

Piazza F. Meda, 5
20121 Milano
T. +39 02.776931
F. +39 02.77693300
milano@maisto.it

Piazza D'Aracoeli, 1
00186 Roma
T. +39 06.45441410
F. +39 06.45441411
roma@maisto.it

2, Throgmorton Avenue
London EC2N 2DG
T. +44 (0)20.73740299
F. +44 (0)20.73740129
london@maisto.it

MAISTO E ASSOCIATI

www.maisto.it

Milano, 19 novembre 2021

Agenzia delle Entrate
Divisione Contribuenti
Settore Consulenza
Via Giorgione, 106
00147 – ROMA

Via *e-mail*: dc.gci.settorecontrollo@agenziaentrate.it

Consultazione pubblica sulla bozza di circolare in tema di “Disallineamenti da Ibridi”

Egregi Signori,

desideriamo innanzitutto esprimere il nostro apprezzamento per l'eccellente lavoro svolto e ringraziarVi per l'avvio della presente procedura di consultazione pubblica.

Riportiamo nel seguito i nostri commenti in ordine alla bozza di circolare (di seguito, la “**Bozza di Circolare**”) recante chiarimenti in merito alle disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi di cui agli artt. da 6 a 11 del D.lgs. 29 novembre 2018, n. 142 (di seguito, “**Decreto ATAD**”) che recepiscono le previsioni della Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 (di seguito, “**ATAD 1**”), come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (di seguito “**ATAD 2**” e, congiuntamente con l'ATAD 1, la “**Direttiva ATAD**”).

Procederemo nel seguito a fornire i nostri commenti alla Bozza di Circolare

Avv. Prof. Guglielmo Maisto
Avv. Marco Cerrato LL.M.
Dott. Andrea Parolini* LL.M.
Dott. Roberto Gianelli*
Dott. Marco Valdonio*
Dott. Aurelio Massimiano* LL.M.
Dott. Paola Marzetta*
Avv. Nicola Saccardo* LL.M.
Avv. Alessandro Bavila LL.M.
Dott. Mauro Messi*
Avv. Cesare Silvani LL.M.
Dott. Stefano Tellarini*
Dott. Ernesto Sacchi*
Avv. Massimiliano Lovotti
Dott. Sara Montalbetti*
Dott. Andrea Annoni*
Dott. Luca Longobardi*
Avv. Roberto Zanni
Avv. Giulia Paroni Pini
Avv. Michele Toccaceli
Dott. Silvia Boiardi*
Dott. Giorgia Zanetti*
Avv. Francesco Morra
Avv. Giulio Cuzzolaro
Dott. Alberto Brazzalonga*
Dott. Mirko Severi*
Avv. Filippo Maisto
Dott. Andrea Rottoli*
Dott. Irene Sarzi Sartori*
Avv. Noemi Maria Bagnoli
Avv. Biagio Izzo
Dott. Gabriele Colombaioni* LL.M.
Avv. Eleonora Finizio
Dott. Matteo Cataldi* LL.M.
Avv. Luca Peverini
Dott. Riccardo Maffi*
Dott. Michele Vannucci*
Avv. Francesco Nino Vetrone
Dott. Francesco Semonella*
Avv. Francesca Veroli
Avv. Antonietta Alfano
Avv. Giulio Coppola
Avv. Francesco Giovanni Angelini
Avv. Giulia Lubrano
Dott. Paolo Valacca*
Dott. Alice Bonini*
Dott. Teresa Galluccio*
Avv. Francesco Ricci
Avv. Giuseppe Corciulo LL.M.
Dott. Rosario Giuseppe Della Porta*
Dott. Alessandro Leardini
Dott. Giulia Ricigliano
Dott. Giulia Amici
Dott. William Criminisi
Dott. Claudia Inconronato
Dott. Paolo Cima Politi
Dott. Ludovico Carpanetto LL.M.

Of Counsel

Dott. Gabriella Cappelleri
Avv. Maria Cristiana Felisi

* *Dottore Commercialista*

per ciascuno dei paragrafi in cui essa si articola.

1. PREMESSA: DECORRENZA DELLA NORMATIVA

Ai sensi dell'art. 13, comma 8, del Decreto ATAD, le disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi si applicano a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2019 (ad eccezione dell'art. 9 del Decreto ATAD, concernente la disciplina dei disallineamenti derivanti da entità ibride inverse, il quale si applica a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2021). Le nuove disposizioni dovrebbero, quindi, trovare applicazione ai componenti negativi di reddito sostenuti a decorrere dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2019, mentre dovrebbe esserne esclusa la rilevanza con riferimento ai componenti di reddito sostenuti precedentemente.

Tale principio sembra messo in dubbio dalla Bozza di Circolare nel passaggio (pag. 6) in cui si afferma che *“non sono previste clausole di salvaguardia per fattispecie iniziate in precedenti periodi d'imposta che rappresentano, salvo quanto specificato infra per alcune grandezze fiscalmente rilevanti, espressione di eventi antecedenti quali perdite fiscali, ammortamenti, interessi passivi eccedenti ex articolo 96 del Testo unico delle imposte sui redditi approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito TUIR)”*.

Si ritiene sia opportuno precisare il contenuto di tale passaggio chiarendo che con lo stesso non si intende disporre una applicazione retroattiva delle disposizioni in esame con riferimento a componenti negativi di reddito maturati nel periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2019 o in quelli precedenti (ancorché tali componenti di reddito abbiano concorso a formare perdite o attributi fiscali utilizzati in un periodo d'imposta successivo). Una diversa interpretazione non è supportata dal Decreto ATAD e dalla Direttiva ATAD, né trova giustificazione nelle indicazioni contenute nel rapporto intitolato *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*,

Action 2: Final Report (di seguito, “**Rapporto HMA 2015**”), pubblicato dall’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (di seguito, “**OCSE**”).

Al riguardo, non appare possibile fare riferimento al paragrafo 263 del Rapporto HMA 2015¹ richiamato nella Bozza di Circolare, in quanto tale paragrafo è esclusivamente relativo ai c.d. “ibridi importati” (più nello specifico, ai meccanismi attraverso cui deve avvenire l’identificazione del “nesso” tra i “pagamenti da disallineamenti da ibridi importati” e le “deduzioni ibride” in situazioni in cui l’analisi circa l’esistenza di una “deduzione ibrida” è complicata dal riporto in avanti dei componenti deducibili che può determinare uno sfasamento temporale tra i pagamenti da disallineamenti da ibridi importati e la effettiva deduzione del componente negativo di reddito). Le considerazioni ivi espresse riguardano quindi una specifica fattispecie e si ritiene che non possano assurgere a principio generale da cui ricavare l’esistenza di un regime transitorio per l’intero apparato normativo anti ibridi con riferimento ai predetti componenti negativi di reddito maturati in periodi d’imposta antecedenti a quelli di entrata in vigore delle norme in materia di disallineamenti da ibridi.

Di contro, il Report HMA 2015 precisa in termini generali che la disciplina di contrasto ai disallineamenti da ibridi deve trovare applicazione ai soli

¹ Secondo il quale “[i]n order to account for timing differences between jurisdictions and to prevent groups manipulating that timing in order to avoid the effect of the imported mismatch rule, a hybrid deduction should be taken to include any net loss that has been carried-forward to a subsequent accounting period, to the extent that loss results from a hybrid deduction. An example showing the application of the imported mismatch rule to losses which have been carried-forward from a prior period is set out in **Example 8.11** and **Example 8.16**. In order to reduce the complexity associated with the need to identify hybrid deductions that arose prior to the publication of this report any carry-forward loss from periods ending on or before 31 December 2016, should be excluded from the operation of this rule”. Si richiama altresì l’attenzione sulle analoghe indicazioni contenute nel paragrafo 112 del Report “Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements” (di seguito, “**Rapporto BMA 2017**”).

pagamenti effettuati dopo l'entrata in vigore della stessa.²

Non si ritiene quindi condivisibile la posizione espressa nella Bozza di Circolare sulla base della quale le nuove disposizioni potrebbero trovare applicazione (i) alle perdite fiscali riportabili ai sensi dell'art. 84 del d.P.R. 22 dicembre 1986 (di seguito, "TUIR") da tali periodi d'imposta (cfr. pag. 67), nonché (ii) agli interessi passivi ed agli oneri finanziari assimilati riportabili ai sensi dell'art. 96, comma 5, TUIR dai periodi d'imposta precedenti a quelli di entrata in vigore della nuova normativa (cfr. pag. 84).

Tali elementi – generatisi a fronte di costi sostenuti prima dell'entrata in vigore della disciplina – andrebbero esclusi *tout court* dall'applicazione della disciplina anti ibridi nella misura in cui siano maturati in periodi antecedenti all'entrata in vigore della stessa. Non pare, invece, sufficiente né conforme alle previsioni della Direttiva ATAD e del Decreto ATAD la soluzione prospettata nella Bozza di Circolare di escludere l'applicazione delle disposizioni in esame alle sole perdite formatesi ed agli interessi passivi maturati fino al periodo d'imposta in corso al 31 dicembre 2016.

2. LA NOZIONE DI "IBRIDISMO FISCALE"

La Bozza di Circolare riporta il caso di cessione a pronti di una partecipazione con pagamento differito del corrispettivo quale possibile fattispecie di "ibridismo fiscale" in ragione di differenti impostazioni contabili aventi rilevanza fiscale nelle giurisdizioni del pagatore e del beneficiario. Si segnala, nella quart'ultima riga del paragrafo in cui è

² *"When the hybrid mismatch rules are introduced they should generally apply to all payments under hybrid mismatch arrangements that are made after the effective date of the legislation or regulations. This would include applying the rules to arrangements that are structured even if such structuring occurred before the introduction of the rules. The effective date for the hybrid mismatch rules should be set far enough in advance to give taxpayers sufficient time to determine the likely impact of the rules and to restructure existing arrangements to avoid any adverse tax consequences associated with hybridity. In order to avoid unnecessary complication and the risk of double taxation, the rules should generally take effect from the beginning of a taxpayer's accounting period and include the co-ordination rules described above"* (§ 311) (enfasi aggiunta)

contenuto tale esempio, un probabile refuso, di seguito evidenziato: “... mentre, dall’altro, ~~L’acquirente~~ il venditore (beneficiario) considera unitariamente il corrispettivo (100) e non lo include, in tutto in parte ...”.

Si ritiene inoltre che sarebbe utile precisare se siano ipotizzabili casi in cui la cessione a pronti con prezzo differito possa dare luogo a disallineamenti da strumenti finanziari ibridi ulteriori rispetto a quello riportato nella Bozza di Circolare (così come nell’esempio 1.27 del Rapporto HMA 2015). In particolare, sarebbe utile che venisse precisato che il disallineamento da ibrido non è configurabile laddove in capo al venditore (beneficiario) la cessione a pronti dia luogo ad una plusvalenza totalmente imponibile come, ad esempio, nel caso di cessione di obbligazioni e di azioni o strumenti finanziari simili privi dei requisiti per l’applicazione del regime di *participation exemption* di cui all’art. 87 del TUIR.

3. NORME DI REAZIONE: I PRESUPPOSTI

3.1. Componenti negativi di reddito

A pagina 35 della Bozza di Circolare si legge: “[i]n merito alla natura dei componenti negativi di reddito rilevanti ai fini del disallineamento in esame, valgono le medesime considerazioni svolte in relazione all’effetto di doppia deduzione, ciò in quanto l’articolo 6, comma 1, lettera z), non prevede una differente definizione di “componente negativo” in ragione del tipo di disallineamento da ibridi e rimane pertanto applicabile sia in caso di effetto di DD che di D/NI. Avranno quindi rilevanza, in base a quanto disposto dal sopra citato articolo, i componenti negativi di reddito a cui è associato un flusso finanziario, le svalutazioni e gli ammortamenti di immobilizzazioni materiali e immateriali il cui flusso finanziario relativo all’acquisto si è manifestato in via anticipata” (sottolineatura aggiunta). L’affermazione è in

contrasto con le indicazioni contenute nel Rapporto HMA 2015 (§145)³, ove viene escluso che l'ammortamento di beni materiali e immateriali possa costituire un componente di reddito rientrante nel novero di quelli che possono originare effetti di deduzione senza inclusione.

Sarebbe quindi opportuno rivedere tale interpretazione in quanto in contrasto con i principi riportati nel Rapporto HMA 2015 che, come indicato nel Considerando n. 8 della Direttiva ATAD e nella stessa Bozza di Circolare, devono assumere un ruolo rilevante quale fonte di interpretazione delle disposizioni in esame.

Qualora codesta Spettabile Agenzia delle Entrate non dovesse riconsiderare tale posizione, si ritiene opportuno che sia chiarito come debba essere identificato e quantificato il componente positivo di reddito correlato a tali componenti negativi di reddito e come debba esserne quindi verificata la mancata inclusione nel reddito imponibile del beneficiario. A nostro avviso l'inclusione dovrebbe in ogni caso ritenersi soddisfatta nella misura in cui il bene materiale o immateriale sia stato acquistato per effetto di una operazione fiscalmente rilevante ai fini della determinazione del reddito imponibile del cedente, a prescindere dall'effettivo realizzo da parte di quest'ultimo di un componente positivo di reddito. In tal caso, infatti, il corrispettivo, che costituisce il componente negativo deducibile per il

³ “*The definition of payment is set out in further detail in Recommendation 12 and includes any amount that is capable of being paid including a distribution, credit or accrual. A payment will be treated as “deductible” if it is applied, or can be applied, to reduce a taxpayer’s net income. Deductible payments generally include current expenditures such as rents, royalties, interest, payments for services and other payments that may be set-off against ordinary income under the laws of the payer jurisdiction in the period they are treated as made. **The term would not typically cover the cost of acquiring a capital asset and would not extend to an allowance for a depreciation or amortisation**”.* (sottolineatura aggiunta) Si veda altresì il paragrafo 121 del Rapporto HMA 2015 secondo cui “[i]n order to be a disregarded payment, the payment must be deductible under the laws of the payer jurisdiction. The meaning of deductible and deduction is the same as that used in the other recommendations in the report and generally covers items of current expenditure such as service payments, rents, royalties, interest and other amounts that may be set-off directly against ordinary income. **The term does not cover the cost of acquiring a capital asset or an allowance for depreciation or amortisation.**” (sottolineatura aggiunta)

pagatore sotto forma di ammortamenti/svalutazioni, ha concorso a formare il reddito imponibile del cedente, a nulla rilevando che la cessione abbia originato una plusvalenza o minusvalenza e dall'ammontare fiscalmente rilevante delle stesse.

Da ultimo, la nota 28 della Bozza di Circolare menziona incidentalmente le perdite su crediti tra i componenti negativi di reddito rientranti nell'ambito di applicazione della normativa in esame. Tuttavia, si ritiene che le perdite su crediti non dovrebbero rilevare poiché si tratta di componenti negativi a cui non è associato alcun pagamento e, pertanto, non soddisfano la definizione di cui all'art. 6, comma 1, lett. z), del Decreto ATAD. Il riferimento alle perdite su crediti non sembra inoltre coerente con la precisazione di pag. 35 della Bozza di Circolare, in cui si afferma che non rilevano i componenti reddituali che derivano da un ordinario trasferimento di uno strumento finanziario che non sia un trasferimento ibrido.

3.2. Mancata inclusione dei componenti positivi di reddito

3.2.1. Tassazione del day one profit

Come evidenziato nella Bozza di Circolare, i disallineamenti da strumenti finanziari ibridi possono spesso derivare da differenti impostazioni contabili con rilevanza fiscale. Per i finanziamenti infragruppo infruttiferi aventi come obiettivo il rafforzamento patrimoniale del soggetto finanziato, nei casi in cui quest'ultimo applica il criterio del costo ammortizzato in base ai principi contabili internazionali ("IAS/IFRS") o nazionali ("OIC"), l'onere finanziario rilevato per effetto della rilevazione a patrimonio netto della c.d. *deemed contribution* – nella misura in cui sia rilevante ai fini tributari – dovrebbe considerarsi potenzialmente rilevante anche ai fini della disciplina in esame in quanto deriva dall'obbligo di ripagare il credito erogato dal socio finanziatore (cfr. Rapporto HMA 2015, esempio 1.13).

Sarebbe invece opportuno chiarire che nel caso in cui il finanziamento infruttifero non fosse erogato con l'intento del rafforzamento patrimoniale

e, quindi, in luogo della rilevazione a patrimonio netto della c.d. *deemed contribution* il soggetto finanziato IAS o OIC *adopter* procedesse alla rilevazione di un provento finanziario a conto economico (c.d. *day one profit*) imponibile, questa fattispecie non possa a monte dar luogo ad un fenomeno di deduzione senza inclusione, dato che la deduzione dei maggiori interessi passivi figurativi è “sterilizzata” *ab origine* dalla tassazione del *day one profit*.

3.2.2. Disciplina delle *Controlled Foreign Companies*

Riprendendo le indicazioni contenute nel Rapporto HMA 2015 (§38)⁴, la Bozza di Circolare precisa che un componente positivo di reddito assoggettato a tassazione in base alla disciplina delle c.d. *Controlled Foreign Companies* (CFC) può ritenersi “*incluso*” ai fini delle norme in materia di disallineamenti da ibridi soltanto se sono soddisfatte determinate condizioni, tra cui il fatto che il componente positivo non sia compensato o ridotto a seguito di qualsiasi forma di sgravio diverso dalla deduzione dei costi sostenuti dalla controllante nella pertinente giurisdizione.

Al riguardo, si è dell’opinione che sarebbe opportuno che fosse chiarito come debba essere interpretata tale condizione e in particolare se l’imputazione per trasparenza in capo a soggetti passivi italiani ai sensi della disciplina CFC di cui all’art. 167 TUIR sia idonea a determinare l’inclusione dei componenti positivi di reddito di un’entità controllata estera per gli effetti delle disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi.

A tal fine, è opportuno valutare che il reddito imputato per trasparenza al socio ai sensi dell’art. 167, comma 7, TUIR è determinato in base alle

⁴ In cui si evidenzia che “*payments that are treated as exempt from the hybrid financial instrument rule on the grounds of a CFC inclusion should be eligible for such exemption only to the extent that the payment: (a) Has not been treated as reduced or offset by any deduction or other relief other than in respect of expenditure incurred by the parent under the laws of the parent jurisdiction. (b) Does not carry an entitlement to any credit or other relief. (c) Does not give rise to an imported mismatch*”.

disposizioni ordinariamente applicabili a soggetti italiani con caratteristiche simili all'entità controllata estera e quindi con riconoscimento della deduzione dei componenti negativi di reddito sostenuti dal soggetto controllato estero, secondo le norme dettate dal TUIR. In proposito, si evidenzia che una interpretazione che neghi l'inclusione di un componente positivo che concorre a formare il reddito assoggettato a tassazione per trasparenza in ragione del fatto che tale reddito rappresenta una grandezza determinata al netto dei costi sostenuti dall'entità controllata estera potrebbe condurre ad escludere anche altre normative CFC conformi alla Direttiva ATAD⁵ ed alle raccomandazioni OCSE⁶ dal novero delle discipline idonee a determinare l'inclusione dei componenti positivi agli effetti della normativa anti ibridi.

3.3. Accordi strutturati

3.3.1. Accordi finalizzati a generare un disallineamento da

⁵ Come noto, la Direttiva ATAD prevede due differenti approcci per l'applicazione della disciplina CFC: (a) l'approccio *transactional*, in base al quale sono imputati al contribuente residente soltanto le categorie di reddito definite come *passive income* (cfr. art. 7, paragrafo 2, lett. a), Direttiva ATAD). In tale ipotesi, l'art. 8 paragrafo 1, della Direttiva ATAD prevede che “*i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono calcolati in conformità delle norme della legge sull'imposta societaria dello Stato membro in cui il contribuente è residente a fini fiscali o è situato*”; e (b) l'approccio *jurisdictional*, in base al quale sono imputati al contribuente residente i redditi non distribuiti derivanti da costruzioni non genuine che sono state poste in essere essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale derivante dall'ubicazione in un Paese a fiscalità privilegiata. In tal caso, l'art. 8, paragrafo 2, della Direttiva ATAD prevede che “*i redditi da includere nella base imponibile del contribuente sono limitati agli importi generati dagli attivi e dai rischi collegati alle funzioni significative del personale svolte dalla società controllante. L'attribuzione dei redditi di una società controllata estera è calcolata secondo il principio di libera concorrenza*”.

⁶ Nelle raccomandazioni fornite dall'OCSE nell'Action 3 “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*”, *Final Report*, 2015, si precisa infatti che “[c]omputing the income of a CFC requires two different determinations: (i) which jurisdiction's rules should apply; and (ii) whether any specific rules for computing CFC income are necessary. The recommendation for the first determination is to use the rules of the parent jurisdiction to calculate a CFC's income. The recommendation for the second determination is that, to the extent legally permitted, jurisdictions should have a specific rule limiting the offset of CFC losses so that they can only be used against the profits of the same CFC or against the profits of other CFCs in the same jurisdiction” (sottolineatura aggiunta).

ibridi

Il Decreto ATAD definisce come accordi strutturati quegli accordi che determinano un disallineamento da ibridi (*i*) in cui l'impatto economico del disallineamento è stato valutato nella negoziazione dei termini dell'accordo oppure (*ii*) che sono finalizzati a produrre un disallineamento da ibridi, salvo che il contribuente o un'impresa associata (*a*) possa ragionevolmente non essere consapevole del disallineamento e (*b*) non abbia condiviso il valore del beneficio fiscale risultante dal disallineamento.

Come si può anche desumere dalle indicazioni contenute nel Rapporto HMA 2015 (cfr. § 326), un accordo può ritenersi finalizzato a produrre un disallineamento da ibridi se un osservatore obiettivo e informato concluderebbe che la struttura dell'accordo è giustificata, quantomeno parzialmente, con la finalità di generare un disallineamento da ibridi.

Non è, quindi, sufficiente che l'accordo determini un disallineamento da ibridi, ma è necessario che il conseguimento del disallineamento rappresenti una delle finalità dell'accordo. Si chiede, quindi, di riconsiderare o meglio precisare le indicazioni contenute nella Bozza di Circolare (pag. 56), in cui si afferma incidentalmente che un accordo deve ritenersi "finalizzato" a produrre un disallineamento da ibridi se "idoneo a generare effetti di D/NI o DD" ovvero che lo stesso "sia finalizzato (o comunque implichi di generare un disallineamento da ibridi)". Tali formulazioni sembrerebbero avallare un'interpretazione per cui qualsiasi accordo che risulta in un disallineamento debba ritenersi finalizzato ad ottenere tale disallineamento a prescindere dalle suddette valutazioni. Una simile conclusione non pare conforme né alla formulazione del Decreto ATAD né alle indicazioni contenute nel Rapporto HMA 2015.

Si suggerisce altresì di riconsiderare il passaggio (pag. 56) in cui si indica che "[è] da ritenere che il contribuente o l'impresa associata siano nella posizione di conoscere i fatti e le circostanze rilevanti ai fini del giudizio".

In particolare, si evidenzia che il paragrafo 320 del Rapporto HMA 2015⁷ richiamato in tale passaggio della Bozza di Circolare non giustifica una presunzione sulla base della quale tutte le parti di un accordo possono in ogni caso ritenersi consapevoli del disallineamento. Al contrario nel Rapporto HMA 2015 si precisa che un soggetto può ritenersi parte di un accordo solamente nella misura in cui abbia un livello di coinvolgimento nello stesso tale da consentirgli di comprendere come è stato strutturato e quali sono le relative implicazioni fiscali.

La Bozza di Circolare richiama i fatti e le circostanze indicate nei paragrafi 329-340 del Rapporto HMA 2015, precisando che si tratterebbe di fatti e circostanze la cui presenza può far ragionevolmente ritenere che un disallineamento da ibridi sia avvenuto nell'ambito di un accordo strutturato. Tali fatti e circostanze sono, invece, indicate nel Rapporto HMA 2015 come esempi nei quali si può ragionevolmente concludere che l'accordo è finalizzato a produrre un disallineamento da ibridi. La sussistenza di un accordo strutturato deve, tuttavia, comunque essere esclusa se il contribuente o un'impresa associata può ragionevolmente non essere consapevole del disallineamento e non ha condiviso il valore del beneficio fiscale che ne risulta.

3.3.2. Interposizione

Si chiede di chiarire il passaggio contenuto a pag. 58 della Bozza di Circolare per cui rientrerebbero tra gli accordi strutturati *“situazioni di intestazione fittizia di quote societarie dove il soggetto interposto oltre ad essere il titolare formale delle partecipazioni agisce in virtù delle*

⁷ Tale paragrafo del Rapporto HMA 2015 indica che “[t]he structured arrangement definition does not apply to a taxpayer who is not a party to the arrangement. A person will be a party to an arrangement when that person has sufficient involvement in the design of the arrangement to understand how it has been structured and what its tax effects might be. A person will not be a party to a structured arrangement, however, if that person (or any member of the control group) does not benefit from, and could not reasonably have been expected to be aware of, the mismatch arising under the structured arrangement”.

indicazioni del reale dominus”. Sarebbe utile che la Bozza di Circolare meglio declinasse (eventualmente tramite una esemplificazione degli effetti di disallineamento) l’ipotesi in commento.

3.3.3. Standard di conoscenza

Da ultimo, si chiede di riconsiderare le indicazioni fornite in relazione all’esempio 5/B (pag. 94), in cui si afferma che, in caso di sostenimento di un componente negativo di reddito nei confronti di un’entità ibrida inversa (*partnership*), tutti i partecipanti nell’entità ibrida inversa devono ritenersi parte di un accordo strutturato sulla base delle sole circostanze che in fase di sollecitazione all’investimento nella *partnership* gli esponenti del gruppo promotore del veicolo hanno comunicato agli investitori le caratteristiche fiscali del veicolo di investimento quale ente trasparente fiscalmente nella propria giurisdizione e la possibilità che in certe giurisdizioni degli investitori il veicolo avrebbe potuto essere opaco.

Come sopra precisato, la mera esistenza del disallineamento non può ritenersi sufficiente a giustificare l’esistenza di un accordo strutturato, ma è a tal fine necessario che l’impatto economico del disallineamento sia valutato nella negoziazione dei termini dell’accordo oppure che l’accordo sia finalizzato a produrre il disallineamento. Sarebbe, quindi, necessario che la Bozza di Circolare indicasse quali sono gli ulteriori elementi che nel caso di specie inducono a ritenere soddisfatti tali requisiti. Nell’esempio sembrerebbe che la mera conoscenza del disallineamento da parte dei *partners* possa essere sufficiente a configurare un accordo strutturato. La conoscenza del potenziale disallineamento non è però indicata né nel Decreto ATAD né nel Rapporto HMA 2015 come un elemento di per sé sufficiente a giustificare l’esistenza dell’accordo strutturato. È, invece, la mancata conoscenza del disallineamento a poter eventualmente escludere la configurabilità di un accordo strutturato, pur in presenza degli altri elementi che ne giustificerebbero altrimenti l’esistenza (e sempreché il soggetto passivo non abbia condiviso il beneficio fiscale risultante dal

disallineamento).

Peraltro, nella fattispecie oggetto dell'esempio la mera conoscenza del regime di trasparenza fiscale applicabile alla *partnership* non determina la consapevolezza dei *partner* della esistenza del disallineamento che presuppone anche che vi sia un componente negativo di reddito sostenuto nei confronti della *partnership* e che questo sia deducibile nella giurisdizione del pagatore. La consapevolezza del disallineamento presuppone cioè una piena conoscenza da parte dei *partners* delle vicende relative ai rapporti tra la *partnership* e la società da questa partecipata e delle implicazioni tributarie delle stesse ai sensi della normativa tributaria applicabile nella giurisdizione del pagatore. Tale circostanza non sembra potersi desumere dall'esempio proposto.

Si suggerisce, dunque, che la Bozza di Circolare circoscriva in maniera più puntuale il concetto di accordo strutturato superando in particolare ogni dubbio in merito alla possibile configurabilità di un accordo strutturato tra l'emittente di strumenti finanziari collocati presso il pubblico ed i sottoscrittori degli stessi per la sola ragione della indicazione nel prospetto di emissione del regime di deducibilità della relativa remunerazione. La deducibilità della remunerazione di emissioni di obbligazioni e titoli di debito di massa costituisce, infatti, una caratteristica del tutto fisiologica di tali strumenti finanziari che non dovrebbe in alcun modo poter portare a ritenere che tale emissione sia finalizzata a conseguire un disallineamento da ibridi, a prescindere dalla circostanza che uno o più dei detentori di tali titoli possa essere residente o localizzato in giurisdizioni la cui normativa prevede la qualificazione di tali strumenti come titoli di debito o di capitale.

4. NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI

4.1. Pagamenti a favore di entità ibride inverse

A pagina 20 la Bozza di Circolare afferma che “ipotizzando che un soggetto passivo italiano effettui un pagamento a favore di un'entità ibrida inversa

costituita in uno Stato estero, con effetto di deduzione senza inclusione, non dovranno applicarsi le norme di reazione qualora nello Stato di costituzione dell'entità ibrida inversa sia in vigore ed efficace una disposizione analoga a quella dell'articolo 9 del Decreto ATAD che rende la stessa autonomo soggetto passivo d'imposta ivi soggetto a tassazione" (sottolineatura aggiunta).

Sarebbe opportuno che tale indicazione fosse coordinata con quanto indicato nel successivo paragrafo relativo alla definizione di imprese associate (pag. 54), in cui la Bozza di Circolare pare affermare che debba essere negata la deduzione di un componente negativo di reddito sostenuto nei confronti di un'entità ibrida inversa in applicazione della reazione primaria prevista dall'art. 8, comma 2, lett. a) del Decreto ATAD anche se l'entità ibrida inversa è un organismo di investimento collettivo del risparmio istituito in uno Stato membro dell'Unione Europea ed ivi soggetto a vigilanza.

In particolare, si invita a riconsiderare tale indicazione in virtù della esclusione dell'applicazione della norma di contrasto preventivo ai disallineamenti da ibridi inversi espressamente contemplata dal Decreto ATAD (cfr. art. 9, comma 2) e dalla Direttiva ATAD (art. 9-bis, paragrafo 2) per gli organismi di investimento collettivo del risparmio soggetti a vigilanza prudenziale⁸ chiarendo che per i componenti di reddito sostenuti nei confronti di un organismo di investimento collettivo del risparmio che si qualifica come entità ibrida inversa ed è costituita in uno Stato in cui è in vigore una disposizione analoga a quella dell'art. 9 del Decreto ATAD non si applicano le norme di reazione primaria e secondaria contemplate dall'art.

⁸ Ai sensi dell'art. 9-bis, paragrafo 2, della Direttiva ATAD, la disciplina in materia di disallineamenti da ibridi inversi non si applica agli organismi di investimento collettivo, intesi come "un fondo di investimento o organismo con ampia diffusione, che detiene un portafoglio diversificato di titoli ed è soggetto alle norme sulla protezione degli investitori nel paese in cui è stabilito".

8, comma 2, del Decreto ATAD.

A nostro avviso, tale principio dovrebbe operare a prescindere dal fatto che, nella specifica fattispecie, la norma di prevenzione di cui all'art. 9-bis della Direttiva ATAD sia disapplicata per effetto dell'esclusione espressamente prevista dal comma 2 di tale disposizione.

Si evidenzia peraltro che numerosi Stati (*in primis* l'Italia, ai sensi dell'art. 73, comma 5-bis, TUIR) dispongono di un regime di esenzione da imposizione, totale o comprendente comunque la maggior parte dei redditi di natura *lato sensu* finanziaria, per gli organismi di investimento collettivo del risparmio che siano considerati fiscalmente "opachi". In altri termini gli ordinamenti di molti Stati contemplano per gli organismi di investimento collettivo del risparmio sia veicoli fiscalmente trasparenti sia veicoli fiscalmente opachi, ma esenti da imposizione. Nella maggioranza dei casi, quindi, non sarebbe comunque configurabile un disallineamento da ibridi ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. r), n. 3 del Decreto ATAD, in quanto la deduzione senza inclusione si sarebbe potuta comunque verificare a causa dello status di esenzione dall'imposta del beneficiario (l'organismo di investimento collettivo) a norma delle leggi della sua giurisdizione di residenza o di localizzazione. La norma rimarrebbe, quindi, applicabile unicamente nei rari casi in cui l'ordinamento estero non preveda un regime di esenzione soggettiva per gli organismi di investimento collettivo del risparmio (in alternativa o in sostituzione del regime di trasparenza fiscale). Ragionando diversamente si perverrebbe ad una ingiustificata penalizzazione unicamente in ragione delle modalità con le quali l'ordinamento tributario estero ha inteso perseguire il regime di neutralità fiscale che contraddistingue tipicamente gli organismi di investimento

collettivo del risparmio⁹.

Con riferimento al caso in cui l'Italia è lo stato di residenza o localizzazione dei soci o partecipanti in un'entità ibrida inversa nei confronti della quale è sostenuto un componente negativo di reddito deducibile e tale socio o partecipante è tenuto ad includere il corrispondente componente positivo nel proprio reddito imponibile in applicazione della reazione secondaria prevista dall'art. 8, comma 2, lett. b), del Decreto ATAD, la Bozza di Circolare (pag. 96) chiarisce che, qualora successivamente il veicolo operi distribuzioni a favore degli investitori, tali distribuzioni non saranno imponibili fino a concorrenza dell'ammontare già oggetto della reazione secondaria. Si ritiene opportuno che la Bozza di Circolare fornisca chiarimenti in merito alle modalità applicative di tale detassazione e in particolare:

- come debba essere individuato l'ammontare della distribuzione detassata in caso di distribuzione di riserve di utili che sono solo in parte formate con componenti positivi di reddito che sono stati oggetto della reazione secondaria. Una possibile soluzione, anche in un'ottica di semplificazione, potrebbe essere quella di considerare le distribuzioni formate con tali componenti positivi di reddito già inclusi nel reddito imponibile del beneficiario fino a concorrenza del relativo importo così come avviene nel caso della distribuzione di utili già assoggettati a tassazione per trasparenza ai sensi della disciplina CFC di cui all'art.

⁹ Si veda al riguardo il documento pubblicato dall'OCSE "The Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles" del 23 aprile 2017 in cui si sottolinea che "[t]he tax treatment of CIVs varies considerably from country to country, even though a consistent goal is to ensure that there is only one level of tax, at either the CIV or the investor level. Thus, the intent is to ensure neutrality between direct investments and investments through a CIV, at least when the investors, the CIV and the investment are all located in the same country" (paragrafo 3.1., pag. 8). Si veda altresì il paragrafo 6.18 (pag. 18) del medesimo documento in cui si afferma "[i]n comparing the taxation of CIVs in the two States, taxation in the source State and at the investor level should be considered, not just the taxation of the CIV itself. The goal is to achieve neutrality between a direct investment and an investment through a CIV in the international context, just as the goal of most domestic provisions addressing the treatment of CIVs is to achieve such neutrality in the wholly domestic context".

- 167 TUIR¹⁰;
- come opera la detassazione in caso di cessione delle quote nell'entità ibrida inversa da parte degli investitori nei confronti dei quali ha trovato applicazione la norma di reazione secondaria. Al riguardo, analogamente a quanto previsto dall'art. 68, comma 6, TUIR, per gli utili imputati ai soci delle società di cui all'art. 5, TUIR si potrebbe ipotizzare una rettifica del costo fiscalmente riconosciuto della partecipazione nell'entità ibrida inversa per l'importo dei redditi per i quali ha trovato applicazione la norma di reazione secondaria¹¹;
 - infine la conferma che, se in applicazione della norma di reazione secondaria l'investitore ha incluso nel proprio reddito imponibile un ammontare pari ai componenti di reddito sostenuti nei confronti dell'entità ibrida inversa, tale investitore può beneficiare del credito per le imposte assolate all'estero ai sensi dell'art. 165 TUIR in relazione alle imposte applicate nello Stato del pagatore sui componenti di reddito sostenuti nei confronti dell'entità ibrida inversa ed inclusi nel suo reddito imponibile.

Nell'ipotesi in cui un componente negativo di reddito è sostenuto da parte di un soggetto passivo italiano nei confronti di un'entità ibrida inversa che non soddisfa le condizioni indicate a pag. 40 della Bozza di Circolare affinché le distribuzioni da parte della stessa possano essere considerate rilevanti ai fini dell'inclusione del corrispondente componente positivo di reddito, sarebbe opportuno che l'Agenzia delle Entrate indicasse con quali modalità possono essere risolti i fenomeni di doppia imposizione che

¹⁰ Cfr. al riguardo lo Schema di Circolare posto in consultazione il 5 luglio 2021 (§ 10, 118 ss.).

¹¹ Tale soluzione sarebbe altresì in linea con ulteriori norme presenti nell'ordinamento quali l'art. 115, comma 12, TUIR in merito al costo delle partecipazioni in società che abbiano optato per il regime di trasparenza societaria, l'art. 3, comma 5, D.M. 21 novembre 2001, n. 429 in relazione al valore fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni in società estere controllate per le quali si applica la disciplina CFC e l'art. 1, comma 1007, ultimo periodo, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 che preserva la stratificazione delle riserve di utili agli effetti delle disposizioni di cui agli artt. 44, 47, 59 e 89 TUIR in caso di cessione delle partecipazioni della società estera.

derivano dalla inclusione nel reddito imponibile dei partecipanti non residenti delle distribuzioni effettuate dall'entità ibrida inversa che corrispondono ai componenti negativi di reddito resi indeducibili in applicazione della norma di reazione primaria.

Al riguardo si chiede di valutare se possa rendersi applicabile la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 8, comma 2, lett. c) del Decreto ATAD che consente di riconoscere il diritto alla deduzione di componenti negativi di reddito per i quali sia stata negata la deduzione in caso di successiva inclusione del corrispondente componente positivo di reddito nello Stato di residenza o localizzazione del beneficiario in un periodo d'imposta che inizia oltre 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del soggetto passivo con riferimento al quale la deduzione è stata negata. Sarebbe a tal fine opportuno che, quantomeno con riferimento a tale fattispecie di disallineamento, fosse riconsiderata l'interpretazione prospettata a pag. 72 della Bozza di Circolare che limita l'applicazione di tale clausola di salvaguardia ai soli disallineamenti derivanti da strumenti finanziari e trasferimenti ibridi.

Sempre con riferimento a tale fattispecie di disallineamento da ibrido sarebbero, infine, opportuno specificare che:

- un disallineamento da ibridi inversi è configurabile soltanto laddove tutti i soggetti coinvolti (ossia, il soggetto pagatore, l'entità ibrida inversa e gli investitori o soci della stessa) siano "imprese associate", così come indicato nel Rapporto HMA 2015¹² (e come peraltro emerge dalle esemplificazioni contenute a pag. 54 della Bozza di Circolare);
- i componenti positivi di reddito sostenuti nei confronti dell'entità

¹² Cfr. la Raccomandazione 4.4. del Rapporto HMA 2015, secondo cui "[t]he recommendation only applies where the investor, the reverse hybrid and the payer are members of the same control group or if the payment is made under a structured arrangement and the payer is party to that structured arrangement".

ibrida inversa devono ritenersi inclusi nel reddito imponibile del beneficiario anche nella misura in cui corrispondano ad incrementi di valore delle partecipazioni nell'entità ibrida inversa che sono inclusi nel reddito imponibile dei partecipanti nella stessa, come ad esempio avviene nel caso di un investitore residente in Italia che detiene titoli partecipativi non immobilizzati emessi da un'entità ibrida inversa, la cui valutazione al *fair value* assume rilevanza ai fini della determinazione del proprio reddito imponibile ai sensi dell'art. 110, comma 1-bis, TUIR. Un simile chiarimento sarebbe giustificato (i) dalla insita correlazione tra gli incrementi di valore dei titoli partecipativi ed i componenti positivi di reddito dell'entità ibrida inversa associati al disallineamento da ibridi (caratteristica che, nella Bozza di Circolare, viene ritenuta essenziale affinché le distribuzioni da parte dell'entità ibrida inversa possano considerarsi quali redditi inclusi) e (ii) dalle indicazioni contenute nel Rapporto HMA 2015, in cui la tassazione degli investitori sugli incrementi di valore dei titoli emessi dall'entità ibrida inversa viene annoverata tra i diversi meccanismi che è possibile adottare al fine di allineare il regime tributario del pagamento nella giurisdizione dell'investitore con quello applicabile nella giurisdizione in cui l'entità è stabilita, escludendo in tal guisa l'emersione di un disallineamento da ibridi inverso (cfr. § 172)¹³.

4.2. Disallineamenti da ibridi importati

Per i disallineamenti da ibridi importati sarebbe a nostro avviso importante

¹³ Cfr. paragrafo 172 del Rapporto HMA 2015, in cui si evidenzia che “[t]here are a number of ways a jurisdiction could go about aligning the tax treatment of the payment in the investor jurisdiction with its treatment in the establishment jurisdiction. A jurisdiction may use one or a combination of measures that could include changes to residency rules, CFC rules and rules that tax a resident investor on changes in the market value of the investment. When considering changes to their offshore investment regime, jurisdictions should also take into account the effect of existing exemptions, safe harbours and thresholds that may reduce the effectiveness of those regimes in bringing into account income of a reverse hybrid” (sottolineatura aggiunta).

che l’Agenzia delle Entrate riconsiderasse la posizione espressa nella Bozza di Circolare (pag. 75) che riconduce all’ambito di applicazione di tali misure anche i disallineamenti importati da Stati membri dell’Unione Europea che hanno dato attuazione alla Direttiva ATAD con un livello di protezione inferiore rispetto a quello previsto dal Decreto ATAD.

Come più volte ribadito nel Rapporto HMA 2015 il contrasto ai disallineamenti da ibridi importati presuppone infatti necessariamente l’adozione di misure uniformi nelle differenti giurisdizioni che siano chiare, di facile amministrazione ed applicazione e che eliminino i rischi di doppia imposizione (§ 245)¹⁴ per cui ciascun membro di un gruppo multinazionale deve essere tenuto a calcolare l’ammontare del “*pagamento da disallineamento importato*” nonché della “*deduzione ibrida*” con le stesse modalità (§ 239)¹⁵ e, più in generale, ad applicare le disposizioni di contrasto ai disallineamenti da ibridi importati in maniera coordinata (§ 264)¹⁶. Per tali ragioni il Rapporto HMA 2015 raccomanda di limitarne l’applicazione ai pagamenti posti in essere verso Stati che non hanno dato attuazione alle disposizioni di contrasto ai disallineamenti da ibridi (§§ 234, 268, esempi 8.2, §7, 8.6 § 4).

Tale esigenza di coordinamento deve a nostro avviso essere preservata quantomeno in ambito europeo, escludendo dall’ambito di applicazione delle misure di contrasto ai disallineamenti da ibridi importati i pagamenti

¹⁴ “Countries applying the imported mismatch rules should, however, adopt a uniform approach that is clear, easy to administer and apply and that avoids the risk of double taxation” (§ 245)

¹⁵ “The rules contemplate that each member of the group will calculate the amount of imported mismatch payments and hybrid deduction on the same basis, in order to prevent differences in the calculation, timing and quantification of payments giving rise to the risk of over or under taxation” (§239)-

¹⁶ “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. This will allow the adjustments required under the imported mismatch rules in each jurisdiction to be calculated consistently for the whole group and in a way that avoids any unnecessary duplication of compliance obligations.”

deducibili sostenuti nei confronti di giurisdizioni europee che abbiano implementato lo standard minimo previsto dalla Direttiva ATAD. In questo senso andrebbe a nostro avviso interpretato il 25° considerando della Direttiva ATAD citato nella Bozza di Circolare. Ciò, anche in considerazione delle potenziali violazioni del diritto comunitario che potrebbero altrimenti derivare dalla indeducibilità di componenti negativi di reddito sostenuti nei confronti di controparti europee. Nella misura in cui le disposizioni del Decreto ATAD sono più restrittive rispetto a quelle previste dallo standard minimo previsto dalla Direttiva ATAD, esse non costituiscono infatti attuazione di una disciplina pienamente armonizzata a livello comunitario e non possono quindi determinare violazioni delle libertà fondamentali previste dai trattati istitutivi dell'Unione Europea sulla base degli orientamenti della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Sarebbe inoltre necessario che la Bozza di Circolare chiarisse le modalità di funzionamento concreto dei criteri indicati nel Rapporto HMA 2015 per la identificazione del “nesso” tra il “pagamento da disallineamenti importato” e la “deduzione ibrida” (metodologie “*structured*”, “*direct*” e “*indirect*”) eventualmente integrando gli esempi riportati nel paragrafo 8 della Bozza di Circolare.

Un dubbio attiene, in particolare, alle modalità da adottare per la identificazione e quantificazione delle “deduzioni ibride”, ossia delle deduzioni di componenti negativi di reddito in giurisdizioni differenti dall'Italia che possono ritenersi finanziate direttamente o indirettamente dai componenti negativi sostenuti dal soggetto passivo italiano. In particolare, dovrebbe essere chiarito quale sia la normativa rilevante ai fini della identificazione di tale valore che, come indicato nel Rapporto HMA 2015 (§ 235), costituisce il punto di partenza per l'applicazione di ciascuna delle tre metodologie indicate.

Il Rapporto HMA 2015 precisa che detto valore deve essere identificato e calcolato in base alla normativa dello Stato del contribuente che riceve il

pagamento (§252)¹⁷. Tale soluzione è evidentemente imposta dalle esigenze di coordinamento sopra evidenziate. Sarebbe, infatti, impossibile evitare fenomeni di doppia imposizione se l'esistenza e l'importo della "deduzione ibrida" dovessero essere valutati sulla base delle differenti regole e prassi applicative vigenti nelle varie giurisdizioni in cui possono essere originati i componenti negativi di reddito dei quali si deve valutare il nesso con la medesima deduzione ibrida. L'adozione di tale criterio porta, tuttavia, nuovamente ad escludere che la normativa in esame possa rendersi applicabile a disallineamenti importati da altri Stati membri dell'Unione Europea che abbiano adottato misure anche meno restrittive rispetto a quelle previste nel Decreto ATAD. In tal caso, infatti, le eventuali deduzioni ibride sostenute in tali Stati sarebbero sterilizzate sulla base delle norme di reazione adottate in tali Stati oppure, ove non dovesse sussistere un disallineamento da ibridi sulla base delle norme interne, neppure sarebbe configurabile una "deduzione ibrida" che possa ritenersi finanziata con componenti negativi di reddito sostenuti in Italia.

5. NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI

Il Decreto ATAD contiene due definizioni del concetto di "giurisdizione del beneficiario":

- una definizione è contenuta nell'art. 6, comma 1, lett. c), che definisce il concetto di deduzione senza inclusione e nella quale la giurisdizione del beneficiario è definita come "*qualsiasi giurisdizione in cui il componente positivo di reddito è conseguito o si ritiene conseguito a norma delle leggi di qualsiasi altra*

¹⁷ "The direct imported mismatch rule applies an apportionment approach that compares the amount of the taxpayer's hybrid deductions (including any indirect hybrid deductions) to the total amount of imported mismatch payments made to that taxpayer by group entities as calculated under the law of the taxpayer's jurisdiction and treats each imported mismatch payment as being set-off against those hybrid deductions in accordance with that ratio. Calculating the limitation by reference to a ratio determined under the laws of the payee jurisdiction ensures that each jurisdiction applies the direct imported mismatch rule on the same basis" (enfasi aggiunta).

- giurisdizione*” (sottolineatura aggiunta);
- una seconda definizione è contenuta nell’art. 7, comma 3, che identifica i casi in cui lo Stato Italiano, quale giurisdizione del beneficiario, è tenuta ad applicare le misure di contrasto di cui al successivo art. 8. In questo caso si dispone che lo Stato italiano si qualifica come giurisdizione del beneficiario “*laddove il componente positivo di reddito sia attribuito ad un soggetto passivo in base alla giurisdizione del pagatore*” (sottolineatura aggiunta).

Sarebbe opportuno che la Bozza di Circolare analizzasse la finalità di tale differente formulazione normativa mentre non si condivide la soluzione prospettata nella Bozza di Circolare (pag. 60) che pare implicitamente abrogare in via interpretativa il riferimento alla giurisdizione del pagatore introdotto dal legislatore nell’art. 7, comma 3, del Decreto ATAD.

La restrizione dei casi in cui l’Italia si può qualificare come giurisdizione del beneficiario che deriva dal riferimento contenuto nell’art. 7, comma 3 alla sola giurisdizione del pagatore, pare strettamente connessa alla scelta del legislatore italiano di applicare la reazione secondaria anche alle fattispecie di cui all’art. 6, comma 1, lett. r), n. 3), n. 4), n. 5) e n. 7) del Decreto ATAD non avvalendosi dell’opzione concessa dall’art. 9, comma 4, lett. a) della Direttiva ATAD che avrebbe invece consentito di escluderne l’applicazione. Tali tipologie di disallineamenti presuppongono infatti pagamenti nei confronti di entità ibride (n. 3) o stabili organizzazioni (n. 4, n. 5 e n. 7) e in questi casi la potenziale presenza di oltre due giurisdizioni coinvolte nel disallineamento ha reso opportuna l’indicazione di un’unica giurisdizione la cui normativa possa assumere rilevanza ai fini della individuazione della giurisdizione del beneficiario

La soluzione adottata dal legislatore di attribuire rilevanza ad un’unica giurisdizione (quella del soggetto pagatore) pare ragionevole con particolare riferimento ai pagamenti nei confronti di entità ibride inverse, anche in ragione della frequenza con cui tale situazione può emergere nel nostro

ordinamento in ragione della “finzione di opacità” contemplata dall’art. 73, comma 1, lett. d), TUIR e delle complessità nell’applicazione della norma di reazione secondaria in tale fattispecie che hanno anche indotto l’OCSE ad escluderne l’applicazione (il Rapporto HMA 2015 non prevede infatti l’applicazione della norma di reazione secondaria con riferimento ai disallineamenti da deduzione senza inclusione derivanti da pagamenti effettuati a favore di ibridi inversi).

Si consideri, ad esempio, il caso prospettato dalla Bozza di Circolare (pag. 60) in cui la giurisdizione del beneficiario tenuta all’applicazione della norma di reazione secondaria potrebbe essere sia lo Stato del partecipante nell’entità ibrida sia quello in cui l’entità è costituita e mancherebbe ogni regola per coordinare le due reazioni secondarie. Non è, infatti, stabilito se l’inclusione del componente positivo di reddito debba avvenire prioritariamente nella giurisdizione in cui è costituita l’entità ibrida inversa ovvero in quella del partecipante nella stessa. Si suggerisce, di conseguenza, di riconsiderare la soluzione indicata a pagina 60 della Bozza di Circolare con riferimento a questo aspetto.

6. DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTROLLI

La Bozza di Circolare (pag. 83) precisa che è onere del contribuente dare evidenza della circostanza che la fattispecie di disallineamento non ricorre ovvero dell’esistenza di fatti impeditivi o estintivi di detta pretesa, ma che tale onere di documentazione a carico del contribuente è da riferirsi alle sole “fattispecie tipiche di disallineamento” non comportando automaticamente che ogni componente negativo di reddito derivante da transazioni con imprese associate per essere deducibile debba essere supportato da una esauriente documentazione o prova dell’assenza di disallineamenti da ibridi. Tale impostazione della Bozza di Circolare volta a limitare gli oneri documentali in capo ai contribuenti è certamente apprezzabile. Sarebbe però utile che la Bozza di Circolare precisasse in cosa consistono le “fattispecie tipiche di disallineamento” per le quali si ritiene invece sussistere l’onere

documentale implicito per il contribuente. Si potrebbe al riguardo fare riferimento alle fattispecie indicate nella stessa Bozza di Circolare e, più in generale, ai precedenti di prassi pubblici dell’Agenzia delle Entrate.

Per quanto riguarda il richiamo contenuto a pag. 83 della Bozza di Circolare all’art. 32, comma 5, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, si rammenta che, al di là della dicitura formale circa gli effetti preclusivi in caso di mancata produzione dei documenti richiesti, in ogni caso tali effetti si producono esclusivamente con riferimento alla documentazione che sia nella effettiva disponibilità della parte o la cui preventiva acquisizione sia prevista dalla normativa (in questo caso l’art. 8 del Decreto ATAD).

A pagina 83 della Bozza di Circolare si afferma che *“rimane fermo che è buona pratica di gestione del rischio fiscale per i contribuenti svolgere, prima della presentazione della dichiarazione dei redditi, appropriate analisi circa il ricorrere o meno di fattispecie di disallineamenti da ibridi rilevanti, anche richiedendo la collaborazione da parte delle imprese associate, al fine di preconstituire una appropriata documentazione probatoria”*. Si ritiene opportuno precisare che tale indicazione non impone in capo al contribuente un obbligo documentale perentorio da soddisfare entro la data di presentazione della dichiarazione dei redditi.

Sarebbe, infine, auspicabile che nella Bozza di Circolare venisse fornita un’esemplificazione del tipo di documentazione probatoria da predisporre.

Da ultimo, si chiede di confermare l’assenza di obblighi documentali in relazione alle fattispecie di disallineamenti da ibridi che non possono configurarsi nel nostro ordinamento quali, in particolare:

- (i) i disallineamenti da trasferimenti ibridi, i quali non sono configurabili in Italia in virtù dei criteri domestici di qualificazione dell’operazione finanziaria ovvero dell’applicazione dell’art. 2, comma 3 del D.lgs. 21 novembre 1997, n. 461 (si vedano al riguardo gli esempi n. 3 (Pronti Contro Termine) e n. 4 (Mutuo Titoli) della

Bozza di Circolare);

- (ii) i disallineamenti da ibridi di cui all'art. 6, comma 1, lett. r), numeri 6 (componente negativo di reddito sostenuto da parte di un'entità ibrida), 7 (*internal dealing*) e 8 (doppia deduzione) del Decreto ATAD, nelle situazioni in cui l'Italia figura quale Stato del pagatore e i componenti negativi di reddito del soggetto passivo italiano non possono essere utilizzati in compensazione e/o dedotti a fronte di componenti positivi di reddito di altri soggetti passivi italiani ai sensi della normativa tributaria italiana vigente (ossia se il soggetto passivo non è incluso in un consolidato nazionale né ha esercitato l'opzione per il regime di trasparenza fiscale di cui all'art. 115 TUIR). Si rammenta, infatti, che in linea con il c.d. approccio di danno, tali disallineamenti possono verificarsi soltanto qualora vi sia un eccesso di componenti negativi rispetto a componenti positivi a doppia inclusione e tale eccesso di deduzione non sia compensabile con un importo che rappresenta un reddito a doppia inclusione, circostanza che non può ricorrere nella descritta fattispecie.

7. COORDINAMENTO DELLE NORME ANTI IBRIDI CON ALTRE DISPOSIZIONI FISCALI DEL TUIR

Sarebbe opportuno che la Bozza di Circolare chiarisse che la normativa in esame non può giustificare l'indeducibilità di componenti negativi di reddito la cui deducibilità è espressamente contemplata da normative speciali presenti nel nostro ordinamento.

Ci si riferisce, ad esempio, alla remunerazione degli strumenti finanziari rilevanti in materia di adeguatezza patrimoniale emessi da intermediari finanziari residenti la cui deducibilità dovrebbe in ogni caso essere garantita dalla disposizione speciale contenuta nell'art. 2, comma 22 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 che prevede che le remunerazioni degli stessi “*sono in ogni caso deducibili ai fini della determinazione del reddito del soggetto emittente*”. La prevalenza della disposizione in esame è anche coerente con

la Direttiva ATAD, che all'art. 9, comma 4, lett. b) consente agli Stati membri di disapplicare la normativa di contrasto ai disallineamenti da ibridi con riferimento a tale tipologia di strumenti finanziari.

Si ringrazia nuovamente per l'opportunità offerta e si rimane a disposizione per qualsiasi chiarimento e approfondimento.

Cordiali saluti,

(Maisto e Associati)