la predisposizione della disciplina dei disallineamenti da ibridi è molto delicata, sia dal punto di vista puramente tecnico che di "tax policy", ed il relativo "drafting" normativo, aggiunto alla difficoltà di prevedere *ex ante* con precisione ogni interazione con tutti gli istituti già presenti nel sistema fiscale, può creare conseguenze (anche imponenti) non volute ("unintended") da parte del legislatore. Questo potrebbe appunto essere proprio il caso della disciplina dei disallineamenti da ibridi derivante dal testo degli articoli da 6 a 10 del Decreto ATAD.

In generale, ogni volta che il testo normativo adotta definizioni e/o soluzioni più ampie (e viene interpretato di conseguenza⁴) rispetto a quelle disegnate nelle raccomandazioni OCSE⁵ (e che vanno oltre il *minimum standard* della Direttiva ATAD) la disciplina di contrasto ai disallineamenti da ibridi diviene, rispetto ad altri ordinamenti, più estesa (più punitiva):

- sia con riguardo agli ibridi di primo livello (ossia quelle fattispecie che riguardano direttamente i contribuenti italiani), imponendo ai contribuenti di sterilizzare un maggiore novero ed importo di deduzioni (o a forzare maggiori inclusioni) rispetto ai loro *competitor* OECD/ATAD *compliant*;
- sia, soprattutto, con riguardo agli ibridi "importati", dando vita ad un potenziale ed ulteriore effetto esponenziale per cui se solo l'Italia intercetta (considera esistente) un disallineamento da ibridi, quando le altre giurisdizioni direttamente interessate, pur OECD/ATAD *compliant*, non lo qualificano tale, il pagatore italiano di un normale componente negativo di reddito (ordinariamente incluso in capo al beneficiario) potrebbe vedersi negata la relativa deduzione per importi anche molto elevati (se appunto l'Italia è l'unica giurisdizione che "vede" l'ibrido mentre tutte le altre giurisdizioni, pur OECD/ATAD *compliant*, non lo vedono) e finanche, in casi estremi, a condurre alla tassazione di un reddito pari ai ricavi.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, ai seguenti aspetti:

- la definizione di "componente negativo di reddito";
- la scelta di non avvalersi delle opzioni di disattivare la reazione secondaria con riguardo agli ibridi inversi ed alle principali fattispecie che riguardano le stabili organizzazioni;
- l'irrilevanza dello *status* fiscale o del regime speciale del pagatore;
- la definizione dei disallineamenti "importati";
- l'assenza dell'approccio di danno nell'art. 10 (relativo alle società con doppia residenza);
- l'impostazione seguita per la clausola di salvaguardia prevista nell'art. 6, co. 6;
- il criterio per l'individuazione della "giurisdizione del beneficiario".

³ Si veda a titolo meramente indicativo l'esperienza del Regno Unito (UK) che, sulla base dell'azione 2 BEPS, ha adottato le regole anti-ibridi già dal 2017 ma nel corso del 2020 ha avviato un'opera di revisione della disciplina individuando molteplici aree di intervento ove i "policy makers" UK hanno ritenuto di dover intervenire al fine di evitare conseguenze "non volute" con modifiche retrospettive (ossia a valere fin dal 2017 anche se messe in legge nel 2021).

⁴ Si anticipa che vi sono profili in cui l'interpretazione fornita nella bozza di Circolare è lungimirante in quanto, nel perseguire l'approccio di danno, accoglie soluzioni appropriate. Se pensi ai casi di "non deduzione/inclusione", alle distribuzioni degli ibridi inversi, alla inclusione ad altro "titolo".

⁵ Cfr. OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>. (il "Report HMA") e OECD (2017), Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264278790-en>. (il "Report BMA").

1.1. La definizione di “componente negativo di reddito”

La nozione di “componente negativo di reddito” (cfr. art. 6, co. 1, lett. z), seppur almeno in parte ispirata alle indicazioni OCSE incentrate sul differente concetto di “payment”, definisce una volta per tutte le fattispecie⁶ - senza distinzione alcuna tra le medesime - l’elemento portante della definizione di “deduzione”. Il tenore letterale della nozione di “componente negativo di reddito” ha condotto la bozza di Circolare a considerare gli “ammortamenti” (e le svalutazioni) quale “deduzioni” rilevanti non solo per le fattispecie di “doppia deduzione” ma anche per le fattispecie di “deduzione senza inclusione” (diverse da quelle relative agli strumenti finanziari).

È noto che, invece, i Report OCSE espressamente limitano la rilevanza di tali poste solo alle fattispecie di “doppia deduzione” (o anche “DD”)⁷.

Tale estensione ha come conseguenza, non solo l’attivazione delle reazioni per gli ibridi di primo livello, ma anche per gli “importati”, soprattutto qualora le altre giurisdizioni interessate non abbiano adottato la medesima impostazione (i.e., considerare gli ammortamenti quale deduzione rilevante per le fattispecie di deduzione senza inclusione o anche “D/NI”).

1.2. La scelta di non avvalersi delle opzioni di non attivare le reazioni secondarie

È noto che a livello OCSE non è prevista la reazione secondaria e che, coerentemente, a livello di Direttiva ATAD è prevista la possibilità di non applicazione della reazione secondaria, per le seguenti fattispecie:

- *reverse hybrid ex.* numero 3 della lettera r del co. 1 dell’art. 6);
- *disregarded branch (ex.* numero 5 della lettera r del co. 1 dell’art.6);
- *diverted branch payment (ex.* numero 4 della lettera r del co. 1 dell’articolo 6);
- *deemed branch payment (ex.* numero 7 della lettera r del co. 1 dell’articolo 6).

Il Legislatore italiano non ha esercitato tali opzioni nel Decreto ATAD in tal modo estendendo l’applicazione della reazione secondaria anche agli ibridi di primo livello e, conseguentemente, anche agli ibridi importati.

Ciò è particolarmente delicato nel caso della *taxable branch* nell’ambito della fattispecie di cui al numero 7 della lettera r del co. 1 dell’art.6 in cui, in ultima analisi, si arriva ad imporre a casa madre l’inclusione di un reddito “fantasma”.

1.3. L’irrilevanza dello status fiscale (o del regime speciale) del pagatore

Secondo le indicazioni OCSE la causa di ibridità (ossia l’*hybrid element*) con riguardo agli strumenti finanziari non ricorre anche quando l’effetto ibrido (ossia il disallineamento) è attribuibile allo *status* fiscale del pagatore (cfr. par. 101 del Report HMA).

1.4. La definizione (ed i criteri di funzionamento) dei disallineamenti importati

Anche la definizione di disallineamenti importati, contenuta nel co. 3 dell’art. 8, si presenta dal punto di vista della “lettera” normativa molto più ampia rispetto sia al testo della Direttiva ATAD che dell’impostazione OCSE non solo nella parte in cui si esprime in termini di deroga (vedi tematica 24) ma soprattutto nella parte in cui non definisce con precisione:

- le caratteristiche della giurisdizione del “beneficiario” del componente positivo corrispondente alla deduzione di importazione (infatti nell’impostazione OCSE la disciplina degli importati “*will not*

⁶ Ci si riferisce a quelle tipizzate dal co. 1, lett. r, dell’art. 6, alla disciplina del co. 3, dell’art 8, alla disciplina dell’art. 10.

⁷ Cfr. par. 192 del Report HMA) e c Considerando 21 della Direttiva ATAD

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”⁸;

- i criteri (“*tracing*”, “*apportionment*”), le priorità (“*priority rules*”) ed i dettagli di funzionamento delle metodologie di determinazione del c.d. “*nexus*” ossia delle metodologie “*structured*”, “*direct*” e “*indirect*”; sempre secondo le impostazioni OCSE la disciplina degli “importati” “*involve an unavoidable degree of co-ordination and complexity*”⁹ e quindi “*In order to limit compliance costs and the risk of double taxation each country that implements the recommendations set out in the report should make reasonable endeavours to implement an imported mismatch rule that adheres to the methodology set out in this guidance and to apply this methodology in the same way*”¹⁰.

1.5. Approccio di pericolo per le dual resident

Per quanto riguarda l’art. 10, che come noto è un caso di DD connesso alle entità con doppia residenza fiscale, si nota il differente tenore letterale adottato rispetto agli altri casi di doppia deduzione. In particolare, per le fattispecie che ricadono nel numero 3 della lettera r del co. 1 dell’art. 6, l’art. 6, comma 2, lett. b, espressamente prevede che il disallineamento da ibridi si verifica “*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*” (c.d. approccio di “**danno**”). Viceversa, l’art. 10 letteralmente attiva la reazione quando “*la deduzione non è ivi compensata da un reddito a doppia inclusione*” (ossia anche prima che vi sia la compensazione con reddito che “non” è a doppia inclusione, c.d. approccio di “**pericolo**”) [Enfasi Aggiunta]

1.6. La natura eccentrica o non coordinata del comma 6 dell’art. 6

Circa l’art. 6, co. 6, ci si limita a rilevare che l’eccentricità, rispetto al panorama internazionale, della scelta di esentare il componente positivo invece dell’ortodosso approccio OCSE di rilasciare la deduzione negata, potrebbe comportare il radicale difetto di coordinamento con altre giurisdizioni ed il venir meno per tali altre giurisdizioni del “reddito a doppia inclusione” (essendo appunto prevista l’esenzione in Italia).

1.7. Il criterio per l’individuazione dell’Italia quale “giurisdizione del beneficiario”

L’art. 7, co. 3, prevede che: “*Lo Stato italiano è lo Stato del beneficiario laddove il componente positivo di reddito sia attribuito ad un soggetto passivo in base alla giurisdizione del pagatore*”.

È chiaro che tale tenore letterale non permetterebbe di attivare la disciplina sugli ibridi quando una giurisdizione diversa da quella del pagatore individua in un soggetto passivo (ossia un soggetto italiano) il beneficiario. Per ovviare a ciò la bozza di Circolare (cfr. pag. 59) chiarisce che “*per motivi sistematici e di coerenza con le finalità perseguite dal Decreto, la definizione di cui trattasi è da intendersi integrata anche nei casi in cui il componente positivo di reddito sia attribuito ad un soggetto passivo in base alla prospettiva di qualsiasi altra giurisdizione interessata dal disallineamento.*”

Considerazioni

Sulla base di quanto rappresentato a titolo meramente esemplificativo, si sottopone l’opportunità di valutare la possibilità di assumere l’iniziativa di apportare delle modifiche al testo del Decreto ATAD al fine di ridurre le conseguenze non volute. PwC TLS si manifesta disponibile a fornire ulteriori contributi in merito sia in forma scritta che orale.

⁸ Cfr. par. 234 del Report HMA; il medesimo concetto è ribadito più volte nello stesso Report.

⁹ Cfr. par. 234 del Report HMA.

¹⁰ Cfr. par. 264 del Report HMA.

2. Illustrazione delle ragioni in base alle quali si sottopone l'opportunità che le autorità fiscali, almeno a livello europeo, adottino azioni di coordinamento volte a ridurre gli oneri di compliance secondo i “*design principle*” dell'OCSE

Operando nell'ambito del testo del Decreto ATAD, e prescindendo quindi da qualsiasi intervento “correttivo” (di cui in “Premessa”) e nell'assunto che le posizioni interpretative contenute nella bozza di Circolare vengano confermate¹¹, si vuole evidenziare l'esigenza di permettere ai contribuenti di adeguarsi, non solo in termini di determinazione della base imponibile ma anche in termini di mera *compliance* (o adempimento¹²), al difficile compito di adempiere alla disciplina.

La disciplina dei “disallineamenti da ibridi” è molto complessa e difficile da interpretare, comprendere ed adempiere sia per i contribuenti che per l'amministrazione finanziaria. In particolare, al di là degli esempi di scuola e molto spesso semplificati, le fattispecie oggetto di tale disciplina sono molto difficili da identificare in concreto. Infatti, la disciplina non è una disciplina antielusiva volta a colpire esclusivamente i disallineamenti da ibridi frutto della volontà del contribuente ma un coacervo di regole non discrezionali e ad applicazione automatica idonee a colpire anche i disallineamenti da ibridi “accidentali”, ossia che si generano quale mera conseguenza dell'interazione tra gli ordinari regimi fiscali di diverse giurisdizioni fiscali.

In particolare, siccome i disallineamenti da ibridi dipendono, in ultima analisi, dal differente trattamento fiscale della stessa operazione da parte di due o più giurisdizioni e rilevano, principalmente, nell'ambito dei Gruppi parrebbe logico ed immediato che tali Gruppi analizzino ogni, ossia nessuno escluso, componente (principalmente negativo) di reddito (*item per item*) che intercorre tra le entità che li compongono al fine di escludere il ricorrere di fattispecie di disallineamenti da ibridi (anche importati) oppure di identificare tali fattispecie e neutralizzarle (attivando le reazioni).

Da questo punto di vista la bozza di Circolare in oggetto è sicuramente un primo passo fondamentale nella direzione di fornire ai contribuenti un primo strumento per orientarsi nella corretta comprensione della disciplina. Tuttavia, l'opera di concreta identificazione e quantificazione dei disallineamenti da ibridi “accidentali” si rivela molto più complessa ed onerosa rispetto alla semplice comprensione delle fattispecie astratte in quanto, potenzialmente, richiede l'attivazione di complesse ed ampie procedure interne volte a raccogliere e centralizzare le informazioni rilevanti per l'identificazione e, se del caso, quantificazione dei potenziali ibridi.

Inoltre, considerando che non tutte le giurisdizioni coinvolte hanno adottato discipline che accolgono gli esiti dell'azione 2 BEPS, o se lo hanno fatto, ciò non è avvenuto sempre e comunque in modo uniforme, non pare neppure possibile fare riferimento ad uno standard comune nei minimi dettagli.

Anche l'Italia ha adottato la disciplina con alcune varianti rispetto alle indicazioni OCSE.

Alcune varianti sono di ordine restrittivo (ossia riducono l'ambito di applicazione della disciplina) mentre altre sono tali da ampliare, anche notevolmente, la portata applicativa della disciplina.

¹¹ Ciò non deve essere inteso come piena adesione da parte di PwC TLS i ai contenuti della bozza di Circolare (ed in merito si vedano le molteplici tematiche contenute nel prosieguo del presente documento in cui si individuano potenziali criticità connesse alle interpretazioni o conclusioni raggiunte nella bozza stessa).

¹² Cfr. pag. 17 della bozza di Circolare ove l'adempimento viene descritto nella “*individuazione dei presupposti rilevanti per l'applicazione delle disposizioni anti-ibridi e nell'applicazione delle pertinenti misure di contrasto*” o anche come “*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 (art 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)*”.

Ciò ha un notevole impatto soprattutto per quanto riguarda gli ibridi importati in quanto una volta che l'ordinamento italiano "vede" un disallineamento da ibridi che altre giurisdizioni "non vedono" (e quindi non sterilizzano) è giocoforza, secondo la bozza di Circolare, che per l'ordinamento italiano possano crearsi disallineamenti da ibridi importati.

A tal fine è utile richiamare alcuni dei "*design principles*" dei Report OCSE ed in particolare i seguenti:

- l'importanza del coordinamento ("*co-ordination*") tra giurisdizioni sia in fase legislativa che di concreta applicazione al fine di fornire certezza ed evitare la doppia imposizione¹³;
- il mantenimento degli oneri di *compliance* al minimo¹⁴;
- l'impegno delle amministrazioni finanziarie nel procedere tra loro a scambi di informazioni:
 - sull'introduzione e sul funzionamento delle rispettive regole anti-ibridi¹⁵, e
 - sul trattamento fiscale di strumenti finanziari ed entità¹⁶;
- l'impegno dei Paesi ("Countries") a fornire ai contribuenti informazioni accurate sul trattamento fiscale di entità e strumenti finanziari nelle rispettive giurisdizioni¹⁷.

Al momento non risulta che, né a livello Europeo né a livello OCSE, tali "*design principles*" siano stati resi specificamente concreti e ciò con particolare riguardo alla messa a disposizione dei contribuenti di "*accurate information on the tax treatment of entities and financial instruments under the laws of their jurisdiction.*".

Per quanto poi attiene alle fattispecie che riguardano specificamente le stabili organizzazioni (ed in particolare quelle tipizzate dai numeri 7 e 8 della lett. r, del co.1, dell'art. 6), il Report BMA ha chiaramente indicato l'esigenza che, in fase di implementazione con riguardo ai casi di "*commercial branch operations of a significant size*"[...] "*tax administrations should provide taxpayers with flexible and straight-forward implementation solutions that preserve the policy objectives behind the branch mismatch rules and that are based, as far as possible, on the taxpayer's existing domestic compliance and filing requirements*"¹⁸ e, ancora più in dettaglio, "*tax authorities may need to identify implementation solutions that are based, as much as possible, on existing domestic rules, administrative guidance, presumptions and tax calculations while still meeting the basic policy objectives [...]*"¹⁹.

Su tali basi si sottopone di valutare la possibilità che l'Agenzia delle Entrate predisponga delle *best practice* di *compliance*, sia in termini di procedure che in termini di documentazione, che possano orientare i contribuenti nell'opera di analisi, e documentazione dell'analisi stessa, volta ad evidenziare la non ricorrenza o la ricorrenza di fattispecie di disallineamenti da ibridi sia per quanto riguarda gli ibridi di primo livello che per quanto riguarda gli ibridi importati.

Inoltre, a fronte dell'estrema complessità della disciplina, che potenzialmente richiede ad ogni soggetto chiamato ad applicarla, di raccogliere svariate informazioni e conoscere il regime fiscale della controparte, si propone di valutare la possibilità di promuovere a livello europeo la predisposizione di Q&A comuni agli stati membri in merito alla corretta interpretazione della Direttiva ATAD e la predisposizione di *data-base* accessibili agli operatori in cui vengono riepilogati i tipici regimi dei più diffusi tipi di strumenti finanziari e delle più diffuse forme societarie.

Infine, per quanto specificamente riguarda l'ordinamento italiano, considerato che i Report OCSE sono redatti in lingua inglese e partendo dal presupposto che, sulla base del Considerando 28 della Direttiva ATAD

¹³ Cfr. par. 272 Report HMA.

¹⁴ Cfr. par. 300 e 301 Report HMA.

¹⁵ Cfr. par. 313 Report HMA.

¹⁶ Cfr. par. 314 e 315 Report HMA.

¹⁷ Cfr. par. 316 Report HMA.

¹⁸ Cfr. par. 29 Report BMA.

¹⁹ Cfr. par. 50 e 93 Report BMA.

²⁰ e di quanto chiarito nella relazione illustrativa²¹ al Decreto ATAD, tali Report abbiano valenza interpretativa anche nell'ordinamento italiano per quanto riguarda l'interpretazione del Decreto ATAD, si propone di valutare l'opportunità che l'Agenzia delle Entrate promuova la traduzione ufficiale dei medesimi in lingua italiana rendendo poi tale traduzione accessibile al pubblico degli operatori italiani.

²⁰ Il Considerando 28 recita quanto segue: *“Nell’attuare la presente direttiva gli Stati membri dovrebbero avvalersi delle spiegazioni e degli esempi applicabili riportati nella relazione dell’OCSE BEPS relativa all’azione 2 sia come fonte illustrativa o interpretativa nella misura in cui essi sono coerenti con le disposizioni della presente direttiva e con il diritto dell’Unione”*.

²¹ In cui si legge: *“Come osservato dal considerando n. 28 della Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017: “Nell’attuare la presente direttiva gli Stati membri dovrebbero avvalersi delle spiegazioni e degli esempi applicabili riportati nella relazione dell’OCSE BEPS relativa all’azione 2 sia come fonte illustrativa o interpretativa nella misura in cui essi sono coerenti con le disposizioni della presente direttiva e con il diritto dell’Unione”. “I principi riportati nei report del progetto BEPS in merito ai disallineamenti ibridi assumono, pertanto, una rilevanza centrale nell’opera di interpretazione delle disposizioni della direttiva (UE) 2016/1164 ed, allo stesso modo, hanno piena rilevanza in relazione all’interpretazione delle disposizioni del presente decreto”*

3. Proposte di modifica del testo della bozza di Circolare

Si propongono nel seguito alcune possibili modifiche al testo della bozza di Circolare finalizzate a fornire maggiore chiarezza al lettore. L'esposizione è condotta indicando la pagina del testo per cui si propone la modifica e riportando il testo con la modifica proposta in **grassetto** o la cancellatura ~~barrato~~. Per ogni modifica proposta segue una breve illustrazione delle ragioni a supporto.

Testo della bozza di Circolare par. 2.2.2. “Le norme di reazione”, pag. 24

*“Infine, nell’assunto che le norme anti ibridi hanno la finalità di eliminare le asimmetrie tra ordinamenti tributari di diversi Stati, in modo automatico e non discrezionale, laddove tali asimmetrie si manifestino, la spontanea rimozione da parte del contribuente dell’effetto derivante dalla esistenza di un disallineamento da ibridi (ad esempio tramite una variazione in aumento del proprio reddito imponibile), in assenza di uno specifico obbligo previsto da norme di sistema (**quali anche quelle di prevenzione o di reazione**) del proprio ordinamento, non assumerà rilevanza ai fini dell’applicazione delle norme di reazione. Così, a titolo esemplificativo e non esaustivo, in presenza di uno strumento finanziario ibrido emesso da un soggetto passivo italiano, la spontanea inclusione da parte del beneficiario estero dei relativi componenti di reddito nella propria base imponibile, in assenza di un obbligo di legge, non inibisce l’applicazione della reazione primaria da parte dello Stato Italiano.”*

Finalità

La proposta è volta a chiarire che lo “specifico obbligo previsto da norme di sistema” possa anche essere riferito alle norme di prevenzione o di reazione.

Testo della bozza di Circolare par. 3 “NORME DI REAZIONE: I PRESUPPOSTI”, pag. 25

*“Come già anticipato, uno dei presupposti essenziali per l’applicazione delle norme di reazione è la presenza di un disallineamento **di ibridi** ossia un effetto di doppia deduzione o di deduzione e non inclusione.”*

Finalità

La proposta è volta a chiarire che l’effetto di D/NI o DD coincide con il disallineamento ma che non ogni disallineamento (o effetto) è di per sé "ibrido".

Testo della bozza di Circolare par. 3.1.2 “Disallineamenti con effetti di deduzione senza inclusione (D/NI)”, pag. 36

*“Come anticipato, l’effetto di deduzione assume una connotazione particolare nelle fattispecie contemplate nell’articolo 6, comma 1, lettera r) numeri 6 e 7, ossia nei casi di componenti negativi di reddito sostenuti da un’entità ibrida diretta a favore del socio **e nei casi** di componenti negativi di reddito relativi ad operazioni che si ritengono intervenute tra la sede centrale e la stabile organizzazione ovvero tra due o più stabili organizzazioni. “*

Finalità

La proposta è volta a rendere chiaro il riferimento sia alla fattispecie di entità ibrida diretta che alla fattispecie tra stabile organizzazione e casa madre.

Testo della bozza di Circolare par. 3.1.2 “Disallineamenti con effetti di deduzione senza inclusione (D/NI)”, pag. 36

“A tal riguardo, con riferimento ai disallineamenti che riguardano le stabili organizzazioni o le entità ibride (dirette), ossia le fattispecie descritte ai numeri 6 e 7 del comma 1 della lettera r) dell’articolo 6) del Decreto ATAD, in cui vi sia un componente negativo di reddito che non è riconosciuto come tale (e quindi non è deducibile) in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario ma che invece è incluso nella giurisdizione del “pagatore”, valgono le considerazioni già svolte con riferimento ai disallineamenti con effetto DD nell’ultimo periodo del paragrafo ~~3.1.16~~”

Finalità

La proposta è volta a correggere un refuso (ossia il rinvio al par 6.1 invece che al par 3.1.1).

Testo della bozza di Circolare par. 4.1 “Le norme di reazione in caso di effetto DD”, pag. 61

*In caso di effetto di doppia deduzione, secondo quanto disposto dal comma 1 dell’articolo 8, del Decreto ATAD si ha che: 1. in base alla reazione primaria, lo Stato italiano deve negare la deduzione del componente negativo di reddito in capo al soggetto passivo qualora sia lo Stato dell’investitore; 2. in base alla reazione secondaria, lo Stato italiano deve negare la deduzione del componente negativo di reddito qualora sia lo Stato del pagatore e la deduzione del componente negativo di reddito non è negata nello Stato dell’investitore (**rectius: nello stato dell’investitore non sono previste regole che neghino la deduzione**).*

Finalità

La proposta è volta a rendere chiaro, in linea con quanto già chiarito nella bozza di Circolare in generale, che anche nei casi di DD l’attivazione della reazione secondaria discende dalla mancata previsione nella giurisdizione dell’investitore di regole di prevenzione o reazione al disallineamento e non invece, qualora tali regole siano presenti, e la mancata attivazione della reazione secondaria derivi dalla mera violazione delle medesime da parte del contribuente.

Testo della bozza di Circolare par. 5 “ALTRI CASI DI DISALLINEAMENTO E CONNESSE REAZIONI”, pag. 77

*“Il decreto ATAD disciplina ulteriori ipotesi ~~di disallineamento~~, per le quali sono previste specifiche forme di reazione connotate da particolari modalità applicative. Si tratta, come meglio approfondito nei successivi paragrafi, delle disposizioni recate dall’articolo 8, comma 5, che contempla la fattispecie della duplicazione di crediti per imposte pagate all’estero e dall’articolo 10 relativo ai disallineamenti (**ossia effetti di DD**) derivanti da doppia residenza fiscale.*

*Per altro verso, lo Stato italiano, in base all’attuale contesto ordinamentale, non potrebbe essere lo Stato A del beneficiario ossia quello in cui si trova la residenza fiscale della società A, in quanto il disallineamento non emergerebbe in base all’articolo 73, comma 1, lettera d) del TUIR. Infatti, il sistema fiscale italiano considera, in generale, le entità estere come opache e, pertanto, includerebbe il componente positivo relativo al pagamento di 110 non generando ab origine alcun disallineamento attribuibile alla natura di entità ibrida ~~inversa~~ **diretta** del pagatore.”*

Finalità

La proposta è volta:

- a chiarire che il c.d. *double dip* che interessa il credito per imposte estere non deve essere confuso con le fattispecie di “disallineamento” previste dal Decreto ATAD;
- a ribadire per fini di chiarezza che l’art. 10 riguarda casi di doppia deduzione (DD);
- a correggere quello che pare un refuso quando individua nell’entità ibrida inversa il pagatore (mentre pare più appropriato riferire il ruolo di pagatore all’entità ibrida diretta).

Ciò premesso in termini generali, esponiamo di seguito i nostri commenti relativi ad alcuni profili connessi ai contenuti della bozza di Circolare in merito alla disciplina dei “Disallineamenti da Ibridi” contenuta negli articoli da 6 a 11 del decreto legislativo n. 142 del 2018 di recepimento della Direttiva ATAD ed oggetto di pubblica consultazione seguendo il seguente schema: Tematica / Paragrafi della circolare / Osservazioni / Contributi/Finalità.

Ad ogni modo PwC TLS sin da ora manifesta la propria piena disponibilità, se ritenuto opportuno, ad effettuare approfondimenti e/o a fornire chiarimenti in forma scritta o orale, a partecipare a specifici incontri od altre iniziative ritenute appropriate nell’ambito della presente consultazione.

4. Illustrazione delle tematiche relative alla disciplina dei “disallineamenti da ibridi”

Tematica 1: disallineamenti domestici esteri

Paragrafo della bozza di circolare: Premessa

Osservazioni

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

Dall’analisi del Report HMA emerge che le raccomandazioni OCSE sono state concepite anche per colpire gli ibridi interni (ossia in cui il pagatore ed il beneficiario sono fiscalmente localizzati nella stessa giurisdizione). Tuttavia, sia la Direttiva ATAD che il Decreto ATAD non sono applicabili agli ibridi interni che si potrebbero verificare tra soggetti residenti o stabiliti in Italia. In merito, per quanto di specifico interesse, è chiara la relazione illustrativa al Decreto ATAD, come segue: *“I disallineamenti, oggetto delle disposizioni in commento, sono quelli che si verificano in ambito transnazionale; gli eventuali ibridi interni, laddove applicabile, possono essere contrastati attraverso il principio del divieto dell’abuso del diritto.”*

Tale affermazione della relazione è fedele rispetto al testo del Decreto ATAD che nel definire:

- l’effetto di “doppia deduzione” prevede che tale “disallineamento” debba avvenire nella giurisdizione del pagatore e in “*altra*”²² giurisdizione (quella dell’investitore);
- l’effetto di “deduzione senza inclusione” espressamente richiede che la giurisdizione del beneficiario sia “*diversa*”²³ rispetto a quella del pagatore.

Su tali basi si chiede di precisare che eventuali disallineamenti interni esteri (ad esempio con pagatore e beneficiario - o investitore - fiscalmente localizzati nella stessa giurisdizione diversa dall’Italia) non possono generare disallineamenti da ibridi importati *ex. art. 8, co. 3, del Decreto ATAD.*

Ciò pare in linea con il fatto che l’Italia non colpisca con la reazione primaria e/o secondaria i propri disallineamenti interni (che quindi strutturalmente non possono essere “disallineamenti da ibridi”) e con il testo della disciplina degli ibridi importati (che, appunto, richiede necessariamente “*oneri deducibili che generano un disallineamento da ibridi*”).

Contributo

Sulla base di quanto rappresentato si propone di precisare quanto segue:

“I disallineamenti da ibridi, inoltre, in linea teorica potrebbero verificarsi anche all’interno di un singolo Stato, anche se il fenomeno è tipicamente un fenomeno transnazionale. Al riguardo si specifica che le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi introdotte dal Decreto ATAD si rivolgono esclusivamente ai disallineamenti derivanti dalle interazioni tra l’ordinamento fiscale italiano ed uno o più ordinamenti fiscali esteri (o per quanto riguarda gli importati tra più ordinamenti esteri) e, quindi,

²² Cfr. art. 6, co. 1, lett. b del Decreto ATAD.

²³ Cfr. art. 6, co. 1, lett. c del Decreto ATAD.

relativamente a fattispecie intercorrenti tra soggetti residenti o localizzati in Italia e soggetti residenti o localizzati in altro Stato estero (sia esso Stato Membro o Stato terzo). **Si precisa anche che un eventuale ibrido interno estero non può costituire il presupposto per un disallineamento da ibridi importato ai fini del comma 3 dell'articolo 8 del Decreto**"

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 2: disallineamenti da ibridi da strumenti finanziari diversi dal "debt vs equity"

Paragrafo della bozza di circolare: par.1.1

Osservazioni

Nel commentare l'ibridismo fiscale ed in particolare gli strumenti finanziari ibridi che originano in un contesto diverso da quello *debt vs equity*, la bozza di Circolare chiarisce:

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

Si nota un refuso quando riferendosi al soggetto che vende (cedente) la partecipazione si afferma: *"mentre, dall'altro, l'acquirente (beneficiario) considera unitariamente il corrispettivo (100) e non lo include, in tutto o in parte, nel proprio imponibile (ad esempio, in presenza di un regime di participation exemption), [...]"* (sottolineatura aggiunta, ndr.)

Si propone di rettificare tale refuso.

Inoltre, si propone di specificare che anche nel descritto contesto è necessario che vi sia una causa ibrida (ossia una diversa qualificazione) cui sia attribuibile l'effetto di D/NI. Nell'esempio, infatti, l'interesse (5) dedotto dal compratore e considerato fiscalmente non quale interesse attivo ma quale parte integrante dell'unitario corrispettivo (in ipotesi) non incluso.

Infine, in linea con quanto chiarito successivamente dalla bozza di Circolare si propone di precisare che, anche nel descritto contesto, assuma rilevanza la inclusione ad *"altro titolo"*.

Contributo

Sulla base di quanto sopra illustrato si propone quanto segue:

"Come anticipato la fattispecie assume tuttavia caratteristiche più ampie rispetto al "semplice" contesto debt vs equity, in quanto può riguardare casi ulteriori, spesso basati su differenti impostazioni contabili

con rilevanza fiscale, laddove nella giurisdizione del pagatore viene considerato fiscalmente deducibile un componente negativo di reddito qualificato fiscalmente di natura finanziaria a cui potrebbe non corrispondere **la stessa qualificazione fiscale del componente reddituale ed** alcuna inclusione nella giurisdizione del beneficiario. Si pensi al caso della cessione a pronti di un bene (es: partecipazione) con prezzo differito (100) per cui: da un lato, l'acquirente (pagatore) scompone il corrispettivo nella componente costo di acquisto (95) e nella componente interesse passivo deducibile da dilazione di pagamento (5); mentre, dall'altro, l'acquirente **il cedente** (beneficiario) considera unitariamente il corrispettivo (100) e non lo include, in tutto o in parte, nel proprio imponibile (ad esempio, in presenza di un regime di participation exemption), con effetto D/NI pari all'importo finanziario (5) deducibile in capo al pagatore **e non incluso in capo al cedente (neppure ad "altro titolo")**. L'effetto tipico riconducibile agli strumenti finanziari ibridi è quindi quello di deduzione senza inclusione, in quanto i componenti di reddito dovuti in base allo strumento finanziario sono qualificati come interessi fiscalmente deducibili nel Paese (Stato o giurisdizione) del pagatore e non sono inclusi, **neppure ad "altro titolo"**, come proventi tassabili (ad esempio in quanto qualificati come dividendi esclusi/esenti o corrispettivo unitario **sogetto alla p.ex**) nel Paese del beneficiario."

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 3: Trasferimenti di strumenti finanziari, trasferimenti ibridi e pagamenti sostitutivi

Paragrafo della bozza di circolare: par. 1.2

Osservazioni

Secondo le indicazioni OCSE, in linea generale, le operazioni che consistono nel trasferimento di uno strumento finanziario non ricadono nella fattispecie degli strumenti finanziari ibridi (cfr. anche pag. 35 della bozza di Circolare²⁴), salvo che non si configuri un "trasferimento ibrido" o un "substitute payment" (o pagamento sostitutivo).

Per quanto riguarda la definizione di "trasferimento ibrido" il Decreto ATAD, in linea con il testo della Direttiva ATAD e la raccomandazione OCSE, individua la fattispecie con riguardo all'intreccio tra i regimi fiscali dall'acquirente e del venditore dello strumento finanziario da cui origina la doppia imputazione fiscale della remunerazione dovuta in base allo strumento finanziario oggetto del trasferimento²⁵.

Differentemente, per quanto riguarda i "pagamenti sostitutivi", la raccomandazione OCSE disegna la fattispecie sostituendo l'elemento ibrido (ossia l'*hybrid element* o causa ibrida²⁶) con tre specifiche ed alternative condizioni di innesco che vengono elencate nella REC 1.2(e)²⁷.

²⁴ Ove si precisa: "Per quanto riguarda gli strumenti finanziari, compresi i trasferimenti ibridi, i componenti reddituali rilevanti sono quelli sostenuti "in base alle previsioni contrattuali che regolano uno strumento finanziario ovvero un trasferimento ibrido". Ne consegue che, in linea di principio, non rilevano i componenti reddituali che derivano da un ordinario trasferimento di uno strumento finanziario (che non sia quindi un trasferimento ibrido) anche se il costo di acquisto dello strumento è deducibile per l'acquirente mentre il corrispondente corrispettivo non è incluso dal venditore (es: per participation exemption)."

²⁵ Cfr. l'art 6, co. 1, lett n): "«trasferimento ibrido», qualsiasi accordo di trasferimento di uno strumento finanziario in cui il rendimento sottostante è considerato, ai fini fiscali, come conseguito simultaneamente da più di una delle parti dell'accordo [...]" (sottolineatura aggiunta, ndr.).

²⁶ Cfr. par. 26 ("Unlike the other rules in Recommendation 1, which only apply where and to the extent the mismatch is attributable to the terms of the instrument, the substitute payment rules apply to any type of D/NI outcome regardless of how it arises." - sottolineatura aggiunta, ndr.) ed il par 81 ("The substitute payment rules apply to any type of D/NI outcome (regardless of whether

In merito, invece, il testo della Direttiva ATAD non contiene alcun riferimento espresso ai pagamenti sostitutivi e, soprattutto ²⁸alla sostituzione del “*hybrid element*” con le suddette tre specifiche condizioni di innesco.

Il testo del Decreto ATAD, nel definire il trasferimento ibrido fa riferimento alla doppia imputazione della remunerazione ma anche, nell’ultima parte della nozione di “trasferimento ibrido” a un accordo di trasferimento di uno strumento finanziario “*il cui rendimento sottostante è rilevante per la determinazione della sua remunerazione*”.

Tuttavia, il Decreto ATAD nel disciplinare la fattispecie di “trasferimento ibrido” richiede sempre la suddetta causa ibrida (ossia la “differente qualificazione” dello strumento finanziario o del componente reddituale) senza invece prevedere espressamente la possibilità che la medesima possa essere sostituita dalle tre specifiche condizioni di innesco.

Sulla base di quanto sopra rappresentato si sottopone l’opportunità di valutare la possibilità di inserire nella versione finale della Circolare un espresso chiarimento relativo ai pagamenti sostitutivi.

In particolare, si propone di chiarire che la disciplina OCSE dei “*substitute payments*” non possa trovare applicazione nell’ordinamento italiano in quanto è sempre e comunque necessario che l’effetto di “deduzione senza inclusione” sia “*imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale in base alla giurisdizione del pagatore ed a quella diversa del beneficiario*”.

Contributo

Sulla base di quanto sopra illustrato si propone quanto segue:

“L’ordinamento italiano, a differenza delle indicazioni OCSE, colpisce con le reazioni l’effetto di “deduzione senza inclusione” solo quando tale effetto è “imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale in base alla giurisdizione del pagatore ed a quella diversa del beneficiario”. Ne discende che, in base al Decreto ATAD, non assumono rilevanza le illustrazioni del Report OCSE in merito ai pagamenti sostitutivi quando il disallineamento non è imputabile alle suddette differenze nella qualificazione (ossia ad una causa ibrida).”

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

such outcome is attributable to the terms of the instrument, the tax status of the parties or the context in which the asset is held - -
sottolineatura aggiunta, ndr).

²⁷ La REC 1.2(e) è la seguente: “A substitute payment is any payment, made under an arrangement to transfer a financial instrument, to the extent it includes, or is payment of an amount representing, a financing or equity return on the underlying financial instrument where the payment or return would:

(i) not have been included in ordinary income of the payer;
(ii) have been included in ordinary income of the payee; or
(iii) have given rise to hybrid mismatch;

if it had been made directly under the financial instrument.

In merito il paragrafo 25 chiarisce che la disciplina dei “*substitute payments*” è volta a regolare operazioni che hanno il “*potential to undermine the integrity of the hybrid financial instrument rule*”.

²⁸ Ossia la causa della “ibridità” che nel testo del Decreto ATAD relativamente agli strumenti finanziari, compresi i trasferimenti ibridi, ricorre solamente quando il disallineamento è “*imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale in base alla giurisdizione del pagatore ed a quella diversa del beneficiario;*”.

Tematica 4: strumenti finanziari derivati e disallineamenti da ibridi da strumenti finanziari

Paragrafi della bozza di circolare: par. 1.2 ed altri

Osservazioni

La definizione di strumento finanziario²⁹ contenuta nel Decreto ATAD include, nell'ambito della disciplina degli "strumenti finanziari", anche i c.d. "derivati".

Tale impostazione è in linea con le indicazioni OCSE (cfr. REC 1.2(a)³⁰ e par. 18³¹ del Report HMA) e con il testo della Direttiva ATAD³².

Tuttavia, al di là di tale generale riferimento contenuto nella definizione di strumento finanziario, non si ha traccia di chiare illustrazioni o esempi, sia nei documenti OCSE che nella Direttiva ATAD, che illustrino l'applicazione della disciplina dei "disallineamenti da ibridi" da strumenti finanziari ai "derivati". In altri termini, mancano indicazioni che, quindi, permettano agli operatori di comprendere in quali casi potrebbe configurarsi un disallineamento da ibridi che coinvolge un "derivato".

Ad una prima analisi dei documenti OCSE, in particolare, potrebbero essere ricondotti ai derivati gli esempi 1.16 ("*Differences in valuation of discount on issue of optional convertible note*") e, con variazioni nella descrizione dei fatti, l'esempio 1.13 ("*Accrual of deemed discount on interest free loan*").

Il primo esempio si riferisce ad uno strumento finanziario composito ossia uno strumento di debito che incorpora un derivato (un'opzione call). L'eventuale separazione del derivato dallo strumento ospite potrebbe generare un effetto di D/Ni imputabile alla causa di ibridità (cfr. esempio 1.16 Report HMA).

Parimenti il secondo esempio potrebbe essere declinato con riguardo ad un derivato fuori mercato che in capo alla parte avvantaggiata dà luogo ad un apporto di equity seguito in periodi successivi dalla deduzione di importi nozionali (similmente all'*interest free loan*- IFL di cui all'esempio "accrued" 1.13 del Report HMA).

Al di là di questi due esempi, tuttavia, non è dato individuare altre casistiche che siano riferibili, direttamente o indirettamente, ai derivati.

In via preliminare si rappresentano alcune considerazioni.

La relazione di copertura.

Il fatto che un operatore (A) adotti con rilevanza fiscale la "relazione di copertura", tra un derivato ed uno elemento coperto, potrebbe generare una asimmetria di trattamento fiscale (con effetto di deduzione senza inclusione sia in termini di tempistica di imputazione a conto economico che di regime fiscale del realizzo) tra i componenti dovuti (o ricevuti) in base al derivato da tale operatore (A) rispetto al corrispondente componente reddituale ricevuto (o dovuto) dalla controparte (B) del derivato.

²⁹ Cfr. art 6, co 1, lett. l: «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 aggiunta, ndr.).

³⁰ La REC 1.2.(a) recita come segue: "A financial instrument means any arrangement that is taxed under the rules for taxing debt, equity or derivatives under the laws of both the payee and payer jurisdictions and includes a hybrid transfer." (sottolineatura aggiunta, ndr.).

³¹ Il par 18 precisa che "Recommendation 1 is primarily targeted at arrangements that are taxed as debt, equity or derivative contracts (i.e., financial instruments) under the laws of the payer and payee jurisdictions." - (sottolineatura aggiunta, ndr.).

³² La Direttiva ATAD definisce lo strumento finanziario come segue: «strumento finanziario», qualsiasi strumento che dà origine a utili da finanziamento o rendimento da capitale tassati secondo le regole di tassazione del debito, del capitale, o dei derivati a norma delle leggi della giurisdizione del beneficiario o del pagatore e che comporta un trasferimento ibrido;» (sottolineatura aggiunta, ndr.).

In merito si propone di chiarire che l'eventuale asimmetria di trattamento fiscale che può originare dalla "relazione di copertura" in capo ad un operatore (A, che attiva la relazione di copertura) rispetto ad un altro (B, la controparte del derivato) non ricada oggettivamente nel campo di applicazione della disciplina dei disallineamenti da ibridi. Ciò in quanto la "relazione di copertura", da cui discende il trattamento fiscale dei componenti reddituali dovuti in base al derivato, non implica *"differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale"*. Infatti, per l'operatore che attiva la "relazione di copertura" la remunerazione dovuta in base al derivato non cambia natura o qualificazione.

La contabilizzazione a "mark to market" del derivato

Il fatto che un operatore (A) contabilizzi con rilevanza fiscale (inclusione) secondo il "mark to market" uno strumento finanziario (compreso un derivato), dovrebbe, in linea di principio, essere ritenuta una forma di inclusione ad "altro titolo".

Su tale base si dovrebbe chiarire che l'eventuale asimmetria di trattamento fiscale che può originare dalla rilevazione a "mark to market" in capo ad un operatore rispetto alla controparte estera non ricada nel campo di applicazione della disciplina dei disallineamenti da ibridi in quanto il "mark to market" rappresenta una forma di inclusione ad "altro titolo".

Ulteriori considerazioni

Data la complessità della materia, qualora non si condivida quanto sopra rappresentato o comunque si ritenga che i "derivati" possano assumere specifica rilevanza nell'ambito della disciplina degli strumenti finanziari "ibridi", si sottopone l'opportunità di individuare i criteri e descrivere ipotesi di fattispecie rilevanti in cui i "derivati" possano integrare fattispecie di "disallineamenti da ibridi" da strumenti finanziari.

Contributo

Sulla base di quanto sopra illustrato, si sottopone l'opportunità di:

- individuare ipotesi di fattispecie rilevanti in cui, o di fornire indicazioni circa i criteri rilevanti in base ai quali, i "derivati" possano assurgere elemento costitutivo della fattispecie di "disallineamento da ibridi" da "strumento finanziario";
- chiarire che la "relazione di copertura" non è di per sé idonea ad integrare la necessaria "causa ibrida";
- chiarire che il "mark to market" (con rilevanza fiscale: inclusione), in linea di principio, può rilevare quale inclusione ad "altro titolo".

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 5: entità ibride

Paragrafo della bozza di circolare: par. 1.3

Osservazioni

Nell'introdurre le entità ibride il testo della bozza di Circolare sembrerebbe essere organizzato per effetto affrontando, prima la doppia deduzione e poi la deduzione non inclusione.

Inoltre, nelle figure 1 e 2 è utilizzata una simbologia non molto chiara in quanto presenta l'entità con 2 simboli (il rettangolo - che significa opacità - e l'ellisse - che significa trasparenza) con diversi colori senza permettere di comprendere con immediatezza le differenze.

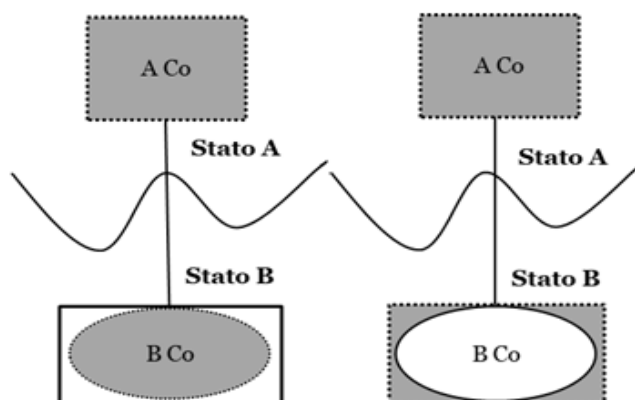
Per fini di chiarezza si propone di:

- predisporre le figure inserendo anche il socio/partecipante in altra giurisdizione con un rettangolo che abbia lo stesso colore dell'ellisse (in caso di ibrido diretto) o del rettangolo (in caso di ibrido inverso);
- organizzare il testo per tipologia di entità (ibrida diretta o inversa).

Contributo

Sulla base di quanto sopra illustrato si propone quanto segue.

Di utilizzare le seguenti figure (o similari):



Per indicare l'ibrido diretto (parte sinistra) ed il *reverse hybrid* (parte destra).

Relativamente al testo si propongono le seguenti modifiche:

“Gli effetti fiscali che possono derivare dall'utilizzo delle entità ibride “dirette” possono essere di “deduzione senza inclusione” (D/NI) o di “doppia deduzione” (DD) o di “deduzione senza inclusione”.

In particolare, un effetto DD può verificarsi qualora componenti negativi di reddito sostenuti da una entità ibrida diretta siano considerati fiscalmente deducibili sia nella giurisdizione in cui la stessa è residente sia nella giurisdizione di residenza del socio/investitore. È il caso dell'entità ibrida pagatrice verso altre entità (del gruppo o meno).

Un effetto D/NI potrebbe essere il risultato di componenti negativi sostenuti da un'entità ibrida “diretta” (pagatore) al proprio socio/partecipante (beneficiario), che non li considera componenti positivi in base alle leggi della propria giurisdizione in considerazione della ritenuta trasparenza dell'entità estera. È il caso dell'entità ibrida diretta pagatrice con componenti reddituali disconosciuti dal socio.

Quanto alle entità ibride inverse invece possono derivare effetti fiscali di “deduzione senza inclusione” (D/NI). In particolare, un primo effetto del tipo D/NI si può avere come conseguenza di differenze

nell'allocazione dei pagamenti effettuati all'entità ibrida inversa che determinano: ~~da un lato~~, che a fronte della deduzione di un componente negativo di reddito in capo ad un soggetto (pagatore) il corrispondente componente positivo di reddito non è incluso né nello Stato di costituzione dell'entità ibrida inversa, che considera l'entità fiscalmente trasparente, né nello Stato di residenza del socio/partecipante che considera l'entità fiscalmente opaca e, quindi, attribuendo il componente positivo di reddito alla potestà impositiva dello Stato di costituzione di detta entità, lo considera ivi tassabile. È la fattispecie di D/NI da entità ibrida inversa.

in aggiunta, un effetto D/NI potrebbe essere il risultato di componenti negativi sostenuti da un'entità ibrida "diretta" (pagatore) al proprio socio/partecipante (beneficiario), che non li considera componenti positivi in base alle leggi della propria giurisdizione in considerazione della ritenuta trasparenza dell'entità estera. È il caso dell'entità ibrida diretta pagatrice con componenti reddituali disconosciuti dal socio.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 6: inquadramento generale delle fattispecie che riguardano le stabili organizzazioni

Paragrafo della bozza circolare: par. 1.4

Osservazioni

Lo schema di bozza di Circolare esordisce affermando che *“Le stabili organizzazioni possono dare origine a disallineamenti da ibridi allorché due giurisdizioni hanno una visione fiscale diversa circa l'esistenza o la ripartizione delle entrate o delle spese tra la stabile organizzazione e la sede centrale dello stesso soggetto”*.

In merito il Report BMA aggiunge anche che, specialmente per quanto riguarda la *taxable branch* (ossia la *branch* col credito e non in esenzione), il fenomeno colpito attiene alla compensazione (*“set-off”*) di componenti negativi nella giurisdizione del pagatore (es: quella della stabile organizzazione) con reddito *“non”* a doppia inclusione a prescindere da una *“visione fiscale diversa”* circa *“la ripartizione delle entrate o delle spese tra la stabile organizzazione e la sede centrale”*.

In particolare, con riguardo alle stabili organizzazioni il Report OCSE è principalmente focalizzato sulle stabili organizzazioni in *“branch exemption”* (*branch* esenti) cui il citato Report BMA dedica le prime 4 raccomandazioni ed in particolare:

- 1) quella generale sul disegno della *branch exemption* (non accolta dalla Direttiva ATAD se non per il caso della stabile disconosciuta)³³;
- 2) quella che prevede la *linking rule* sulla stabile organizzazione disconosciuta (con effetti di D/NI)³⁴;
- 3) quella che prevede la *linking rule* sui flussi dirottati (con effetti di D/NI)³⁵;
- 4) quella che prevede la *linking rule* sugli *internal dealing*³⁶;
- 5) quella che prevede la *linking rule* contro la doppia deduzione³⁷.

³³ Tale raccomandazione, in base alle indicazioni ATAD, è stata implementata quale misura generale solo con riguardo al caso della stabile organizzazione "disconosciuta" (cfr. art. 8, co. 4 del Decreto ATAD).

³⁴ Cfr. art. 6, co. 1, lett. r), n. 5.

³⁵ Cfr. art. 6, co. 1, lett. r), n. 4.

³⁶ Cfr. art. 6, co. 1, lett. r), n. 7.

Il medesimo Report, invece, relativamente alle stabili organizzazioni col credito (*taxable branch*) prevede solamente le raccomandazioni relative a:

- la *linking rule* sugli *internal dealing* (con effetto di D/NI)³⁸
- la *linking rule* contro la doppia deduzione (con effetto di DD)³⁹.

Mentre nei casi delle stabili organizzazioni in esenzione tutte le fattispecie (da 2 a 5 sopra) sono riconducibili a “incoerenze” nel riconoscimento della stabile organizzazione (fattispecie 2) o nell’attribuzione di componenti di reddito (da 3 a 5), nel caso della stabile organizzazione col credito gli effetti avversi dalle regole anti ibridi sono fisiologici al funzionamento della stabile col credito⁴⁰ che, naturalmente, può produrre doppia imposizione (temperata dal riconoscimento del credito) oppure naturali effetti (pur se indesiderati in base all’impostazione OCSE) quando la stabile chiude in perdita e tale perdita è utilizzata (o utilizzabile⁴¹) con reddito “non” a doppia inclusione nella giurisdizione del pagatore (ossia la giurisdizione della stabile organizzazione).

La seguente tabella riepiloga, in base alla nostra comprensione, le fattispecie con riguardo alla “*branch in esenzione*” ed alla “*taxable branch*”⁴²:

³⁷ Cfr. art. 6, co. 1, lett. r), n. 8.

³⁸ Cfr. art. 6, co. 1, lett. r), n. 7.

³⁹ Cfr. art. 6, co. 1, lett. r), n. 8.

⁴⁰ Cfr. par 30 del Report HMA: “*Branch mismatches most frequently arise in the context of exempt branches (i.e. where the residence jurisdiction provides an exemption for branch income). Where a jurisdiction taxes residents on their worldwide income (including the income of any foreign branch), then any payments that are not included in income by the branch will generally be brought into charge in the residence jurisdiction (eliminating the risk of any branch payee mismatches). Furthermore, in the case of operating branches, the taxpayer will generally have sufficient dual inclusion income in the branch to avoid the need to make adjustments under the deemed branch payment or the double deduction rules described in Chapters 3 and 4 of this report (although there may still be scope for the operation of these rules where the branch jurisdiction permits the branch to join a tax group or provides some other mechanism, which allows the branch expenditure to be set off against non-dual inclusion income)*” - sottolineature aggiunte, ndr.

⁴¹ Infatti, l’OCSE pare ammettere anche l’approccio di “pericolo”.

⁴² In particolare, la tabella riepiloga le fattispecie che hanno la stabile organizzazione quale elemento costitutivo del disallineamento da ibridi e cerca di rappresentare in sintesi: il tipo di disallineamento (D/NI, DD e la necessaria presenza di reddito non a doppia inclusione - RNDI) ed il ruolo che può assumere la “casa madre” o la “stabile organizzazione” (*rectius*: le rispettive giurisdizioni).

Tipo di disallineamento		Branch esente				Taxable branch			
		HO		PE		HO		PE	
	effetto	pagatore	beneficiario	pagatore	beneficiario	pagatore	beneficiario	pagatore	beneficiario
componenti dirottati	D/NI	██████	rilevante	██████	rilevante	██████	██████	██████	██████
stabile disconosciuta	D/NI	██████	rilevante	██████	██████	██████	██████	██████	██████
Internal dealing	D/NI+RNDI	rilevante	rilevante	rilevante	rilevante	██████	rilevante	rilevante	██████
		HO		PE		HO		PE	
		pagatore	investitore	pagatore	investitore	pagatore	investitore	pagatore	investitore
doppia deduzione	DD+RNDI	██████	rilevante	rilevante	██████	██████	rilevante	rilevante	██████

La tabella sintetizza che:

- a) la fattispecie di stabile disconosciuta con effetto di D/NI si può verificare solo con riguardo alla *branch* esente (e casa madre svolge il ruolo di beneficiario);
- b) la fattispecie di componenti dirottati con effetto di D/NI si può verificare solo con riguardo alla *branch* esente (e casa madre e la stabile organizzazione svolgono il ruolo di beneficiario);
- c) la fattispecie dell'*internal dealing* (con effetto di D/NI + la necessaria compensazione con reddito non a doppia inclusione nella giurisdizione del pagatore - RNDI):
 - i) nel contesto della *branch* esente, può avere come pagatore sia casa madre (quanto la stabile organizzazione è beneficiario) che la stabile organizzazione (quando casa madre o altra stabile organizzazione è beneficiario);
 - ii) nel contesto della *taxable branch*, il pagatore può essere solo la stabile organizzazione e, quindi, casa madre (o una altra stabile organizzazione) il beneficiario (e non viceversa⁴³).
- d) la fattispecie di doppia deduzione (con necessaria compensazione con reddito non a doppia inclusione) si può verificare sia con *branch* esente che con *branch taxable* e la stabile organizzazione può essere solo il pagatore e casa madre (HO) l'investitore.

Contributi

Sulla base di quanto sopra illustrato si propongono le seguenti modifiche al testo della bozza di Circolare (si precisa che le note a piè di pagina contenute nella bozza di Circolare non sono riportate):

⁴³ Nel caso in cui l'*internal dealing* tra casa madre e PE configuri un componente positivo di reddito per la PE, infatti, si verifica un effetto di "non deduzione- inclusione" che, come precisato anche nella bozza di circolare può configurare una forma di "reddito a doppia inclusione".

“Le stabili organizzazioni possono dare origine a disallineamenti da ibridi allorché due giurisdizioni hanno una visione fiscale diversa circa l'esistenza o la ripartizione delle entrate o delle spese tra la stabile organizzazione **in esenzione** e la sede centrale dello stesso soggetto **oppure, anche con specifico riguardo alla stabile organizzazione col credito (c.d. taxable branch), qualora si verifichi nella giurisdizione della stabile organizzazione la compensazione tra perdite fiscali locali della stabile organizzazione con reddito non a doppia inclusione**”.

Gli effetti di tali disallineamenti, che come anticipato in premessa sono stati oggetto di uno specifico rapporto OCSE (Report BMA), possono essere sia di tipo D/NI che DD e, in linea di principio, seguono le logiche delle operazioni che coinvolgono entità ibride (dirette o inverse).

A fini descrittivi è opportuno distinguere tra la stabile organizzazione esente (ossia quando nella giurisdizione di casa madre la doppia imposizione è risolta con il metodo dell'esenzione) e dalla stabile organizzazione col credito (ossia quando nella giurisdizione di casa madre la doppia imposizione è risolta con il metodo del credito).

Con riguardo alla stabile in esenzione Un primo effetto di tipo D/NI può verificarsi a causa di divergenze tra due o più Stati nell'attribuzione di componenti positivi di reddito, **dovuti da un pagatore associato**, tra la stabile organizzazione e casa madre. Ciò tipicamente avviene in presenza di attività esercitata in uno Stato per il tramite di una stabile organizzazione in esenzione allorché sussistono conflitti nelle disposizioni fiscali dei due ordinamenti in relazione alle modalità di attribuzione di funzioni, asset e rischi tra casa madre e stabile organizzazione con riferimento all'attività da quest'ultima esercitata nello Stato di localizzazione. Così, ad esempio, se la divergenza riguarda l'attribuzione tra casa madre e stabile organizzazione (esente) di un bene immateriale il cui sfruttamento dà luogo a royalty corrisposte all'impresa da altra società del gruppo (anche residente in uno Stato diverso da quello di localizzazione della stabile organizzazione o di residenza di casa madre) si avrà la deduzione del relativo componente negativo di reddito da parte del soggetto pagatore e la non inclusione del corrispondente componente positivo né nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione, che attribuisce il bene immateriale e, quindi, il componente positivo a casa madre, né nello Stato di residenza di quest'ultima che, viceversa, attribuisce l'uno e l'altro allo Stato di localizzazione della stabile organizzazione **e lo esenta**. È il caso della stabile organizzazione **in esenzione** con componenti di reddito “dirottati” tra casa madre e stabile organizzazione (assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida inversa).

Sempre con riguardo alla stabile organizzazione in esenzione, Un ulteriore effetto di D/NI può derivare dalla presenza di una stabile organizzazione in esenzione riconosciuta dallo Stato della casa madre, ma disconosciuta nello stato di localizzazione. In tale circostanza **e**, infatti, un componente positivo di reddito corrispondente a quello negativo dedotto dal pagatore (ad esempio un'altra società del gruppo) nei confronti dell'entità potrebbe essere attribuito dalla sede principale alla sua stabile organizzazione generando un effetto di deduzione senza inclusione. Tale corrispondente componente positivo di reddito, infatti, non sarà incluso né nello Stato di residenza della sede principale che considera il reddito oggetto di esenzione in quanto realizzato nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione, né nello Stato di presunta localizzazione di quest'ultima, che non ne riconosce l'esistenza e quindi non riscontra un autonomo soggetto passivo d'imposta. È il caso della stabile organizzazione **in esenzione** disconosciuta (parimenti assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida inversa).

Infine, **sempre con riguardo alla stabile organizzazione in esenzione**, un effetto D/NI potrebbe generarsi in virtù di un componente negativo di reddito (cosiddetto “internal dealing”) che si genera per il fatto che lo Stato di localizzazione della stabile organizzazione esente ~~e con credito~~ (oppure lo Stato di residenza della casa madre **con stabile esente**) riconosce la deducibilità di un componente di reddito correlato ad una funzione, asset o rischio che, nella prospettiva dello Stato di residenza o localizzazione del

pagatore (casa madre o stabile organizzazione) è attribuito alla casa madre (o alla stabile organizzazione) e, viceversa, nella prospettiva dello Stato del beneficiario (casa madre o stabile organizzazione) è attribuito alla stabile organizzazione (o alla casa madre). Ne consegue che a fronte di un componente negativo di reddito dedotto dalla stabile organizzazione o dalla casa madre (l'internal dealing appunto) vi è il mancato riconoscimento del correlato componente positivo di reddito nello Stato **del beneficiario della casa madre o della stabile organizzazione e nella giurisdizione del pagatore (stabile organizzazione o casa madre si verifica la compensazione con reddito non a doppia inclusione)**. È il caso degli internal dealing tra casa madre e stabile organizzazione **in esenzione** (assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida diretta pagatrice con componenti reddituali disconosciuti dal socio).

Tale fattispecie può verificarsi anche nel caso di stabile organizzazione con credito ma solo quando l'internal dealing e' dedotto nella giurisdizione della stabile organizzazione (giurisdizione del pagatore) ed è ivi compensato con reddito non a doppia inclusione (ad esempio perché la stabile chiude in perdita e la passa al consolidato fiscale locale in utile) ma nella giurisdizione della casa madre l'internal dealing strutturalmente non assume rilevanza nella determinazione della base imponibile (con assenza di inclusione). È il caso degli internal dealing tra casa madre e stabile organizzazione col credito (assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida diretta pagatrice con componenti reddituali disconosciuti dal socio).

In relazione agli effetti di DD **la fattispecie può verificarsi sia per la stabile in esenzione che per quella col credito**. Per la stabile organizzazione col credito un caso esemplificativo si rinviene nell'ipotesi di una società che opera in un altro Stato per il tramite di una stabile organizzazione con credito che aderisce, nello Stato di localizzazione, ad un regime di consolidato nazionale insieme ad un'altra società del medesimo gruppo, ivi fiscalmente residente. La stabile organizzazione, registra un componente negativo di reddito che genera una perdita fiscale che compensa, tramite il consolidato fiscale, con il reddito **non a doppia inclusione** della suddetta altra società del medesimo gruppo. In detta circostanza, sotto il profilo fiscale, si potrebbe avere che la perdita della stabile organizzazione risulti dedotta sia nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione che in quello di residenza della casa madre. Lo stesso effetto si può produrre anche nel caso di stabile organizzazione in esenzione quando lo stesso componente di reddito è deducibile sia nella giurisdizione di casa madre che in quella della stabile organizzazione (**ove viene compensato con il reddito della stabile in esenzione che non è a doppia inclusione**). È il caso della stabile organizzazione con doppia deduzione assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida diretta pagatrice verso altre entità (del gruppo o meno).”

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 7: norme di prevenzione

Paragrafo della bozza di circolare: par. 2.2.1.

Osservazioni

In merito all'art. 9 del Decreto ATAD la bozza di Circolare precisa che: “*Giova osservare, che nell'attuale contesto ordinamentale la disposizione in commento non dovrebbe trovare applicazione in Italia in quanto, ai fini delle imposte sul reddito, il reddito delle società trasparenti è imputato direttamente ai soci i quali, in caso di residenza all'estero, sono assoggettati a imposizione in Italia in base all'articolo 23, comma 1,*

lettera g) del TUIR, fatta salva l'eventuale e circostanziata applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni sul reddito ed il patrimonio tra l'Italia e lo Stato di residenza fiscale del socio estero, per cui il reddito dell'entità trasparente sarebbe comunque assoggettato a tassazione nello Stato di residenza fiscale del socio con conseguente effetto di inclusione e neutralizzazione del disallineamento."

In merito si propone di valutare di illustrare le conclusioni sopra riportate anche con il riferimento al Report HMA nella parte in cui afferma che un regime fiscale quale quello delle società "trasparenti" italiane non è idoneo a generare l'effetto di D/NI. Ci si riferisce in particolare al par. 153⁴⁴ in cui si afferma che quando lo stato dell'entità trasparente ha un regime che richiede al socio non residente di includere nel proprio imponibile locale (ossia nella giurisdizione dell'entità) il reddito dell'entità trasparente non si verifica alcun effetto di D/NI.

La bozza di Circolare, inoltre, relativamente agli organismi di investimento collettivo del risparmio residenti in Italia afferma anche quanto segue: *"La misura di contrasto in questione non si applica, in ogni caso, per espressa previsione dell'articolo 9, comma 2, agli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti, e quindi residenti, in Italia di cui al comma 5-quinquies dell'articolo 73 del TUIR"*

In merito si propone di precisare che anche tale disposizione nell'attuale contesto ordinamentale non dovrebbe trovare applicazione in Italia in quanto, ai fini delle imposte sul reddito, i citati organismi non sono soggetti ad un regime di trasparenza fiscale ma, viceversa sono, soggetti residenti (opachi) ma esenti di modo che non possono in radice integrare la fattispecie delle entità ibride sia inverse (in quanto enti opachi appunto) che dirette (in quanto quali enti esenti non deducono alcun componente negativo di reddito).

Da ultimo la bozza di Circolare, nell'individuare le norme di prevenzione già presenti nell'ordinamento italiano all'atto dell'emanazione del Decreto ATAD fa riferimento all'art. 44, co. 2, lett a) del TUIR ed al combinato disposto dell'art. 89, co. 3/bis, lettera b) e co. 3/ter.

In merito si sottolinea che entrambe le disposizioni paiono rientrare nell'ambito della REC 1 del Report HMA che invita i legislatori nazionali a disegnare il regime di esenzione dei "dividendi" in modo da non considerare tali le remunerazioni deducibili in capo all'emittente.

Tuttavia, la portata dell'articolo 89, co. 3-bis lettera b) e co. 3-ter, pare più ampia rispetto all'art. 44, co. 2, lett.a), in quanto al ricorrere dei presupposti per l'accesso alla Direttiva "madre-figlia" (declinati nel co. 3/ter) prevede la spettanza della *"dividend exemption"* in capo al soggetto italiano a prescindere dagli ulteriori requisiti richiesti dall'articolo 44, co. 2, lett. a) ed in particolare il c.d. "doppio equity" (ossia la totale correlazione della remunerazione con i risultati economici dell'emittente, dell'affare o di altra società del Gruppo).

Infatti, la citata lett. b) del co. 3/bis dell'art. 89 estende la *"esclusione di cui al comma 2"* (ossia la *"dividend exemption"*) alle *"remunerazioni delle partecipazioni al capitale o al patrimonio e a quelle dei titoli e degli strumenti finanziari di cui all'articolo 44"* all'unica condizione oggettiva⁴⁵ che tale remunerazione (o una "quota" di essa) sia *"non deducibile nella determinazione del reddito del soggetto erogante"*.

⁴⁴ Taxation in the establishment jurisdiction on the basis of source "153. Frequently, in the case of transparent intermediaries such as trusts and partnerships, the establishment jurisdiction will not treat the intermediary as a taxpayer in its own right. Rather, payments that are made to the intermediary will be treated as having been made directly by the underlying partners or beneficiaries in accordance with the allocation mechanics set out in the partnership agreement or trust deed. In these cases such payments may, nevertheless, be brought into account as ordinary income in the establishment jurisdiction because the payments are treated as being sourced in that jurisdiction, either because the payment is made by a person who is a taxpayer in the establishment jurisdiction or because the partnership or trust has a sufficient taxable presence in the establishment jurisdiction to give that income a domestic source. In such cases, provided the establishment jurisdiction taxes such payments on an ordinary basis, the payments should not generally give rise to a D/NI outcome under the reverse hybrid rules".

⁴⁵ Ferme le condizioni soggettive previste dalla Direttiva "madre figlia" (e riepilogate nel co. 3/ter).

Contributi

Sulla base di quanto sopra illustrato si propone:

- per quanto riguarda il regime delle società “trasparenti” Italiane di fare espresso riferimento anche al par. 153 del Report HMA;
- per quanto riguarda gli OICR residenti in Italia di precisare che nell’attuale contesto ordinamentale tali organismi, in contesto *cross-border*, sono da ritenere entità “opache” (ancorché esenti) e quindi non possono integrare né fattispecie di “ibridi inversi” (in quanto entità opache e non trasparenti) né fattispecie di entità ibride dirette (in quanto pur essendo entità opache non possono dedurre alcun componente negativo di reddito in quanto enti “esenti”);
- Per quanto riguarda l’articolo 89, comma 3/bis, lettera b) si propone la seguente formulazione:

*“Anche in tal caso la norma opera intervenendo sulla qualificazione dello strumento finanziario che, nella misura in cui genera proventi **non deducibili** dedotti fiscalmente nello Stato dell'emittente, ~~non può~~ **deve** essere qualificato fiscalmente in Italia, ex lege, come strumento di capitale con la conseguenza che a detti proventi ~~non potrà~~ **dovrà** essere riconosciuto nel nostro ordinamento il trattamento fiscale ordinariamente previsto per i dividendi (dividend exemption).
Viceversa, nella misura in cui lo strumento finanziario genera proventi dedotti fiscalmente nello Stato dell'emittente, tali proventi non potranno essere qualificati fiscalmente in Italia, ex lege, come dividendi con la conseguenza che a detti proventi, in quanto deducibili presso l'emittente, non potrà essere riconosciuto nel nostro ordinamento il trattamento fiscale ordinariamente previsto per i dividendi (dividend exemption).*

Finalità.

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 8: la data di rilevanza di grandezze pregresse

Paragrafi della bozza di circolare: vari

Commenti

La bozza di Circolare, nell’ambito della individuazione della possibile rilevanza di grandezze pregresse chiarisce che, al fine di contenere gli oneri di compliance, assumono rilevanza solo quelle rilevate a partire dal “*periodo d’imposta in corso al 31 dicembre 2016*”.

Al fine di definire tale soglia temporale viene operato il riferimento ai Report OCSE (che appunto indicano pari decorrenza).

In merito, tuttavia, si ritiene opportuno valutare di non fare riferimento alle indicazioni OCSE in quanto le stesse si basano di tutta evidenza sulla data di pubblicazione del Rapporto HMA avvenuta nell’ottobre 2015.

Viceversa, con specifico riferimento al caso italiano, il Decreto ATAD è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale nel mese di dicembre 2018 per cui, *mutatis mutandis*, pare logico adottare, nel rispetto sostanziale delle indicazioni OCSE, la data del 31 dicembre 2019.

Proposta

Si propone di sostituire, ove rilevante nella versione finale della Circolare, il riferimento al 31 dicembre 2016 con il riferimento al 31 dicembre 2019.

Finalità

Contenere gli oneri di *compliance* e fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 9: l'implicita abrogazione del par 12 del Provvedimento BEX

Paragrafi della bozza di circolare: nessuno

Osservazioni

Con l'entrata in vigore del Decreto ATAD è stata introdotta nell'ordinamento italiano una completa disciplina dei disallineamenti da ibridi (ossia un sistema di "*linking rules*" idonee a sterilizzare gli effetti di D/NI e DD). Come noto tale disciplina si applica anche a fattispecie che riguardano operazioni tra soggetto residente in Italia e stabile organizzazione in esenzione all'estero (ex art 168/ter del Tuir).

Nell'ambito della disciplina secondaria di implementazione della "*branch exemption*", il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia⁴⁶ (Provvedimento 165138 del 28/8/2017) al par. 12 ("*Ipotesi di doppia deduzione/doppia esenzione ("mismatching") e altre fattispecie elusive*"), ed in particolare al par. 12.1 prevede quanto segue:

"Se emergono fenomeni di doppia deduzione o doppia esenzione, derivanti da disallineamenti normativi tra l'ordinamento italiano e quello dello Stato o territorio di localizzazione della stabile organizzazione esente, i relativi effetti sono opportunamente sterilizzati al fine di evitare un'erosione della base imponibile italiana."

Si chiede di chiarire che tale par. 12.1 debba ritenersi abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore della disciplina dei disallineamenti da ibridi.

Infatti, gli effetti colpiti (e che secondo il Provvedimento debbono essere "*opportunamente*⁴⁷ *sterilizzati al fine di evitare un'erosione della base imponibile italiana*") consistono nella "*doppia deduzione*" o nella "*doppia esenzione*" (quest'ultima, in ipotesi da assimilare, alla "*deduzione senza inclusione*") ossia gli stessi effetti (di DD o D/NI) già colpiti, al ricorrere delle relative condizioni soggettive ed oggettive, dalla disciplina dei disallineamenti da ibridi.

Qualora, viceversa, si ritenga di dover concludere per la non abrogazione e per l'autonoma rilevanza del citato par 12.1, si chiede di valutare l'opportunità di fornire ai contribuenti chiare indicazioni su quali siano le ulteriori fattispecie (rispetto a quelle che già configurano "disallineamenti da ibridi") che la disposizione intende colpire.⁴⁸

Contributo

Sulla base di quanto sopra rappresentato si propone di chiarire quanto segue:

⁴⁶https://www.agenziaentrate.gov.it/portale/documents/20143/296213/Provvedimento+branch+exemption+28+08+2017_PROVVEDIMENTO+N_165138+DEL+28-08-2017.pdf/bffd8c78-5ddf-017d-8583-49eefea73ace

⁴⁷ Per inciso si nota che al momento mancano indicazioni idonee ad indirizzare il contribuente in merito a quali rimedi siano appropriati per "opportunamente" sterilizzare i suddetti effetti.

⁴⁸ Per altro tali indicazioni parrebbero espressamente richieste dal par 12.2.

A far data dall'entrata in vigore del Decreto ATAD, si ritiene che il par 12.1 del Provvedimento 165138 del 28/8/2017 sia implicitamente abrogato in quanto le relative fattispecie sono interamente coperte dal campo di applicazione delle disposizioni del suddetto Decreto relativamente alla disciplina dei "disallineamenti da ibridi" che producono effetti di "doppia deduzione" o di "deduzione senza inclusione".

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 10: non rilevanza nell'ambito dei *branch mismatch arrangements* delle variazioni fiscali rispetto ad utili (e perdite) attribuiti(e) alla stabile organizzazione

Paragrafi della bozza di circolare: par.1.4; par. 3.1.1.; par. 3.1.2; par.3.2; par.4

Osservazioni

Nell'ambito dei c.d. "*branch mismatch arrangements*" (BMA) l'OCSE illustra e esemplifica i presupposti a cui sono ancorate le reazioni ai disallineamenti che riguardano le stabili organizzazioni.

Come illustrato sopra (cfr. tematica 6) tali fattispecie dovrebbero riguardare i casi enumerati ai numeri 4, 5, 7 ed 8 della lettera r) del co. 1 dell'art. 6 del Decreto ATAD.

Alcune di tali fattispecie, ed in particolare quelle di cui ai numeri 4, 7 ed 8 richiedono di individuare delle grandezze rilevanti in termini di "componenti positivi di reddito" e "componenti negativi di reddito".

Al di là del tema legato alle misure di semplificazione⁴⁹ relative alle stabili organizzazioni complesse (cfr. paragrafo 2 del presente documento con riguardo ai parr. 50 e 93 Report BMA), in questa sede si chiedono chiarimenti circa quale configurazione di "componente di reddito" assuma rilevanza nella identificazione, e misurazione, dei disallineamenti da ibridi che riguardano la stabile organizzazione (e casa madre o altre stabili organizzazioni).

In particolare, nell'assunto che al fine di determinare la base imponibile (ossia il reddito o la perdita fiscale) di una stabile organizzazione⁵⁰ siano necessari due macro-passaggi:

1. in primo luogo, l'attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione ("*profit attribution*", attribuzione comprensiva della identificazione e quantificazione dei c.d. "*internal dealings*") - c.d. identificazione e misurazione del risultato economico della stabile organizzazione (o risultato da rendiconto economico)
2. solo successivamente, applicazione delle regole fiscali che dal risultato da rendiconto economico conducono alla determinazione della base imponibile tramite variazioni fiscali - temporanee e/o permanenti - c.d. determinazione della base imponibile da testo unico locale⁵¹.

⁴⁹ Ossia volte a permettere ai contribuenti di effettuare l'analisi per masse e non "item per item".

⁵⁰ Che può essere la stabile organizzazione estera di un'impresa residente in Italia, la stabile organizzazione in Italia di un'impresa residente all'estero oppure, per gli importati, la stabile organizzazione all'estero di un'impresa residente all'estero.

⁵¹ Ciò è chiarito anche dal Commentario OCSE all'articolo 7 ad in particolare al par. 30: "*30. Paragraph 2 determines the profits that are attributable to a permanent establishment for the purposes of the rule in paragraph 1 that allocates taxing rights on these profits. Once the profits that are attributable to a permanent establishment have been determined in accordance with paragraph 2 of Article*

Si chiede di chiarire che l'analisi e la misurazione dei disallineamenti da ibridi debba, in linea di principio, avvenire sulla base del confronto tra:

- utili e perdite attribuite alla stabile organizzazione vista giurisdizione di casa madre (risultato da rendiconto economico vista casa madre); e
- utili e perdite attribuite alla stabile organizzazione vista giurisdizione della stabile organizzazione

mentre, in linea di principio, non assumono alcuna rilevanza le (anche differenti) variazioni fiscali apportate nelle due diverse giurisdizioni (quella di casa madre e quella della stabile organizzazione).

Tale impostazione, per cui i disallineamenti da stabili organizzazioni, attengono esclusivamente alla fase di “*profit attribution*” emerge chiaramente anche dallo stesso Report OCSE che afferma (si vedano i paragrafi 28 e seguenti intitolati “*Branch mismatch rules only to be applied after ordinary rules for allocating net income to the branch*”):

“Adjustments under the branch mismatch rules should only be made after applying the ordinary domestic rules for allocating branch income, subject to the requirements of any relevant treaty, but including any rules that restrict the scope of the branch exemption in accordance with the specific recommendations set out in Chapter 1. As branch mismatches are the result of taxpayers taking inconsistent positions in two jurisdictions on the same item of income or expenditure, there should generally be no need to apply branch mismatch rules where the taxpayer has adopted consistent positions and consistently applied the same standards to the allocation of branch income in both jurisdictions. The branch mismatch rules are intended to remove any incentive for a taxpayer to take inconsistent positions in respect of where a payment is included or where functions are performed, assets are held and risks are assumed. The rules also eliminate the possibility of a taxpayer offsetting a deduction for the same expenditure against different items of income in two different jurisdictions. By neutralising these tax advantages, it is expected that taxpayers will adopt more consistent and coherent positions on the allocation of income and expenditure between the branch and the head office such that there will be little need to make many adjustments under these rules. Any adjustments under the recommendations set out in this report should not affect the allocation of taxing rights under a tax treaty.”

Tale passaggio, in particolare, evidenzia che i disallineamenti da stabile organizzazione dipendono dalla assunzione, in fase di “*profit attribution*”, di posizioni “non coerenti” (“*inconsistent positions*”) o dalla possibilità di compensare componenti negativi della stabile organizzazione con reddito non a doppia inclusione (“*offsetting a deduction for the same expenditure against different items of income in two different jurisdictions*”).

In altri termini, ciò conferma che i componenti di reddito (positivi o negativi) rilevanti per identificare e misurare i disallineamenti sono quelli che discendono da differenze nella attribuzione di utili e perdite e non invece dalle regole fiscali di determinazione della base imponibile (che potrebbero anche essere differenti).

Stesso discorso vale per i casi di doppia deduzione ove rileva la deducibilità, sia in capo all'investitore che in capo al pagatore, dello “stesso” componente negativo di reddito. Ciò a maggior ragione in base

7. it is for the domestic law of each Contracting State to determine whether and how such profits should be taxed as long as there is conformity with the requirements of paragraph 2 and the other provisions of the Convention. Paragraph 2 does not deal with the issue of whether expenses are deductible when computing the taxable income of the enterprise in either Contracting State. The conditions for the deductibility of expenses are a matter to be determined by domestic law, subject to the provisions of the Convention and, in particular, paragraph 3 of Article 24 (see paragraphs 33 and 34 below). - sottolineatura aggiunta, ndr.

all'approccio di "danno" per cui rileva l'effettiva compensazione nella giurisdizione del pagatore dello stesso - nell'*an* e nel *quantum* - componente negativo di reddito con reddito che non è a "doppia inclusione".

Si pensi al caso della società A Co che opera nella giurisdizione B con stabile organizzazione con credito (A Co PE) e con controllata (B Co).

A Co PE ha ricavi verso terzi per 100 (reddito a doppia inclusione), ammortamenti per 80 e costi per servizi per 20. Il risultato da rendiconto economico è pari a zero ($100 - 80 - 20 = 0$) sia vista casa madre che vista giurisdizione di stabilimento della stabile organizzazione. Tuttavia, nella giurisdizione della stabile organizzazione vi è un regime incentivante (es: super-ammortamento) per cui A Co PE può dedurre ulteriori 20 a titolo di ammortamento, chiudendo in perdita fiscale per -20. Si assuma che tale perdita sia compensata con il reddito di B Co (per 20) nel consolidato locale.

In tale caso si dovrebbe concludere che la doppia deduzione di 100 (80 per ammortamento e 20 da costo per servizi) è interamente compensata con reddito a "doppia inclusione" (i ricavi verso terzi per 100) e, anche per l'importo del super-ammortamento locale (20), non si verifica alcuna "doppia deduzione".

Contributo

Qualora si condivida quanto sopra rappresentato, si chiede di precisare che la identificazione, e la misurazione, dei disallineamenti che riguardano le stabili organizzazioni vada operata con riguardo agli utili (o le perdite) attribuite alla stabile organizzazione (compresi gli *internal dealings*) mentre non assumono a tal fine rilevanza le (eventuali) differenze che discendono esclusivamente dalle diverse regole fiscali locali che, partendo dallo stesso risultato economico attribuito alla stabile organizzazione, comportano variazioni fiscali nell'ambito della determinazione della base imponibile.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 11: non ibridità dei veicoli di cartolarizzazione 130

Paragrafi della bozza di circolare: par. 3.3.1

Osservazioni

Si chiede di chiarire che i veicoli di cartolarizzazione previsti dalla legge 130/1999 non costituiscano, in linea di principio ed in generale, "entità ibride".

In particolare, è noto che tali società, fiscalmente residenti in Italia, non hanno il "*possesso giuridico del reddito*"⁵² derivante dagli asset cartolarizzati (si veda la Circolare del 6 febbraio 2003, n. 8).

⁵² Ci si riferisce al periodo "nel corso della realizzazione delle operazioni" e non al periodo successivo alla "scadenza di ciascuna operazione di cartolarizzazione".

Infatti nel periodo di realizzazione delle singole operazioni "È da escludersi, quindi, l'imponibilità in capo alla società veicolo di eventuali spread di periodo collegati a possibili disallineamenti temporali tra flussi finanziari del patrimonio cartolarizzato relativi all'incasso dei crediti acquisiti e al pagamento dei proventi promessi ai sottoscrittori o derivanti dal reinvestimento delle disponibilità liquide sopravvalenti o ancora provocati dall'indebitamento necessario per far fronte alle scadenze."

È solo dopo la scadenza che "l'eventuale risultato di gestione del portafoglio crediti che residui una volta soddisfatti tutti i creditori del patrimonio separato, e di cui la S.P.V. risulta destinataria, deve essere attratto a tassazione nel momento in cui entra in possesso del percettore, quindi, a scadenza di ciascuna operazione di cartolarizzazione. Soltanto in tale momento, nel caso di specie, maturano le

Tale Circolare, nello specifico, afferma che:

- “il vincolo di destinazione dei patrimoni "segregati", con riferimento a tale peculiare ipotesi, esclude a priori un profilo di possesso del reddito rilevante ai fini tributari”, e che
- il “*conto economico della S.P.V. non risulta influenzato dai flussi attivi e passivi afferenti ai crediti collegati al patrimonio cartolarizzato, sia per sorte capitale che per interessi attivi, né dalle spese sostenute dalla società stessa per la gestione di ciascuna operazione*”
- “*le risultanze dell’attività gestoria devono assumere rilevanza in capo ai medesimi sottoscrittori⁵³ in sede di rimborso del capitale investito*” (ed il cui regime del rendimento dei titoli ABS emessi dalla SPV è quello di “nettisti” o “lordisti” ex decreto legislativo 239/1996).

In altri termini la SPV (nel corso dell’operazione):

- non include i componenti positivi che derivano dagli asset cartolarizzati (es: gli interessi passivi deducibili in capo ai debitori ceduti) - non inclusione per difetto di possesso del reddito;
- non deduce i componenti negativi connessi all’operazione di cartolarizzazione (es: gli interessi passivi che remunerano gli ABS ed il cui regime in capo ai sottoscrittori rientra nel campo di applicazione della 239/1996) - non deduzione per difetto di possesso del reddito.

In merito il punto di partenza è rilevare che la SPV, in base alle illustrazioni OCSE, non è un’entità fiscalmente “trasparente” in Italia secondo l’ordinamento fiscale italiano.

Infatti, secondo le indicazioni OCSE, il regime della “trasparenza fiscale” rilevante ai fini dei disallineamenti da ibridi va individuato secondo la logica evidenziata nel seguente passaggio (par 162 del Report HMA):

“The types of regimes described above should be treated as transparency regimes if the effect of allocating or attributing a payment of ordinary income to the investor results in the payment being taxed under the laws of the establishment jurisdiction as if it had been paid directly to that investor.” (sottolineatura aggiunta, ndr.)

Da quanto è dato comprendere il regime di trasparenza fiscale si individua osservando a quale soggetto la giurisdizione dell’entità (“*establishment jurisdiction*” e nel caso delle SPV 130: l’Italia) attribuisce i componenti di reddito rilevanti. In particolare, l’entità è trasparente se i componenti di reddito dell’entità sono trattati fiscalmente come se tali componenti “*had been paid directly to that investor*”⁵⁴ (ossia: siano considerati come percepiti direttamente dall’investitore).

Nel caso delle SPV 130 gli investitori residenti in Italia non sono i “possessori” del reddito della SPV (ossia agli investitori non vengono fiscalmente imputati i redditi della SPV); a tali investitori, infatti, viene imputata la (differente) remunerazione loro dovuta dalla SPV 130 in base agli ABS (ossia i componenti positivi derivanti dai titoli emessi dalla SPV e che corrispondono a componenti negativi non deducibili dalla SPV stessa).

In base a quanto sopra illustrato si dovrebbe concludere che le SPV 130 non sono entità trasparenti dal punto di vista dell’ordinamento fiscale italiano (e quindi non possono mai essere entità ibride “inverse”⁵⁵) ma entità “opache” (seppur con riguardo al periodo prima della scadenza della

circostanze di certezza nell’an e di determinabilità del *quantum* prescritte dall’articolo 75 del TUIR, affinché un dato componente possa concorrere a formare il reddito imponibile”.

⁵³ Ossia ai sottoscrittori dei titoli (su cui grava “il rischio di credito connesso alla gestione del portafoglio di crediti grava sui sottoscrittori dei titoli”)

⁵⁴ Ciò trova conferma anche nel par. 142 ove si legge: “A person will be treated as tax transparent in respect of a payment where the reverse hybrid attributes or allocates a payment that it has received to an investor and the effect of such attribution or allocation under the laws of the establishment jurisdiction is to treat the payment as it would have been treated had it been paid directly to that investor.”

⁵⁵ Qualora gli investitori esteri (al pari di quelli italiani) considerino tali veicoli come “opachi”.

cartolarizzazione non hanno il “possesso” del reddito e quindi non deducono componenti negativi connessi alla cartolarizzazione stessa).

Inoltre, se si condivide che tali veicoli SPV 130 siano non trasparenti (e quindi “opachi”) per l’ordinamento italiano, non dovrebbe essere configurabile con riguardo alla cartolarizzazione, e prima della scadenza, alcuna “deduzione” (in quanto appunto, ad esempio, la SPV non deduce gli interessi dovuti in base agli ABS emessi).

Contributo

Sulla base di quanto rappresentato si propone di chiarire che i veicoli di cartolarizzazione previsti dalla legge 130/1999 non siano entità ibride ma entità “opache” che, nel corso dell’operazione, non hanno il “possesso” del reddito e, quindi, neppure deducono i componenti negativi connessi alla cartolarizzazione.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 12: maggiori chiarimenti relativamente alla “CFC inclusion” ed alle “distribuzioni” da parte degli ibridi inversi

Paragrafo della bozza di circolare: par.3.1.1.; 3.1.2; par.4.2; par.7

Osservazioni

La bozza di Circolare afferma la rilevanza, a certe condizioni, della c.d. “CFC inclusion” e delle “distribuzioni operate dalle entità ibride inverse” ai propri soci quali forme di “inclusione” (o, per quanto riguarda la CFC, anche di reddito a doppia inclusione) rilevanti nell’ambito dei disallineamenti da ibridi (e quindi idonee a ridurre o risolvere il disallineamento).

Tuttavia, le indicazioni contenute nella bozza di Circolare non paiono fornire specifiche e dettagliate illustrazioni a riguardo.

La “CFC Inclusion”

La bozza di Circolare, in linea con le indicazioni OCSE, attribuisce rilevanza alla “CFC inclusion” sia quale forma alternativa di “inclusione” sia quale forma di “reddito a doppia inclusione”.

Tuttavia, pur operandosi un rinvio alle indicazioni OCSE, non è di immediata comprensione il preciso funzionamento della “CFC inclusion” ai fini dei “disallineamenti da ibridi”.

Si consideri il seguente esempio semplificato.

ITA Co, residente in Italia, sostiene un componente negativo di 100 nei confronti di B Co, residente nella giurisdizione B, in base ad uno strumento finanziario ibrido. ITA Co dovrebbe attivare la reazione primaria per 100.

Tuttavia, A Co, residente nella giurisdizione A, ha attivato nei confronti di B Co la CFC rules prevista nella giurisdizione A. Si assuma che il CFC income imputato alla “parent” A Co ammonti a complessivi 60 (in quanto oltre al componente positivo di 100, corrispondente alla deduzione operata da ITA Co, rilevano anche componenti negativi di 40).

Nel caso di specie si chiede di chiarire se l’inclusione da CFC ammonti a 100 oppure a 60.

Inoltre, si chiede di chiarire, possibilmente con esemplificazioni numeriche, quali altre condizioni debbano essere rispettate.

Inoltre, si chiede di chiarire se quanto illustrato relativamente alla “CFC inclusion” valga anche per il GILTI statunitense.

La distribuzione da parte di entità ibrida inversa

La bozza di Circolare, nel discostarsi dalle indicazioni OCSE⁵⁶, in modo che peraltro si condivide, conclude nel senso della rilevanza, a certe condizioni, delle distribuzioni operate dal *reverse hybrid* ai propri partecipanti.

In particolare, il passaggio rilevante della bozza di Circolare è il seguente:

“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”. Nella nota 37, inoltre, “Sul tema della trasparenza fiscale si rinvia ai seguenti documenti di prassi dell’Agenzia delle entrate: risposta ad interpello n. 156/2020 e risoluzioni 27 gennaio 2006, n. 17/E e 21 aprile 2008, n. 167/E”.

In merito si chiede di chiarire secondo quali criteri possa rivelarsi “*stretta relazione tra dette distribuzioni ed i componenti positivi di reddito associati al disallineamento da ibridi*”. In particolare, si assuma che ITA Co, residente in Italia, sostiene un componente negativo rilevante di 100 nei confronti di B Co, *reverse hybrid* nella giurisdizione B. ITA Co dovrebbe attivare la reazione primaria per 100.

Tuttavia, A Co, partecipante al 100% nel “*reverse hybrid*” e residente nella giurisdizione A, riceve (ed include) la distribuzione per 60 (in quanto oltre al componente positivo di 100, corrispondente alla deduzione operata da ITA Co, vi sono anche componenti negativi di 40 sostenuti dal “*reverse hybrid*”).

Nel caso di specie si chiede di chiarire se la distribuzione (quale inclusione) renda inoperante la reazione primaria per 100 o per altro importo.

Inoltre, si chiede di valutare l’opportunità di non considerare essenziale la previsione di un obbligo statutario e l’assenza di discrezionalità potendo a tal fine bastare l’effettiva distribuzione in fatto.

Contributo

⁵⁶ Secondo il Report HMA infatti le distribuzioni dei “*reverse hybrid*” non assumono rilevanza (si veda il par 156 - Treatment of distributions from a reverse hybrid - ove si legge: “*The reverse hybrid rule will apply even if the investor is ultimately taxed on distributions made by the reverse hybrid. The mere fact that the accrued income of the reverse hybrid will be taxable as ordinary income when it is distributed to the investor will not be sufficient to show that the payment does not give rise to a mismatch. The reverse hybrid rule is intended to neutralise the D/NI outcome that arises at the time the payment is made to the reverse hybrid. The tax treatment of a separate payment that the reverse hybrid makes to the investor at some point in the future (and which may or may not be funded out of the payments caught by the reverse hybrid rule) will generally be too remote from the mismatch to be taken into account for the purposes of the rule.*”

Tuttavia alcune giurisdizioni si sono discostate dall’impostazione OCSE. Un esempio è quello degli Stati Uniti. Si vedano le “*Final regulations*” (<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2020-04-08/pdf/2020-05924.pdf>), ove si chiarisce: “*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.*”

Si chiede di fornire maggiori chiarimenti in merito alla “CFC inclusion” ed alle “distribuzioni” da parte degli ibridi inversi ai partecipanti.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 13: disallineamenti da ibridi e disciplina del transfer pricing

Paragrafi della bozza di circolare: par. 3.1.2.2.

Osservazioni

Un tema rilevante attiene al coordinamento tra la disciplina dei disallineamenti da ibridi e la disciplina del “*transfer pricing*”.

In merito la bozza di Circolare, a commento dell’art 6, co. 2 lett d), chiarisce che la disciplina dei “*prezzi di trasferimento*” non rileva ai fini dei disallineamenti da ibridi con specifico riguardo alle “*mere differenze valutative del medesimo componente di reddito*”.

Tuttavia, la bozza di Circolare non pare affrontare il differente tema del possibile “*concorso*” tra disciplina dei disallineamenti da ibridi e “*transfer pricing*”.

Si pensi al caso dell’esempio 7 (relativo alla stabile disconosciuta) in cui la società B (in ipotesi residente in Italia) “*sostiene un componente negativo deducibile a titolo di royalties nei confronti della società A*” (in ipotesi impresa associata di B e non residente). Si assuma che le royalties pattuite tra la società A e la società B ammontino a 100. Si assuma anche che, a differenza dell’esempio 7, il disallineamento ammonti a soli 50 (in quanto solo parte delle royalties sono attribuite alla stabile disconosciuta).

Si assuma, infine, che le royalties siano dovute per il diritto di utilizzo di un unico intangibile e che “*at arm’s length*” l’importo delle royalties debba essere pari ad 80 (di modo che il contribuente italiano società B debba operare una variazione in aumento ex art 110, co. 7 del tur, pari a 20).

Il tema è se si debba seguire un ordine logico di priorità di applicazione tra “*transfer pricing*” e la disciplina dei “*disallineamenti da ibridi*” (prima il TP e poi gli ibridi, o viceversa).

Prima il TP e poi gli ibridi

La rettifica da TP dovrebbe essere pari a 20 per cui l’importo deducibile residuo ammonterebbe a 80. Di questo importo 50 è comunque incluso in capo al beneficiario. Il disallineamento, quindi, dovrebbe quindi essere misurato per 30 (in ipotesi oggetto di reazione primaria in capo alla Società B quale pagatore).

La rettifica di TP dovrebbe essere pari a 20

La reazione da ibridi dovrebbe essere pari a 30

Prima gli ibridi e poi il TP

La reazione “*primaria*” da ibridi in capo alla società B dovrebbe essere pari a 50 (pari all’importo non incluso dal beneficiario).

Il residuo importo deducibile pari a 50 non dovrebbe essere oggetto di rettifica di TP (in quanto l’importo “*at arms length*” è pari ad 80).

La reazione da ibridi dovrebbe essere pari a 50

La rettifica di TP dovrebbe essere pari a zero.

Contributo

Si chiede di valutare l'opportunità di fornire dei chiarimenti in merito all'ipotesi di "concorso" tra disciplina dei "disallineamenti da ibridi" e "transfer pricing"

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 14: disallineamenti da ibridi e riporto degli interessi eccedenti da articolo 96 Tuir

Paragrafi della bozza di circolare: par.7

Osservazioni

La bozza di Circolare illustra la conclusione raggiunta in merito al rapporto tra la disciplina di limitazione alla deducibilità degli interessi passivi (ex articolo 96 TUIR⁵⁷) e la disciplina dei disallineamenti da ibridi.

In particolare, nella bozza di Circolare si legge quanto segue;

“A riguardo, si ritiene che le norme di reazione siano da applicare prioritariamente rispetto all'articolo 96 del TUIR. Ciò in quanto le prime operano direttamente sui singoli componenti negativi di reddito, neutralizzando gli effetti derivanti da disallineamenti ibridi e quindi incidendo sull'ammontare degli interessi passivi potenzialmente deducibili che è posto a base del calcolo di detta eccedenza. “

Tale conclusione pare in linea con le conclusioni raggiunte a livello OCSE (vedi par 317⁵⁸ del Report HMA 2015) in cui si raccomanda di applicare prima le regole anti-ibridi e poi le regole di limitazione alla deducibilità degli interessi passivi.

Tuttavia, nel successivo paragrafo della bozza di Circolare, si legge quanto segue:

“Per altro verso, la prioritaria applicazione delle norme di reazione vale anche in riferimento agli interessi passivi ed agli oneri finanziari assimilati riportabili ai sensi del comma 5 dell'articolo 96 del TUIR. Tuttavia, per esigenze di semplificazione e per evitare oneri da adempimento per i contribuenti non proporzionali si ritiene, coerentemente con le raccomandazioni contenute nei rapporti OCSE, che sono da considerare irrilevanti agli interessi passivi e agli oneri finanziari assimilati maturati fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2016.”

Il tema degli interessi passivi riportabili, in particolare, in base alla prioritaria applicazione della disciplina degli ibridi rispetto gli ibridi rispetto all'art. 96, non si dovrebbe porre a regime (ossia per gli interessi passivi maturati a partire dal 1/1/2020, per i soggetti con periodo solare). Se infatti un interesse è riportabile in avanti da un soggetto passivo significa che ha superato le limitazioni derivanti dalla disciplina degli ibridi (considerata la prioritaria applicazione di tale ultima disciplina).

⁵⁷ Ma lo stesso dovrebbe valere anche per analoghe discipline estere nel caso in cui il pagatore sia un soggetto non residente.

⁵⁸ In particolare rileva il seguente passaggio: “Rules to address hybrid mismatch arrangements should be applied by an entity before the fixed ratio rule and group ratio rule to determine an entity's total net interest expense. Once this total net interest expense figure has been determined, the fixed ratio rule and group ratio rule should be applied to establish whether the full amount may be deducted, or to what extent net interest expense should be disallowed.”

Se invece gli interessi passivi riportabili originano da (ossia sono maturati in) periodi di imposta che precedono l'entrata in vigore della disciplina degli ibridi, proprio la considerazione della prioritaria applicazione degli ibridi⁵⁹ (tuttavia non applicabili in periodi d'imposta antecedenti all'entrata in vigore della disciplina), dovrebbe condurre a ritenere non attivabile alcun effetto "retrospettivo" della disciplina. In altri termini, dovendo considerare gli interessi passivi riportati in avanti come già dedotti in precedenti periodi d'imposta ai fini degli ibridi, tali interessi non dovrebbero essere oggetto di un secondo scrutinio a partire dal 1/1/2020.

Su tali basi si propone di chiarire che gli "interessi passivi" riportabili da un soggetto passivo non debbono essere analizzati retrospettivamente.

In ogni caso, qualora non si condivida quanto illustrato, secondo quanto proposto nella tematica 8, si propone di fare riferimento non al 31/12/2016 ma al 31/12/2019.

Contributo

Chiarire che gli interessi passivi maturati prima del 1/1/2020 ed oggetto di riporto in avanti ex art. 96 del tuir non debbano formare oggetto di un ulteriore scrutinio.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 15: REPO diversi da quelli "net-paying"

Paragrafi della bozza di circolare: par.8.2

Osservazioni

La bozza di Circolare nell'ambito degli esempi tratta il caso del "Net-Paying REPO" (Esempio 3).

In tale esempio viene chiarito che, secondo le indicazioni OCSE, il "pagatore" è il cedente a pronti ed il "beneficiario" è l'acquirente a pronti⁶⁰.

Si chiede di valutare l'opportunità di prevedere un ulteriore esempio relativo ad un REPO che non sia "Net-Paying" ed in cui il "prezzo a pronti" non coincida con il "prezzo a termine" (ed in cui, quindi, l'interesse sul finanziamento non coincida con il dividendo trattenuto dall'acquirente a pronti, come avviene nell'esempio relativo al "Net-Paying REPO").

Contributi

Si chiede di illustrare le modalità di applicazione della disciplina in caso di REPO che non sia "Net-Paying" in cui la remunerazione dovuta in base allo strumento oggetto del trasferimento coincida con l'interesse dovuto in base al finanziamento.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

⁵⁹ Che in ultima analisi comporta che gli interessi passivi sono da considerare deducibili ai fini degli ibridi anche se potenzialmente non deducibili in base all'articolo 96. Si veda in merito il par 291 del Report OCSE secondo cui "The tax position of the borrower under a general interest limitation rule is not relevant to a determination of whether the payment is deductible for the purposes of the hybrid financial instrument rule".

⁶⁰ A differenza del mutuo titoli ove il "pagatore" è il soggetto che sostiene il "manufactured payment" (borrower del titolo) mentre il "beneficiario" è il soggetto che riceve in "manufactured payment" (lender del titolo).

Tematica 16: trasferimenti ibridi su titoli del debito pubblico italiano: conferma della assoluta irrilevanza

Paragrafi della bozza di circolare: par. 1.2; par.3.3.1; par.4.2; par.5.1

Osservazioni

La bozza di Circolare illustra e descrive i “trasferimenti ibridi”. Si propone di chiarire che i “trasferimenti ibridi” aventi ad oggetto titoli del debito pubblico italiano, in linea di principio, non possono dare vita nell’ordinamento italiano a fattispecie rilevanti di D/NI o di “*double dip*”.

Infatti, qualora un soggetto residente (o stabilito) in Italia sia l’entità cui viene imputato fiscalmente l’interesse (la cedola) sul titolo del debito pubblico italiano oggetto del trasferimento “ibrido” si dovrebbe rilevare:

- 1) che in capo al soggetto residente (o stabilito) in Italia l’interesse sarà sempre ordinariamente imponibile (e ciò esclude il ricorrere di un disallineamento del tipo D/NI);
- 2) che in capo al soggetto residente (o stabilito) in Italia non potrà mai verificarsi la duplicazione del credito per imposte estere (in quanto l’eventuale imposta sostitutiva dovuta ex 239/1996 è un’imposta italiana).

Contributi

Si chiede di chiarire che nel caso in cui un “trasferimento ibrido” abbia ad oggetto un titolo del debito pubblico italiano in capo al “soggetto passivo” non siano configurabili disallineamenti (ossia effetti di D/NI) o di duplicazione del credito per imposte estere (c.d. *double dip*)

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 17: condizioni per assimilazione del GILTI *inclusion* a CFC *inclusion* e della disciplina delle “*dual consolidated losses*” USA alle reazioni ATAD

Paragrafi della bozza di circolare: par.3.1.1.; 3.1.2; par.4.2

Osservazioni

Un tema molto rilevante in concreto attiene all’interazione della disciplina dei disallineamenti da ibridi con istituti dell’ordinamento statunitense quali il regime GILTI e il regime delle “*dual consolidated losses*” (DCL).

In merito al GILTI si rinvia alla tematica 12.

Per quanto riguarda il regime USA delle “*dual consolidated loss*” (DCL) si nota che alcune giurisdizioni (ad esempio l’Irlanda⁶¹) hanno ritenuto le regole DCL assimilabili alla disciplina dei disallineamenti da ibridi

⁶¹ Cfr. “Guidance on the anti-hybrid rules” (<https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/tdm/income-tax-capital-gains-tax-corporation-tax/part-35c/35C-00-01.pdf>) ove si legge: The dual consolidated loss (DCL) rules were enacted to address situations where a US domestic corporation, that was treated as dual resident, could effectively double dip a single economic loss, once to offset income subject to US tax and a second time to offset income that is subject to foreign tax. As the DCL rules target the issue of double deductions they are regarded as having similar effect to the anti-hybrid rules. (sottolineatura aggiunta, ndr)

relative alle “doppie deduzioni”. Ciò implica che, qualora un’entità USA sia l’investitore in una fattispecie di “doppia deduzione” e tutta, o parte, della “doppia deduzione” sia sterilizzata dall’operare di tali regole in USA, se ne possa tenere conto nell’attivazione (e misurazione) della reazione secondaria in Italia.

Contributi

Si chiedono chiarimenti in merito al trattamento degli istituti del GILTI e del regime “*dual consolidated loss*” nel contesto dei disallineamenti da ibridi.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 18: precisazioni in merito alle società ex art 5 tuir

Paragrafi della bozza di circolare: par.2.1

Osservazioni

Nella nozione di “soggetto passivo” ai fini dei disallineamenti da ibridi il Decreto, come ribadito anche dalla bozza di Circolare, “*le società di cui all’articolo 5 del TUIR, con esclusione delle società semplici e soggetti ad esse assimilate*”.

Per altro la bozza di Circolare, in linea con la relazione al Decreto, chiarisce che tali entità non possono dare vita a disallineamenti da “ibridi inversi”.

In merito si propone di chiarire se le suddette entità ex art. 5 del tuir possano, ed a quali condizioni, essere configurate quale entità ibride “dirette” (ossia trattate come opache in Italia) qualora il socio estero le consideri trasparenti (con riguardo alla fattispecie di cui all’art. 6, co. 1, lett. r), n. 7).

In merito, ad esito di una prima analisi, emerge che tali società non possono mai partecipare a regimi fiscali italiani (ad esempio il consolidato fiscale o altri regimi di compensazione intersoggettiva delle perdite) che comportino forme di confusione del relativo imponibile (perdita) con altre entità residenti in Italia (che non siano socie) in modo da poter compensare tale imponibile (perdita) con reddito “non” a doppia inclusione.

Contributi

Si chiede conferma che le società ex art. 5 del TUIR quali “soggetti passivi” ai fini dei disallineamenti da ibridi, in quanto non possono compensare le proprie perdite con i redditi di altri soggetti italiani (che non siano anche soci diretti), non sono idonee, almeno di fatto, ad integrare la fattispecie di cui art. 6, co. 1, lett. r), n. 7, per radicale assenza di reddito “non” a doppia inclusione.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 19: il demoltiplicatore

Paragrafi della bozza di circolare: par.3.3.1

Osservazioni

La bozza di Circolare afferma che *“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 del demoltiplicazione ai fini del calcolo della percentuale di partecipazione.”*

La descritta posizione ha come conseguenza l’allargamento del campo di applicazione sia relativamente agli ibridi diretti che con riguardo agli importati.

In merito si propone di valutare l’opportunità di seguire le indicazioni dell’OCSE e ciò anche sulla base del Considerando ATAD secondo cui i Report OCSE dovrebbero servire da guida nell’applicazione della disciplina degli ibridi. In particolare, si dovrebbe ritenere che non osta all’adozione del “demoltiplicatore” l’assenza di una espressa previsione nei testi normativi (della ATAD e del Decreto) a fronte della chiara volontà di seguire le indicazioni OCSE.

Contributi

Sulla base di quanto sopra rappresentato si propone l’opportunità di valutare di seguire le indicazioni OCSE in merito al “demoltiplicatore” in modo da non allargare eccessivamente il campo di applicazione della disciplina dei disallineamenti da ibridi (con impatto anche sugli ibridi importati).

Finalità

Mantenere laddove possibile il campo di applicazione della disciplina in linea con le indicazioni OCSE al fine di bilanciare oneri di compliance e profili di attrattività pur nel rispetto del livello minimo di protezione previsto dalla ATAD.

Tematica 20: il Decreto ATAD come pietra di paragone (invece del full set di regole OECD)

Paragrafi della bozza di circolare: par.2.2.2; par.4.3;

Osservazioni

La bozza di Circolare, nell’illustrare la natura della disciplina dei disallineamenti da ibridi chiarisce che tale disciplina attiene a differenze tra ordinamenti fiscali (e non invece direttamente ai comportamenti dei contribuenti).

Nel contesto del coordinamento tra reazione “primaria” e reazione “secondaria” ed anche dei presupposti di attivazione della disciplina degli “importati”, la bozza di Circolare precisa che la “pietra di paragone” con cui confrontare la disciplina estera anti-ibridi è costituita dalla disciplina del “Decreto ATAD” (e non, invece, della ATAD o dei Report OCSE).

Tale impostazione, per quanto razionale ha la concreta conseguenza di ampliare in potenza le fattispecie di disallineamenti da ibridi per ogni pur minima differenza che possa riscontrarsi tra il Decreto ATAD e le discipline anti-ibridi estere (di giurisdizioni UE o extra UE).

In merito l'impostazione raccomandata dall'OCSE pare differente in quanto, relativamente al coordinamento tra reazione primaria e reazione secondaria invita gli Stati ad avere fiducia reciproca in quanto *"when applying these rules under their domestic laws, tax administrations will be implicitly relying on the tax outcomes (including any hybrid mismatch rules) applying under the laws of the other jurisdiction in order to arrive at the right legal and policy outcome"*⁶².

Parimenti, in merito agli "importati", l'OCSE chiaramente afferma che tale disciplina *"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"*⁶³.

Su tali basi si propone di valutare l'opportunità di avere come pietra di paragone nel coordinamento tra reazione primaria e reazione secondaria non tanto il livello di protezione previsto dal Decreto ma quello previsto dalle disposizioni della ATAD (da assumere, in linea generale, rispettoso dal livello minimo di protezione previsto dalla ATAD). Parimenti per quanto riguarda i disallineamenti da importati.

Contributi

Sulla base di quanto sopra rappresentato si propone quanto segue (ci si riferisce a titolo esemplificativo ad un passaggio relativo agli ibridi di primo livello ed ad un passaggio relativo ai disallineamenti da ibridi importati):

Ibridi di primo livello

*"Ciò non potrà verificarsi qualora lo Stato estero abbia adottato soluzioni non conformi a quelle accolte dal Legislatore italiano e, ~~in linea generale~~ **in particolare**, con riguardo al livello minimo di protezione previsto 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 **secondo il livello minimo di protezione previsto dalla Direttiva ATAD (e tenuto conto dei chiarimenti contenuti nei reports HMA and BMA per quanto applicabili)**.*

Importati

*A riguardo, tuttavia, 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 dallo **standard minimo contenuto fatto proprio dalla ATAD (e tenuto conto dei chiarimenti contenuti nei reports HMA and BMA per quanto applicabili)** 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 dalla ~~Decreto~~ ATAD.*

Finalità

⁶² Cfr. par. 313 del Report HMA 2015.

⁶³ Cfr. par 234 del Report HMA. Il medesimo concetto è anche ribadito nel par. 268, come segue: *"The imported mismatch rule therefore 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"*.

Mantenere laddove possibile il campo di applicazione della disciplina in linea con le indicazioni OCSE al fine di bilanciare oneri di compliance e profili di attrattività pur nel rispetto del livello minimo di protezione previsto dalla ATAD.

Tematica 21: non rilevanza quale deduzione in capo al pagatore di eventuali sgravi fiscali connessi alla remunerazione di uno strumento finanziario

Paragrafi della bozza di circolare: par.3.1.2; 3.1.2.1

Osservazioni

Nell'ambito dell'illustrazione della disciplina degli strumenti finanziari ibridi, nel chiarire la nozione di "deduzione" il Report OCSE afferma che rilevi quale forma di deduzione in capo al pagatore anche la spettanza di "equivalent tax relief" (cfr. la definizione di "deduction"⁶⁴ contenuta nella REC 12 del Report HMA). La nozione di "equivalent tax relief" è poi illustrata nell'esempio 1.11 ("Tax relief equivalent to a deduction" ed in particolare nei relativi par. 12⁶⁵ e 13).

La nozione di deduzione dettata dal Decreto ATAD, in linea con la Direttiva TAD, è contenuta nell'art. 6, co. 1, lett. d): «*deduzione*», *l'importo considerato deducibile ai fini delle imposte sui redditi a norma delle leggi della giurisdizione del pagatore o dell'investitore. Il termine «deducibile» va interpretato di conseguenza;*»

Il tenore letterale della nozione di deduzione prevista dal Decreto ATAD non dovrebbe permettere di estendere la nozione stessa agli "equivalent tax relief".

Contributi

Si chiede di confermare che nell'ambito del Decreto ATAD la nozione di "deduzione" vada interpretata in modo da non considerare come una forma di "deduzione" gli sgravi fiscali nella giurisdizione del pagatore.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

⁶⁴ La definizione di "deduction" è la seguente: "Deduction (including deductible), in respect of a payment, means that, after a proper determination of the character and treatment of the payment under the laws of the payer jurisdiction, the payment is taken into account as a deduction or equivalent tax relief under the laws of that jurisdiction in calculating the taxpayer's net income." - sottolineatura aggiunta, ndr.

⁶⁵ Si riporta il testo del par. 12: "A payment will be treated as deductible under the laws of the payer jurisdiction if it is applied, or can be applied, to reduce a taxpayer's net income. While B Co's dividend payment cannot be deducted directly from B Co's income, the concept of "deductible", for the purposes of the hybrid mismatch rules, also extends to payments that trigger other types of "equivalent tax relief". The tax credit or refund granted to B Co or its shareholder is equivalent to granting B Co a deduction for a dividend payment because it has the same net effect of reducing the overall amount of tax payable on B Co's net operating income." - sottolineatura aggiunta, ndr.

Tematica 22: assenza di causa ibrida se manca la giurisdizione del beneficiario (“no tax jurisdiction”)

Paragrafi della bozza di circolare: par.1.1; par.3.1.2; 3.1.2.1

Osservazioni

La bozza di Circolare nell’illustrare i presupposti che integrano un “disallineamento da ibridi” chiarisce, con specifico riguardo alla “deduzione senza inclusione”, che deve farsi specifico riferimento alla giurisdizione del pagatore e, contemporaneamente, alla diversa giurisdizione del beneficiario.

In merito, secondo le indicazioni OCSE contenute nel par. 387⁶⁶ e nell’esempio 1.6 del Report HMA 2015, non sarà configurabile un “disallineamento da ibridi” nel caso in cui il beneficiario sia localizzato in una giurisdizione che non ha un sistema fiscale (“no-tax jurisdiction”) in quanto “the recipient of the interest payment is not a taxpayer in any jurisdiction and, accordingly, there is no payee jurisdiction where the payment can be included in income” con la conseguenza che il caso “does not fall within the language or intended scope of the hybrid financial instrument rule” (si veda in particolare il par 4 del citato esempio 1.6).

Contributi

Si chiedere di confermare che nel caso in cui il beneficiario sia localizzato in una giurisdizione che non ha un sistema fiscale (“no-tax jurisdiction”), in assenza di una giurisdizione del beneficiario, non sia configurabile un disallineamento da ibridi.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l’operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 23: completa declinazione dell’ordine di applicazione di tutte le fattispecie (OCSE affronta solo il tema nel Report HMA 2015)

Paragrafi della bozza di circolare: par.4

Osservazioni

Le fattispecie di disallineamenti da ibridi sono tipizzate negli articoli 6, co. 1 lett. t, numeri da 1 a 8, 10, commi 1 e 2, e 8 comma 3 del Decreto.

Come illustrato nel Report OCSE HMA 2015 è necessario definire un ordine di applicazione delle suddette fattispecie per affrontare i possibili casi di concorso. In particolare, nel par 286 del citato report si legge:

286. 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);

⁶⁶ Tale paragrafo (intitolato “Entity located in a no tax jurisdiction”) chiarisce che: “The recommendations in the report with respect to D/NI arrangements are not intended to capture payments made to a person resident in a no-tax jurisdiction. As illustrated in Example 1.6 a payment will not be treated as giving rise to a D/NI outcome if it is received by a person who is not subject to tax in any jurisdiction.”

(c) *Imported mismatch rule (Recommendation 8); and*

(d) *Deductible hybrid payments rule (Recommendation 6) and dual resident entity rule (Recommendation 7).*

Tuttavia, come noto, il Report del 2015 non affronta alcune fattispecie caratterizzate dalla necessaria presenza della stabile organizzazione illustrate nel Report BMA del 2015. Tali ultime fattispecie, comunque, sono espressamente disegnate secondo la logica delle fattispecie che riguardano le entità ibridi (dirette o inverse).

Su queste basi, con riserve di approfondimento, si propone di valutare l'opportunità di chiarire che le fattispecie di disallineamento di ibridi vadano in generale applicate in base al seguente ordine:

Fattispecie	Base normativa
Strumenti finanziari ibridi (compresi i trasferimenti ibridi)	art 6, co. 1 lett. r, n. 1 e 2
Ibrido inverso - PE disconosciuta - componente dirottato a PE in esenzione - componente nozionale da PE - ibrido diretto pagatore	art 6, co. 1 lett. r, n. 3, 4, 5, 6 e 7
Importati	art. 8, co 3
doppia deduzione da PE o ibrido diretto o da doppia residenza	art 6, co. 1 lett. r, n. 8 e art 10, co. 1 e 2

Contributi

Si propone di chiarire, secondo quanto sopra indicato, l'ordine di priorità di applicazione delle fattispecie di "disallineamenti da ibridi" previste dal Decreto ATAD.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 24: gli importati e l'adeguamento equivalente con l'effetto di neutralizzare da intendere in termini normativi e non di comportamento del contribuente

Paragrafi della bozza di circolare: par.4.3

Osservazioni

La disciplina dei disallineamenti importati, sulla base dell'articolo 9, co. 3, della Direttiva ATAD, è dettata dall'art. 8, co. 3, del Decreto (si riportano sotto i due testi normativi):

Direttiva ATAD art 9, co. 3	Decreto ATAD art. 8, co. 3
Uno Stato membro nega la deduzione per un pagamento da parte di un contribuente.	Non e' consentita la deduzione di un componente negativo di reddito da parte di un soggetto passivo
nella misura in cui esso finanzia, direttamente o indirettamente, spese deducibili che generano un disallineamento da ibridi mediante una transazione o serie di transazioni tra imprese associate o che sono parti di un accordo strutturato,	nella misura in cui esso finanzia, direttamente o indirettamente, oneri deducibili che generano un disallineamento da ibridi mediante una transazione o serie di transazioni tra imprese associate o che sono parti di un accordo strutturato.
salvo se una delle giurisdizioni coinvolte nella transazione o serie di transazioni ha effettuato un adeguamento equivalente rispetto al disallineamento da ibridi in questione	In deroga a quanto riportato nel periodo precedente, il componente negativo di reddito sostenuto o che si ritiene sia sostenuto da un soggetto passivo è deducibile se e nella misura in cui uno degli Stati di residenza o di localizzazione dei soggetti coinvolti nella transazione o nella serie di transazioni abbia effettuato un adeguamento equivalente con l'effetto di neutralizzare il disallineamento da ibridi in questione.

Si noti che la principale differenza letterale tra la disciplina ATAD e la disciplina del Decreto attiene all'ultima parte della disposizione in quanto la prima (la ATAD) richiede di non attivare la negazione della deduzione *“se una delle giurisdizioni coinvolte nella transazione o serie di transazioni ha effettuato un adeguamento equivalente”* mentre la seconda (quella del Decreto) si esprime in termini di *“deroga”* alla indeducibilità *“se e nella misura in cui uno degli Stati di residenza o di localizzazione dei soggetti coinvolti nella transazione o nella serie di transazioni abbia effettuato un adeguamento equivalente con l'effetto di neutralizzare il disallineamento da ibridi”*.

In particolare, di particolare rilevanza, è la comunanza del riferimento ad un *“adeguamento equivalente”* ma solo il Decreto richiede che tale adeguamento equivalente abbia *“l'effetto di neutralizzare il disallineamento da ibridi”*.

In merito si propone di chiarire che, anche nel contesto degli importati, debba aversi riferimento a quanto chiarito in merito alla reazione secondaria (si veda pag. 23 della bozza di Circolare) con riguardo al fatto che la disciplina anti ibridi (e quindi anche il regime degli importati) guarda al *“coordinamento tra gli ordinamenti tributari degli Stati interessati dal fenomeno ibrido”* fondato sul presupposto che le altre giurisdizioni interessate dal disallineamento ibrido abbiano *“adottato un sistema di norme”* idonee a rimuovere *“i disallineamenti tra sistemi giuridici da cui derivano effetti fiscali da ibridi”* mentre non rilevi la *“la diversa fattispecie della mancata applicazione di una specifica disposizione esistente, conseguente ad un inadempimento da parte del soggetto ivi localizzato e tenuto ad applicarla”*.

Contributi

Sulla base di quanto sopra rappresentato si propone di chiarire che nell'ambito dei disallineamenti da ibridi importati l'*adeguamento equivalente* previsto dal co. 3 dell'art. 8 del Decreto ATAD vada interpretato nel senso di richiedere che le giurisdizioni estere abbiano "*adottato un sistema di norme*" idonee a rimuovere "*i disallineamenti tra sistemi giuridici da cui derivano effetti fiscali da ibridi*" mentre non rilevi la "*la diversa fattispecie della mancata applicazione di una specifica disposizione esistente, conseguente ad un inadempimento da parte del soggetto ivi localizzato e tenuto ad applicarla*".

Inoltre, nel contesto del contenimento degli oneri di compliance e della competitività del sistema Paese, si propone di valutare che, nell'ambito dei disallineamenti da ibridi importati, il punto di riferimento per l'attivazione delle reazioni non sia costituito dalle soluzioni adottate nel Decreto ATAD ma si debba fare riferimento allo standard minimo contenuto fatto proprio dalla ATAD (e tenuto conto dei chiarimenti contenuti nei reports HMA and BMA per quanto applicabili- *cf.* anche tematica 20)

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 25: chiarimento se, relativamente all'art 10 del Decreto ATAD, valga approccio di danno o quello di pericolo

Paragrafi della bozza di circolare: par.5.2

Osservazioni

La bozza di Circolare, in linea con la relazione al Decreto ATAD, illustra l'approccio di "*danno*" con specifico riguardo alle fattispecie (previste dall'art 6, co. 1, lett. r, n. 6, 7 e 8) per cui la reazione deve essere attivata solo nel periodo di imposta e nella misura in cui la deduzione siano compensata nella giurisdizione del pagatore con componenti di reddito che "non" sono a doppia inclusione (secondo quanto espressamente previsto dall'art 6, co. 2, lett b: "*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*").

Nella parte dedicata al commento dell'art. 10, si legge:

- a pagina 81, il riferimento che "*avvenga la compensazione della deduzione con un reddito non a doppia inclusione*" o anche la necessità che la deduzione "*è compensata nell'altro Stato con un reddito non a doppia inclusione*" - secondo l'approccio di "danno" (sottolineatura aggiunta, *ndr.*);
- a pagina 82, il rinvio al testo dell'art 10 secondo cui la reazione deve scattare quando "*la deduzione non è ivi compensata da un reddito a doppia inclusione*" - secondo l'approccio di "pericolo" (sottolineatura aggiunta, *ndr.*).

In merito si chiede di chiarire se nell'ambito dell'art 10 del Decreto ATAD debba trovare applicazione l'approccio di danno (in linea con quanto previsto per le altre fattispecie di "doppia deduzione" e secondo cui la reazione deve trovare applicazione solo quando, e nella misura in cui, nella giurisdizione rilevante la deduzione è effettivamente utilizzata contro reddito "non" a doppia inclusione) o se, invece, sulla base del tenore letterale dell'articolo 10 debba trovare applicazione l'approccio di pericolo (secondo cui la reazione deve trovare applicazione ogni qualvolta, e nella misura in cui, nella giurisdizione rilevante la deduzione non è effettivamente utilizzata contro con reddito a doppia inclusione)

Contributi

Si chiede di chiarire se nell'ambito dell'art. 10 del Decreto ATAD debba trovare o meno applicazione l'approccio di "danno".

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 26: estrema difficoltà operativa di implementare l'effetto di disallineamenti da ibridi nella disciplina CFC

Paragrafi della bozza di circolare: par.3.1.1.; 3.1.2; par.4.2; par.7

Osservazioni

La bozza di Circolare, sulla base del co. 7 dell'art. 167 del TUIR, in base al quale le grandezze rilevanti per la determinazione del "CFC income" debbono essere determinate applicando la disciplina valevole per gli imprenditori residenti, e del comma 4 del medesimo articolo, in base al quale il "tax rate" virtuale domestico deve essere determinato parimenti sulla base delle regole vevoli per gli imprenditori residenti, conclude nel senso che la disciplina anti ibridi debba trovare applicazione anche nel contesto della disciplina CFC (c.d. "impatto degli ibridi sulla CFC"⁶⁷).

In premessa si rileva che il tema dell'impatto degli ibridi sulla CFC è inedito a livello ATAD e quindi si potrebbe concludere che ecceda il livello minimo di protezione fissato dalla Direttiva.

L'impatto degli ibridi sulla CFC, al di là di ogni altra considerazione di natura tecnica, eleva di molto il livello di complessità del regime CFC in quanto richiede di svolgere analisi "virtuali" in capo ad un soggetto non residente (la controllata estera) da considerare virtualmente residente in Italia. Tale livello di complessità aumenta ancor più pensando all'innesto della disciplina degli importati nel contesto della disciplina CFC.

Su tali basi si sottopone l'opportunità di valutare di concludere nel senso che nel contesto della disciplina CFC la disciplina degli ibridi non debba trovare applicazione né nell'ambito dell'ETR test né nell'ambito della determinazione del CFC income.

La ragione tecnica dovrebbe risiedere nella rilevata priorità di applicazione che deve essere accordata, anche nell'ambito del coordinamento internazionale necessariamente richiesto dal funzionamento delle "linking rules"⁶⁸, alla disciplina CFC rispetto alla disciplina degli ibridi di modo che si creerebbe un corto circuito (dovendo prima trovare applicazione la disciplina CFC, con all'interno quella degli ibridi, e poi quella degli ibridi, con all'interno quella CFC).

⁶⁷ Profilo da tenere distinto rispetto a quello dell'impatto della CFC sugli ibridi (su cui vedi le tematiche 12 e 17) potendo, a certe condizioni, il "CFC income" costituire una forma di "inclusione" o di "reddito a doppia inclusione". Per altro, il fatto che la disciplina CFC possa avere un impatto sulla disciplina degli ibridi (in termini di configurazione di una forma di inclusione o di reddito a doppia inclusione) implica necessariamente che la disciplina CFC vada applicata con priorità rispetto alla disciplina degli ibridi.

⁶⁸ Si veda a titolo meramente indicativo quanto specificato a livello OCSE nell'ambito dei "design principles" (si veda ad esempio l'Executive summary, pag 12 ("The report recognises the importance of co-ordination in the implementation and application of the hybrid mismatch rules to ensure that the rules are effective and to minimise compliance and administration costs for taxpayers and tax administrations. To this end, it sets out a common set of design principles and defined terms intended to ensure consistency in the application of the rules".) ed il par. 272 ("Co-ordination of the rules is important because it ensures predictability of outcomes for taxpayers and avoids the risk of double taxation. Co-ordination can be achieved by ensuring that countries implement the recommendations set out in the report consistently and that tax administrations interpret and apply those rules in the same way").

Inoltre, l'innesto degli ibridi nella CFC potrebbe molto probabilmente dare vita a fenomeni di multipla imposizione difficili da prevedere e impedire in concreto. Si pensi ai casi in cui un ibrido originariamente identificato venga successivamente rimosso (per il sopravvenire della "inclusione" o di reddito a doppia inclusione) o alle necessità di coordinare la disciplina degli ibridi importati con l'"*impatto degli ibridi sulla CFC*".

Contributi

Si propone di valutare la possibilità di riconoscere che, in base alla priorità della CFC rules rispetto alla disciplina dei disallineamenti da ibridi, si debba escludere ogni forma di "*impatto degli ibridi sulla CFC*".

Finalità

Mantenere laddove possibile il campo di applicazione della disciplina in linea con le indicazioni OCSE al fine di bilanciare oneri di compliance e profili di attrattività pur nel rispetto del livello minimo di protezione previsto dalla ATAD.

Tematica 27: coordinamento tra le modalità di funzionamento della BEX italiana (contabilità separata e variazioni nel quadro RF) e la disciplina dei disallineamenti da ibridi

Paragrafi della bozza di circolare: par.7

Osservazioni

Il tema che si vuole affrontare attiene al funzionamento dichiarativo della *branch exemption* ex. art. 168/ter.

In base al testo dell'articolo 168/ter, alle previsioni del Provvedimento B.ex ed alle istruzioni della dichiarazione dei redditi, emerge che la modalità di fruizione del sistema dell'esenzione (invece del credito d'imposta) per i redditi prodotti all'estero tramite stabile organizzazione si sviluppi secondo le seguenti fasi:

1. ordinaria determinazione del reddito imponibile dell'impresa nel complesso partendo dal risultato del conto economico di bilancio a cui vengono apportate le variazioni in aumento ed in diminuzione (temporanee e/o permanenti) previste dal regime del reddito d'impresa
2. identificazione, secondo l'AOA, delle grandezze patrimoniali e degli utili e delle perdite attribuibili alla stabile organizzazione (compresi gli "*internal dealings*") da riportare in apposito rendiconto economico e patrimoniale
3. partendo dal rendiconto di cui al punto 2), determinazione del reddito d'impresa apportando le variazioni in aumento ed in diminuzione (temporanee e/o permanenti) previste dal regime del reddito d'impresa; né può originare i) un reddito o ii) una perdita fiscale
4. effettuazione nel quadro dichiarativo di determinazione del reddito d'impresa dell'impresa nel complesso una specifica variazione in diminuzione (in caso di utile di cui al punto 3) o in aumento (in caso di utile di cui al punto 3)

Tale modalità di fruizione dell'esenzione implica che assumendo che l'impresa nel complesso sostenga un costo per 100 (per semplicità non oggetto di variazioni fiscali) e che tale costo sia interamente attribuibile alla stabile organizzazione, il medesimo costo sarà:

- deducibile in fase di ordinaria determinazione del reddito imponibile, ma

- in quanto attribuito alla stabile organizzazione sarà oggetto di variazione in aumento

di modo che nel complesso tale costo non sarà deducibile dalla base imponibile dell'impresa residente (in quanto appunto attribuito solo alla stabile organizzazione in esenzione) con la conseguenza che non sarà configurabile alcun effetto di "doppia deduzione".

In merito, anche in linea con le indicazioni OCSE⁶⁹ si propone l'opportunità di valutare di fornire conferma a quanto sopra illustrato.

Contributi

Si chiede di fornire illustrazione delle modalità di applicazione della disciplina dei disallineamenti da ibridi nel contesto della "branch exemption" disciplinata dall'articolo 168-ter del TUIR.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 28: Esempio 2 – chiarimenti e richiesta di aggiungere anche specificazione in caso di stabile organizzazione col credito

Paragrafi della bozza di circolare: par.8.1

Osservazioni

La bozza di Circolare nell'esempio 2 illustra il caso di un'entità (società B) che opera all'estero tramite stabile organizzazione in esenzione nello Stato C. Lo strumento finanziario emesso dalla società A (per cui è debito e genera interessi passivi deducibili) è coerentemente attribuito alla stabile organizzazione. Tra lo Stato A (Stato del pagatore) e lo Stato C (Stato del beneficiario) lo strumento finanziario è ibrido in quanto vi è una diversa "qualificazione dello strumento finanziario" e si verifica un "disallineamento, consistente nella deduzione dell'interesse in base alle leggi fiscali dello Stato A (emittente) e la non inclusione da dividend exemption in base alle leggi fiscali dello Stato C [...]".

Con particolare riguardo all'ipotesi in cui l'Italia sia lo Stato della sede centrale, ossia lo Stato B, la bozza di Circolare afferma che in mancanza di reazione primaria da parte della giurisdizione del pagatore, in linea di principio, non trova applicazione la reazione secondaria in quanto, seppure Stato del beneficiario, la non inclusione non è dovuta all'elemento ibrido (lo Stato B considera lo strumento finanziario quale strumento di debito, ma al regime di esenzione applicabile alla stabile organizzazione localizzata nello Stato C). Tale risultato interpretativo pare totalmente in linea con il testo e la ratio del Decreto anche alla luce delle indicazioni OCSE.

Tuttavia, tenendo anche conto di quanto evidenziato nella tematica 10, si chiede di confermare il corretto operato della casa madre che, essendo la remunerazione quale interesse attivo dello strumento finanziario attribuita coerentemente alla stabile organizzazione, nella dichiarazione italiana inserisce l'interesse attivo interamente nel regime di *branch exemption* (anche se, in assenza dell'attivazione della regola secondaria

⁶⁹ Si veda il par 49 del "discussion draft" del 2016 sui disallineamenti da stabili organizzazioni ove si illustra un meccanismo di funzionamento della branch exemption simile a quello italiano (sopra descritto) in cui la giurisdizione di casa madre (es: Italia) "takes into account the whole of A Co's income" (ossia l'intero reddito dell'entità nel complesso) ma "allows the head office to claim a deduction for the net amount of branch income recognised under Country B law" (ossia nella giurisdizione della stabile organizzazione). Circa la necessità che le grandezze "coerenti" debbano essere quelle attribuite alla stabile organizzazione dal punto di vista della giurisdizione di casa madre e della giurisdizione della stabile organizzazione, e non invece quelle che derivano dalle regole locali di determinazione del reddito), si rinvia alla tematica 10.

nella giurisdizione della stabile organizzazione, potrebbe accadere che il reddito imponibile della stabile organizzazione determinato secondo le regole della giurisdizione di stabilimento sia inferiore rispetto a quella esentata in Italia).

Estensione dell'esempio 2 alla stabile col credito (taxable branch)

Peraltro, qualora la stabile organizzazione all'estero sia col credito (c.d. *taxable branch*) si chiede di confermare che nell'esempio 2 (in cui con la giurisdizione B della casa madre non vi è un ibrido), in linea con le indicazioni OCSE⁷⁰:

- qualora l'Italia sia lo Stato A del pagatore non deve essere attivata la reazione primaria (in quanto l'inclusione necessaria a sterilizzare l'ibrido si verifica nella giurisdizione della casa madre);
- qualora sia lo Stato B della casa madre non debba essere attivata alcuna reazione per assenza di ibrido;
- qualora sia lo stato C della stabile organizzazione⁷¹ non deve essere attivata la reazione primaria (in quanto l'inclusione necessaria a sterilizzare l'ibrido si verifica nella giurisdizione della casa madre)

Contributi

Si chiede di confermare la correttezza di quanto illustrato supra in merito all'esempio 2.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 29: proposta di inserimento di un esempio di disallineamento da ibridi da tax accounting (garanzia fuori mercato; oppure obbligazione convertibile)

Paragrafi della bozza di circolare: par.1.1; par.8

Osservazioni

La bozza di Circolare, nell'illustrare in generale le tipologie di disallineamenti da ibridi che riguardano gli strumenti finanziari chiarisce che tale tipologia di disallineamenti non dipende solo dalla differente qualificazione dello strumento o del componente reddituale in termini, rispettivamente di "*debt vs equity*" o di "*interesse vs dividendo*" ma può derivare anche da fenomeni di "*tax accounting*" (ossia "*differenti impostazioni contabili con rilevanza fiscale*").

In merito, facendo riferimento all'esempio 1.13 del Report 2015 HMA in cui un finanziamento a tasso zero ("*interest free loan*") viene biforcuto in "*debt*" ed "*equity*" dal borrower (ma non dal lender) che deduce in interesse passivo (che il lender non vede), si chiede di confermare se simile fattispecie possa verificarsi anche per altre tipologie di operazioni (si pensi a garanzie o derivati) che, in ipotesi di stipula infragruppo a condizioni diverse da quelle di mercato, potrebbero dare luogo a simile biforcazione in capo alla parte avvantaggiata (che rileva il c.d. "*one day profit*" come apporto dal socio e non come utile).

⁷⁰ Si veda in particolare il par. 89 ("Inclusion in any jurisdiction sufficient to discharge application of the rule) del Report HMA secondo cui una inclusione (nell'esempio 2: quella nella giurisdizione di casa madre) è sufficiente per sterilizzare l'ibrido e, quindi, disattivare tutte le reazioni (sia quella primaria che quella secondaria). Per completezza si riporta il testo del citato par. 89: "*If the payment is brought into account as ordinary income in at least one jurisdiction, then there will be no mismatch for the rule to apply to.*"

⁷¹ Salva l'applicazione delle norme di prevenzione - ossia l'art. 44, co. 2, lett a) e i commi 3/bis, lett b) e 3/ter dell'art. 89 del tuir).

Inoltre, con riferimento all'esempio 1.16 del Report HMA che riguarda un'obbligazione convertibile che viene biforcata dall'emittente, si chiede di chiarire, secondo quanto anche rilevato nella tematica 4, quale sia l'impatto in termini di "inclusione" dell'assenza di biforcazione in capo al sottoscrittore nel caso in cui quest'ultimo rilevi con rilevanza fiscale (inclusione) lo strumento a "mark to market" ("fair value" a conto economico).

Commenti

Si chiede di fornire ulteriori esemplificazioni relativamente all'esempio 1.13 con riguardo, ad esempio, a garanzie o derivati fuori mercato che vengono biforcati con rilevanza fiscale dalla parte avvantaggiata ma non dalla controparte.

Inoltre, in linea con la tematica 4, si chiede di precisare l'impatto in termini di inclusione (anche ad "altro titolo") della rilevazione a FVTPL di strumenti finanziari.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 30: esempio 3 - reazione secondaria su un importo equivalente ai dividendi

Paragrafi della bozza di circolare: par. 8.2

Osservazioni

Nell'ambito dell'esempio 3 viene descritto il caso di un "net-paying repo" che costituisce un trasferimento ibrido. La bozza di Circolare, in linea con le indicazioni OCSE⁷², individua il "pagatore" nel cedente a pronti Società B (la quale deduce "un interesse passivo in quanto qualifica il net paying repo come una operazione di finanziamento") ed il "beneficiario" nell'acquirente a pronti Società A (che "non rileva la percezione di alcun interesse attivo in quanto non qualifica il net paying repo come una operazione di finanziamento"). Ne discende un "disallineamento ibrido con effetto D/NI (ossia deduzione nello Stato B degli interessi passivi e non inclusione nello Stato A dei corrispondenti interessi attivi)".

Si nota che nel caso in cui l'Italia sia la giurisdizione dell'acquirente a pronti (Società A), nel descrivere le reazioni, "lo Stato italiano dovrebbe in linea teorica neutralizzare l'ibrido attivando la reazione secondaria, assoggettando a tassazione i dividendi". In merito, in linea con la descrizione del disallineamento si propone di valutare di sostituire la formula "assoggettando a tassazione i dividendi" con la formula "assoggettando a tassazione un componente positivo corrispondente agli interessi passivi dedotti dal pagatore e pari ai dividendi".

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

⁷² Si vedano in particolare i par. 20 e 21 dell'esempio 1.31 del Report HMA

Commenti

Si propone di adottare la formulazione sopra proposta

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

Tematica 31 - esempio 11 - opportunità di fare un esempio più complesso che richiede l'apportionment

Paragrafi della bozza di circolare: par. 8.9

Osservazioni

La bozza di Circolare nell'ambito dell'esempio 11 descrive un caso di disallineamento di ibridi che è oggetto di reazione in base all'art 8, co 3, che detta la disciplina dei cd disallineamenti da ibridi "importati".

L'esempio, a quanto è dato comprendere, per quanto riguarda il c.d. "nexus" (ossia il collegamento tra la deduzione d'importazione e la deduzione ibrida, implica l'applicazione del metodo OCSE "indirect" per cui rileva anche la compensazione con la "deduzione ibrida" per mezzo del consolidato fiscale locale⁷³. In merito si chiede inoltre di chiarire se sia comunque necessario che tra il "pagamento di importazione" e la "deduzione ibrida" vi debba essere, sempre e comunque, un collegamento economico.

Inoltre, sempre nell'ambito dei metodi OCSE per determinare il "nexus" e quantificare l'importo della deduzione da negare, si propone di valutare l'opportunità di chiarire/affrontare i casi di presenza concorrente di più pagatori ed in particolare:

- quando vi sono più "soggetti passivi";
- quando vi è un "soggetto passivo" ed altri soggetti non residenti in Italia (ma residenti in giurisdizione che attivano la reazione di importati);

Ciò è molto rilevante per evitare reazioni multiple e non coordinate che, nel complesso, potrebbero anche eccedere la deduzione ibrida (generando dunque doppia imposizione).

Commenti

Si propone di fornire maggiori chiarimenti nell'ambito della disciplina degli importati nei casi di presenza concorrente di più pagatori ed in particolare:

- quando vi sono più "soggetti passivi";
- quando vi è un "soggetto passivo" ed altri soggetti non residenti in Italia (ma residenti in giurisdizione che attivano la reazione di importati);

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

⁷³ Cfr. il par. 243(b) del Report HMA in base al quale rientrano nell'ambito delle "indirect hybrid deduction" anche le " hybrid deductions that are surrendered to a group member under a tax grouping regime.

Tematica 32: la CFC non dà vita a “doppia deduzione” (DD)

Paragrafi della bozza di circolare: par.3.1.1.; 3.1.2; par.4.2; par.7

Osservazioni

Si chiede di chiarire che il regime CFC non possa, in ultima analisi, soddisfare il presupposto per l'integrazione di un effetto di “doppia deduzione” e che ciò valga, anche se per ragioni diverse, sia per il regime CFC italiano che per regimi CFC esteri.

Per quanto riguarda il regime CFC italiano le ragioni sono i seguenti:

- il regime CFC italiano non ha impatto sulla localizzazione (in termini di residenza o stabilimento) della controllata estera per cui l'Italia non dovrebbe essere la “giurisdizione del pagatore”;
- il trattamento separato della perdita della CFC, in aggiunta all'approccio di danno, implica che la perdita della CFC sarà strutturalmente utilizzabile solo ed esclusivamente con “reddito a doppia inclusione”;

Per quanto, invece, riguarda i regimi CFC esteri, assumendo che tali regimi non adottino il trattamento separato del *CFC income*, si dovrebbe comunque concludere che il regime CFC estero non trasforma, di per sé, la controllata estera in entità “*trasparente*” o in “*stabile organizzazione*” da cui, come chiarisce l'OCSE⁷⁴ ed anche la ATAD⁷⁵, esclusivamente possono derivare effetti di DD. In altri termini il regime CFC estero, proprio in quanto la controllata estera è “*opaca*” (e non è una stabile organizzazione), consiste in una specifica disciplina anti abuso il cui operare non dovrebbe interferire con l'attivazione della disciplina dei disallineamenti da ibridi.

Commenti

Si chiede di confermare quanto sopra illustrato per escludere che la disciplina CFC italiana e le discipline CFC estere possano generare effetti di doppia deduzione rilevanti ai fini della disciplina dei disallineamenti da ibridi prevista dal Decreto ATAD.

Finalità

Fornire maggior chiarezza circa l'operatività della disciplina e certezza agli operatori.

⁷⁴ Si veda il par. 208 del Report HMA: “Recommendation 6.2 confines the operation of the deductible hybrid payments rule to DD outcomes that arise through the use of a foreign branch or hybrid entity.”

⁷⁵ La Direttiva ATAD 2, nel Considerando 15, si precisa che sono oggetto delle reazioni “i fenomeni di doppia deduzione risultanti da pagamenti effettuati da un'entità ibrida o da una stabile organizzazione”.