

CIRCOLARE N. 2/2022



Divisione Contribuenti

Roma 26 gennaio 2022

OGGETTO: *Circolare ATAD n. 2 - Chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi - decreto legislativo del 29 novembre 2018, n. 142 (recepimento della Direttiva "ATAD")*

INDICE

PREMESSA	4
1 LA NOZIONE DI “IBRIDISMO FISCALE”	7
1.1 Strumenti finanziari.....	7
1.1.1 Gli strumenti finanziari ibridi.....	8
1.1.2 I trasferimenti ibridi	9
1.1.3 Pagamenti sostitutivi di rendimenti finanziari.....	11
1.2 Le entità ibride	14
1.3 Le stabili organizzazioni	16
1.4 Gli ibridi importati	18
2 PROFILI SISTEMATICI DELLA NORMATIVA ANTI IBRIDI	20
2.1 Ambito Soggettivo e attività di adempimento	20
2.2 Il sistema delle norme anti ibridi ed il loro coordinamento	22
2.2.1 Le norme di prevenzione.....	23
2.2.2 Le norme di reazione.....	26
3 NORME DI REAZIONE: I PRESUPPOSTI	28
3.1 Presenza di disallineamento	29
3.1.1 Disallineamenti con effetti di doppia deduzione (DD).....	29
3.1.2 Disallineamenti con effetti di deduzione senza inclusione (D/NI).....	37
3.1.2.1 Effetto di non inclusione attribuibile allo Status del beneficiario o ad un regime fiscale speciale.....	45
3.1.2.2 Ulteriori situazioni non rilevanti ai fini dell’effetto di deduzione senza inclusione.....	48
3.2 La causa ibrida e le diverse fattispecie di disallineamento	50
3.3 L’elemento soggettivo.....	54
3.3.1 Imprese associate	54
3.3.2 Accordi strutturati	59
4 NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI	62
4.1 Le norme di reazione in caso di effetto DD	65
4.2 Le norme di reazione in caso di effetto D/NI.....	72
4.3 Le norme di reazione per gli “Ibridi importati”	78
5 ALTRI CASI DI DISALLINEAMENTO E CONNESSE REAZIONI	81
5.1 Duplicazione di crediti per imposte pagate all’estero	81
5.2 Disallineamenti da doppia residenza fiscale	84
6 DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTROLLI	86
7 COORDINAMENTO DELLE NORME ANTI IBRIDI CON ALTRE DISPOSIZIONI FISCALI DEL TUIR	87
8 CASI ESEMPLIFICATIVI	89
8.1 Disallineamenti da strumenti finanziari ibridi (articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1))	89
8.2 Disallineamenti da trasferimenti ibridi (articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1))	93
8.3 Disallineamento da componente negativo di reddito sostenuto a favore di un’entità ibrida inversa (articolo 6, comma 1, lettera r), numero 3)).....	97
8.4 Disallineamento da componente negativo di reddito non attribuito né alla stabile organizzazione esente né a casa madre - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 4).....	101

8.5	Disallineamento da pagamento a favore di una stabile organizzazione esente disconosciuta - articolo, 6 comma 1, lettera r), numero 5).....	102
8.6	Disallineamento da pagamento effettuato da un'entità ibrida - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 6).....	104
8.7	Disallineamento da onere figurativo da una stabile organizzazione - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 7).....	105
8.8	Disallineamento da ibrido – doppia deduzione - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 8).....	109
8.9	Disallineamento da ibrido importato – articolo 8, comma 3.....	111
8.10	Disallineamento da residenza fiscale - articolo 10.....	113

Premessa

Con la presente circolare si forniscono chiarimenti in merito all'applicazione delle disposizioni introdotte con gli articoli da 6 a 11 del Decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142 (di seguito "Decreto ATAD") in materia di disallineamenti da ibridi, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 300 del 28 dicembre 2018.

Tali disposizioni attuano nel sistema tributario italiano le previsioni della Direttiva (UE) 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 (ATAD 1), recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno, come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (ATAD 2).

La Direttiva ATAD 1 prevedeva misure di contrasto relativamente a taluni disallineamenti da ibridi derivanti dall'interazione tra i regimi fiscali degli Stati Membri, ma non affrontava i disallineamenti derivanti da interazioni tra uno Stato Membro e Paesi terzi, così come altre tipologie di disallineamenti da ibridi (ad esempio quelli che coinvolgono le stabili organizzazioni). Tali ambiti sono stati disciplinati con la Direttiva ATAD 2 che ha altresì affrontato i trasferimenti ibridi, i disallineamenti da ibridi importati e ulteriori tipologie riguardanti i fenomeni di doppia deduzione.

Nel seguito, per semplicità, la Direttiva ATAD 1, come modificata dalla Direttiva ATAD 2, è indicata come "Direttiva ATAD" (o "ATAD").

Le disposizioni anti ibridi (*anti hybrid rule*) previste dalla Direttiva ATAD traggono origine dai lavori svolti in seno all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), nell'ambito del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) che ha affrontato il tema dei disallineamenti da ibridi nell'ambito dell'Azione 2 volta a ripristinare la coerenza tra i vari regimi fiscali nazionali.

In questo ambito, l'OCSE ha formulato una serie di raccomandazioni attraverso due specifici rapporti (Rapporti BEPS Azione 2): il primo, pubblicato nel 2015, denominato *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: Final Report* (Rapporto HMA 2015) ed il secondo, pubblicato nel corso del 2017, denominato *Neutralising the Effects of*

Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS (Rapporto BMA 2017)

I citati rapporti sono espressamente richiamati nel Considerando n. 28 della Direttiva ATAD 2 secondo il quale «[...] *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*».

Conseguentemente, i principi e le esemplificazioni riportati nei rapporti BEPS Azione 2, assumono un ruolo rilevante quale fonte di interpretazione delle disposizioni del Decreto ATAD e devono essere tenuti in considerazione nei limiti in cui siano coerenti con le disposizioni ed i principi desumibili dal Decreto stesso, dalle Direttive ATAD nonché dalle fonti primarie del diritto europeo (Trattati).

Le disposizioni del Decreto ATAD si applicano alle imposte sui redditi d'impresa (IRPEF e IRES), mentre ragioni di ordine logico sistematico portano ad escludere dall'ambito di applicazione della disciplina in commento l'Imposta Regionale sulle Attività Produttive (IRAP) di cui al Decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446. Ciò in considerazione degli articoli 1 e 3 della Direttiva ATAD che fanno esplicito riferimento all'imposta sulle società, intendendosi come tale un'imposta personale che grava sui redditi d'impresa. Differentemente, l'IRAP non è un'imposta sul reddito, bensì un'imposta di carattere reale¹ che colpisce il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate.

Con riferimento alle corrispondenti imposte estere, qualora tra lo Stato di residenza o localizzazione del soggetto estero e l'Italia (o altra giurisdizione nel caso degli ibridi importati) sia in vigore una Convenzione per evitare le doppie imposizioni, le imposte sul reddito sono quelle ivi individuate nonché quelle di natura analoga che siano intervenute successivamente in sostituzione di quelle individuate nella medesima Convenzione. Nei casi in cui la Convenzione preveda imposte amministrare da diverse suddivisioni politiche nell'ambito dello stesso Stato (ad esempio Stato federale, Regioni, Province, Cantoni, Distretti, Dipartimenti), il riferimento alle imposte rilevanti ai fini dell'applicazione delle

¹ Nella Sentenza della Corte Costituzionale n. 156 del 21 maggio 2001, paragrafo 9.2, si ribadisce che “*l'IRAP non è una imposta sul reddito, bensì una imposta di carattere reale che colpisce il valore aggiunto prodotto dalle attività autonomamente organizzate*”

norme anti ibridi deve intendersi alle sole imposte amministrare dal livello politico più elevato (ad esempio imposte a livello federale). In ipotesi di assenza di Convenzione, dovrà farsi riferimento alle imposte gravanti sul reddito d'impresa di natura identica o analoga a quelle italiane, amministrare dal livello politico più elevato.

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 e 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).

Le disposizioni del Decreto ATAD, in ultimo, si applicano a decorrere dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2019.

Al riguardo, 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 ai sensi dell'articolo 96 del Testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito TUIR). Fanno eccezione le disposizioni di cui all'articolo 9 del Decreto ATAD, relative alla disciplina generale riguardante i disallineamenti derivanti da entità ibride inverse² che trovano applicazione a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2021.

² Sebbene tale disposizione sia destinata allo stato a rimanere priva di pratica efficacia nell'attuale contesto ordinamentale italiano. Infatti, come chiarito nella stessa relazione governativa al Decreto ATAD, «in base alle disposizioni tributarie attualmente in vigore, il reddito delle società trasparenti, ai fini delle imposte sui redditi, è imputato ai loro soci ed è assoggettato ad imposizione alla stregua di un reddito di partecipazione. Si verifica, pertanto, la effettiva inclusione del reddito dell'entità ibrida ai fini delle imposte sui redditi. L'unica fattispecie in cui il reddito della entità italiana fiscalmente trasparente non è assoggettato ad imposizione in Italia nelle mani del socio non residente (che si verifica laddove le attività della società trasparente non si qualificano alla stregua di stabile organizzazione in base alle disposizioni della convenzione per evitare le doppie imposizioni in essere tra l'Italia e lo Stato di residenza del socio estero) non può generare un caso di deduzione senza inclusione proprio perché, affinché la convenzione sia applicabile, è richiesto che lo Stato di residenza del socio estero imputi al proprio residente il reddito della società italiana con la conseguenza che ciò determina appunto l'inclusione del reddito della società trasparente italiana».

1 LA NOZIONE DI “IBRIDISMO FISCALE”

Prima di procedere con l’analisi delle disposizioni previste dal Decreto ATAD, si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni di carattere generale sul fenomeno del cosiddetto “ibridismo fiscale”, attraverso una breve disamina delle fattispecie maggiormente rilevanti.

In generale, i disallineamenti da ibridi derivano da un trattamento fiscale asimmetrico da parte di due o più sistemi fiscali in relazione a entità, stabili organizzazioni, negozi giuridici (in particolare strumenti finanziari o aventi ad oggetto strumenti finanziari), componenti di reddito, idonei a generare effetti fiscali (i “*disallineamenti*” appunto) incoerenti (e, perciò, “ibridi”) a livello internazionale, quali quelli riconducibili ai fenomeni di deduzione senza inclusione (“*deduction/no inclusion*” o D/NI) e doppia deduzione (*double deduction* o DD).

In aggiunta, seppure non rientrante in senso stretto nelle fattispecie dei disallineamenti da ibridi, tradizionalmente in questo ambito è stata affrontata anche la tematica della duplicazione (c.d. “*double dip*” o “*foreign tax credit generator*”) del credito d’imposta per redditi prodotti all’estero (quale rimedio contro la doppia imposizione giuridica).

Gli elementi in relazione ai quali, a livello internazionale, sono state registrate maggiori asimmetrie fiscali e che hanno, per lungo tempo, rappresentato la base di schemi di pianificazione fiscale aggressiva sono i seguenti:

- strumenti finanziari;
- entità ibride (dirette e inverse);
- stabili organizzazioni (sia in relazione alla configurabilità, sia all’attribuzione del reddito).

1.1 Strumenti finanziari

Nell’ambito della categoria degli strumenti finanziari che possono dare origine a fenomeni di ibridismo fiscale rientrano:

- gli strumenti finanziari ibridi;
- i trasferimenti ibridi;
- i pagamenti sostitutivi.

1.1.1 *Gli strumenti finanziari ibridi*

Gli strumenti finanziari ibridi, pur potendo assumere diverse forme, quali titoli di debito, titoli di partecipazione, finanziamenti, cessioni a pronti con prezzo differito, *leasing*, etc., sono spesso, ma non esclusivamente, riscontrati nel contesto “*debt vs equity*” e quindi si caratterizzano per il fatto di unire condizioni contrattuali tipiche sia degli strumenti di debito sia di quelli di patrimonializzazione per quanto concerne, ad esempio, le modalità di riconoscimento della remunerazione (ancorata o meno ai rendimenti dell’impresa), termini di rimborso del capitale, la partecipazione alle perdite dell’impresa, il grado di subordinazione³.

Tale caratteristica può determinare effetti di ibridismo fiscale nella misura in cui gli strumenti finanziari sono qualificati come di debito (*debt*) in uno Stato e di capitale (*equity*) in un altro, generando un diverso trattamento fiscale della remunerazione dovuta in base alle loro condizioni contrattuali, che viene trattata a fini fiscali:

- come onere da rapporti di finanziamento (*debt*) in un ordinamento giuridico (onere quindi **deducibile** quale interesse per il pagatore);
- e
- provento derivante da impiego in capitale di rischio (*equity*) nell’altro ordinamento (provento quindi in tutto o in parte **non imponibile**, anche per mezzo di credito indiretto, quale dividendo per il beneficiario).

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

³ Il Decreto ATAD, articolo 6, comma 1, lettera l) definisce gli strumenti finanziari come qualsiasi strumento che dà origine a componenti positivi di reddito propri di un rapporto giuridico di finanziamento ovvero di 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.

interesse passivo deducibile da dilazione di pagamento (5); mentre, dall'altro, il venditore (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.

In detta circostanza la causa ibrida è rinvenibile nel fatto che un Paese considera che l'acquisto dello strumento finanziario genera anche la corresponsione di un interesse passivo deducibile, mentre l'altro Paese considera la cessione del medesimo strumento finanziario senza valorizzare la causa finanziaria e, quindi, considera l'intero corrispettivo ai fini del calcolo della plusvalenza cui applica la *participation exemption*. Per altro verso, in assenza di un regime *participation exemption* si sarebbe verificata "inclusione ad altro titolo" idonea a "disattivare" le reazioni anti-ibridi.

L'effetto tipico riconducibile agli strumenti finanziari ibridi è quindi quello di deduzione senza inclusione⁴, 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 come proventi tassabili (ad esempio in quanto qualificati come dividendi esclusi/esenti o corrispettivo unitario) nel Paese del beneficiario.

1.1.2 I trasferimenti ibridi

I trasferimenti ibridi, che in genere sono riconducibili a contratti di pronti contro termine o di mutuo di titoli, hanno ad oggetto il trasferimento di strumenti finanziari e si caratterizzano per il fatto che la remunerazione dovuta in base allo strumento finanziario (ad esempio partecipazioni) oggetto di trasferimento è considerata fiscalmente come conseguita da (e, quindi, imputata a) più di una delle parti dell'accordo (ad esempio sia dal cedente a pronti che dall'acquirente a pronti).

Tale effetto di multipla imputazione fiscale della remunerazione dovuta in base allo strumento finanziario oggetto di trasferimento deriva tipicamente da un'asimmetria nei criteri di qualificazione dell'operazione finanziaria (ossia il trasferimento dello strumento

⁴ Rapporto HMA 2015 REC 1 e articolo 6, comma 1, lettera r) numeri 1 e 2 Decreto ATAD).

finanziario) posta in essere tra le parti, che può essere inquadrata, ai fini dell'imputazione fiscale della suddetta remunerazione (es: dividendo), da uno Stato sotto il profilo giuridico quale trasferimento dello strumento finanziario e da un altro Stato sotto l'aspetto economico-sostanziale quale finanziamento garantito dal trasferimento della proprietà civilistica dello strumento finanziario⁵.

Così, ad esempio, un contratto di "prestito titoli garantito" avente ad oggetto titoli azionari (cosiddetto "*stock loan*") potrebbe essere fiscalmente considerato, nello Stato di residenza dell'acquirente a pronti (*borrower* delle azioni e *lender* del *collateral*) sotto un profilo giuridico come una cessione di titoli azionari accompagnata da un obbligo di retrocessione a termine e, al contempo, dallo Stato del cedente a pronti (*lender* delle azioni e *borrower* del *collateral*) sotto il profilo economico-sostanziale come un accordo di finanziamento (dove il finanziato è il cedente a pronti) garantito da azioni trasferite a titolo di garanzia del puntuale (ri)pagamento del debito (c.d. *collateral*).

La diversa prospettiva assunta dagli Stati interessati può creare i presupposti per l'attribuzione fiscale dei frutti del titolo (dividendi) ad entrambe le parti del contratto e dunque per un disallineamento da ibridi con effetto di deduzione senza inclusione⁶.

Qualora, infatti, l'accordo tra le parti preveda la retrocessione al cedente a pronti (o mutuante delle azioni e beneficiario) dei frutti derivanti dai titoli, mediante il pagamento di una somma equivalente (*manufactured payment*) da parte dell'acquirente a pronti (o mutuatario delle azioni e pagatore), e tale componente di reddito:

i) è considerato deducibile nella giurisdizione del pagatore;

ed

ii) è trattato come rendimento (dividendo) dei titoli oggetto del trasferimento e quindi soggetto ad un regime di esenzione/esclusione nella giurisdizione del beneficiario;

si avrà un effetto di D/Ni in quanto, a fronte della deduzione del *manufactured payment* nello Stato del pagatore, lo Stato del beneficiario qualifica il *manufactured payment* come provento

⁵ L'articolo 6, comma 1), lettera n) del Decreto ATAD definisce il "trasferimento ibrido" come «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 ovvero il cui rendimento sottostante è rilevante per la determinazione della sua remunerazione»;

⁶ Rapporto HMA 2015 REC 1 e articolo 6, comma 1, lettera r) numeri 1 e 2 Decreto ATAD).

derivante dai titoli sottostanti accordando allo stesso l'esenzione/esclusione (propria dei dividendi distribuiti dallo strumento finanziario oggetto del trasferimento).

I trasferimenti ibridi possono anche generare effetti di duplicazione dei rimedi contro la doppia imposizione connessi all'applicazione di ritenute (ossia del credito per imposte pagate all'estero). Ciò può accadere qualora a fronte di una ritenuta alla fonte operata sui frutti del titolo oggetto del trasferimento, ad esempio interessi su titoli di debito, il credito per le imposte pagate all'estero sia riconosciuto sia dallo Stato dell'acquirente a pronti (o mutuatario) del titolo, sia dallo Stato del cedente a pronti (o mutuante) del titolo in virtù della contemporanea attribuzione del rendimento dei titoli, ancorché su presupposti diversi (economico e giuridico), ad entrambe le parti dell'operazione.

1.1.3 Pagamenti sostitutivi di rendimenti finanziari

Nell'ambito degli strumenti finanziari ibridi è possibile delineare un'ulteriore fattispecie denominata "Pagamenti sostitutivi" (*substitute payment*)⁷.

Si tratta di una fattispecie che si verifica in presenza dei seguenti presupposti:

- i)* il trasferimento di uno strumento finanziario interviene tra soggetti residenti o localizzati in distinte giurisdizioni;
- ii)* il corrispettivo del trasferimento include il rendimento dello strumento finanziario oggetto di trasferimento;
- iii)* il trasferimento determina la non applicazione delle reazioni previste dalle norme anti ibridi nella giurisdizione del pagatore, altrimenti applicabili.

Un caso di pagamento sostitutivo è descritto nell'esempio 1.36 del Rapporto HMA 2015, riportato nella fig. 1. In tale ipotesi C Co è emittente di uno strumento finanziario (ad es. titolo obbligazionario) che se fosse detenuto da B Co comporterebbe, all'atto del pagamento dei rendimenti, un disallineamento da ibrido diretto. Infatti, in virtù della diversa qualificazione dello strumento nelle giurisdizioni del pagatore (quale strumento di debito) e del beneficiario (quale strumento di capitale), C Co avrebbe dovuto attivare la reazione primaria, negando la

⁷ Cfr. Raccomandazione 1.2. e) del Rapporto HMA 2015.

deduzione.

Tale reazione primaria viene tuttavia evitata grazie al trasferimento dello strumento finanziario, prima del pagamento effettivo degli interessi, ad altra impresa (A Co) residente in una terza giurisdizione, che qualifica detto strumento analogamente a quanto avviene nella giurisdizione del pagatore (che, si ricorda, vede il predetto titolo come strumento di debito). In considerazione del fatto che gli interessi pagati ad A Co sono inclusi nel reddito imponibile di quest'ultima nel proprio Stato di residenza, non si verifica alcun disallineamento da ibridi (non verificandosi alcun caso di D/NI), cosicché C Co non dovrà applicare alcuna reazione.

Tuttavia, il prezzo di cessione del trasferimento dello strumento da parte di B Co ad A Co incorpora una componente finanziaria pari agli interessi *medio tempore* maturati ed ancora non pagati (nell'esempio 0,8), considerata interesse deducibile nella giurisdizione dell'acquirente A Co e plusvalenza esente nella giurisdizione del cedente B Co.

All'atto del pagamento della cedola (nell'esempio 2,0) C Co deduce gli interessi (come detto, infatti, la giurisdizione di C Co non qualifica lo strumento finanziario come ibrido). A Co include l'intera cedola nel proprio reddito imponibile ma, allo stesso tempo, deduce la quota parte retrocessa a B Co (0,8). B Co non include alcun componente positivo (in quanto, secondo le proprie regole fiscali, ha considerato l'intero corrispettivo della cessione come una plusvalenza esente).

In definitiva, il trasferimento dello strumento finanziario tra B Co e A Co ha realizzato un disallineamento con effetto D/NI che ha riverberato i propri effetti nella giurisdizione di C Co.

Nella figura che segue viene riportato graficamente quanto descritto in precedenza.

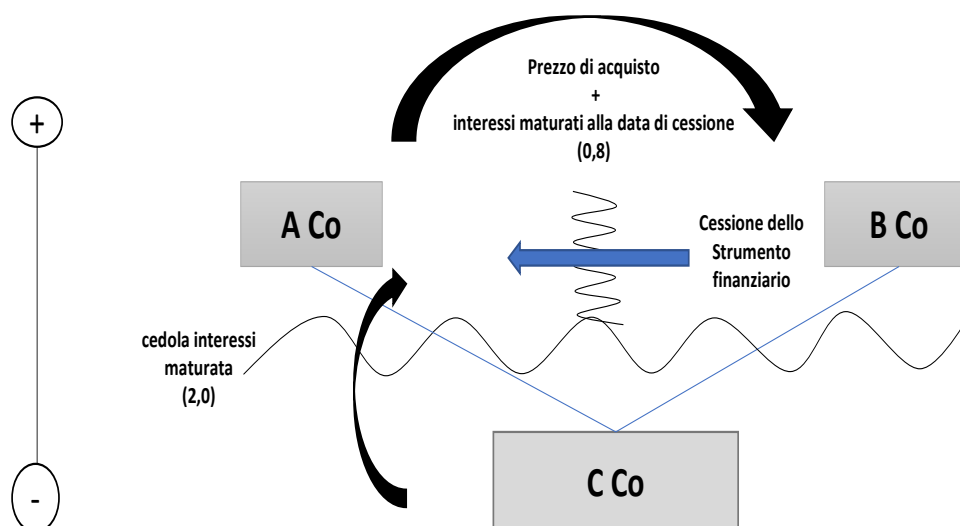


Figura n. 1

Si tratta, in generale, di operazioni di compravendita aventi ad oggetto *asset* finanziari, caratterizzate dal fatto che il disallineamento (D/NI) non è direttamente imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale, bensì al diverso trattamento fiscale del corrispettivo per la cessione dello strumento finanziario.

Il Decreto ATAD, all'articolo 6, comma 1, lettera n), include tra i trasferimenti ibridi anche «qualsiasi accordo di trasferimento di uno strumento finanziario [...] il cui rendimento sottostante è rilevante per la determinazione della sua remunerazione».

I disallineamenti derivanti da detti accordi rientrano pertanto nel novero dei “trasferimenti ibridi” (non essendo qualificabili come disallineamenti da “strumenti finanziari” in senso proprio) e, in presenza di un effetto del tipo D/NI, determinano dunque l'applicazione delle reazioni previste dalle disposizioni di contrasto da ibridi.

Riprendendo l'esempio sopra riportato, qualora la giurisdizione di C Co fosse l'Italia, il trasferimento del titolo tra B Co e A Co sarebbe da considerare ibrido e, al ricorrere delle altre circostanze richieste, sarebbe integrata la fattispecie di ibrido importato di cui si dirà al successivo paragrafo 1.6

1.2 Le entità ibride

Le entità ibride⁸, sono entità (o accordi) che sotto il profilo della soggettività passiva tributaria sono qualificate in modo asimmetrico da diversi Stati o giurisdizioni.

In particolare, si parla generalmente di entità ibride “dirette” o “in senso proprio” quando sono considerate fiscalmente “opache” nello Stato di costituzione e fiscalmente “trasparenti” in quello del socio/partecipante e, viceversa, di entità ibride “inverse” quando sono considerate soggetti fiscalmente “trasparenti” nello Stato di costituzione⁹ e fiscalmente “opache” in quello del socio/partecipante¹⁰.

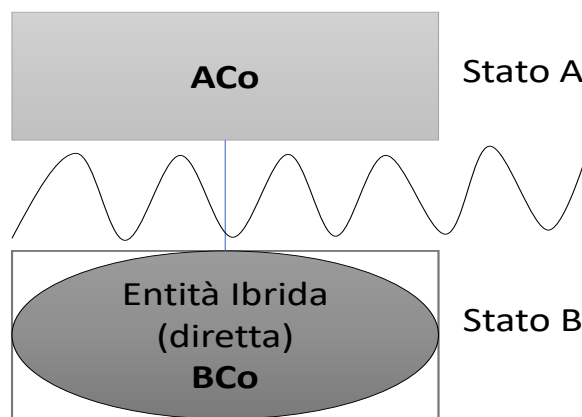


Figura n. 2

⁸ La definizione di entità ibride “dirette” e “inverse” è ricompresa nell’articolo 6, comma 1, lettera i) del Decreto ATAD, che definisce “entità ibrida” qualsiasi entità o accordo, che in base alla legislazione di uno Stato è considerato un soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi e i cui componenti positivi e negativi di reddito sono considerati componenti positivi e negativi di reddito di un altro o di altri soggetti passivi a norma delle leggi di un’altra giurisdizione.

⁹ Sono ad esempio entità trasparenti per le giurisdizioni di localizzazione le Limited Partnership inglesi, australiane, neozelandesi (LP), le Commanditaire Vennootschap (CV) olandesi e le Limited Liability Company (US LLC) americane.

¹⁰ L’investitore, in termini sostanziali, potrebbe essere qualsiasi persona a cui la giurisdizione in cui è costituita l’entità attribuisca redditi e pagamenti.

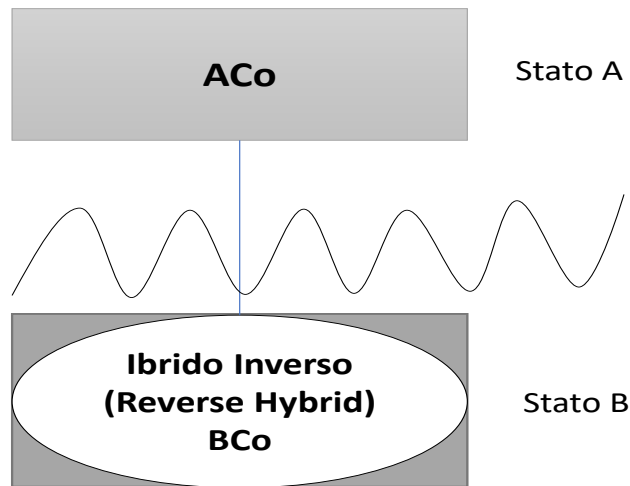


Figura n. 3

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

In particolare, un effetto DD può verificarsi qualora componenti negativi di reddito sostenuti da una entità ibrida diretta¹¹ siano considerati fiscalmente deducibili sia nella giurisdizione in cui la stessa è residente sia nella giurisdizione di residenza del socio/investitore¹². È il caso dell'entità ibrida diretta pagatrice verso altre entità (del gruppo o meno).

Quanto agli effetti fiscali di "deduzione senza inclusione" (D/NI), un primo effetto si può avere come conseguenza di differenze nell'allocazione dei pagamenti effettuati all'entità ibrida inversa¹³ che, a fronte della deduzione di un componente negativo di reddito in capo ad un soggetto (pagatore), determinano la non inclusione del corrispondente componente positivo di reddito 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

¹¹ Per completezza giova precisare che gli effetti di doppia deduzione si possono verificare anche nell'ambito di un regime di "consolidato mondiale" equivalente a quello previsto dall'articolo 130 e ss. del TUIR. L'utilizzo, infatti, di detti regimi consente di replicare la trasparenza fiscale allo stesso modo di ciò che avviene con l'utilizzo di entità ibride e stabili organizzazioni.

¹² Rapporto HMA 2015 REC 6 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 8 del Decreto ATAD.

¹³ Rapporto HMA 2015 REC 4 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 3 del Decreto ATAD.

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 estera¹⁴. È il caso dell'entità ibrida diretta pagatrice con componenti reddituali disconosciuti dal socio.

1.3 Le stabili organizzazioni

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.

Gli effetti di tali disallineamenti, che come anticipato in premessa sono stati oggetto di uno specifico rapporto OCSE (Rapporto BMA 2017), 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).

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 tra la stabile e la casa madre¹⁵. Ciò tipicamente avviene in presenza di attività esercitata in uno Stato per il tramite di una stabile organizzazione in esenzione allorquando sussistono conflitti nelle disposizioni fiscali dei due ordinamenti in relazione alle modalità di attribuzione di funzioni, *asset* e rischi tra la casa madre e la stabile organizzazione con riferimento all'attività da questa 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 *royalties* 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

¹⁴ Rapporto HMA 2015 REC 3 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 6 del Decreto ATAD.

¹⁵ Rapporto BMA 2017 REC 2 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 4 del Decreto ATAD

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 intangibile 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. È il caso della stabile organizzazione con componenti di reddito “dirottati” tra casa madre e stabile organizzazione (assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida inversa).

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 localizzazione¹⁶. In tale circostanze, 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'imposta¹⁷. È il caso della stabile organizzazione disconosciuta (parimenti assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida inversa).

Infine, un effetto D/NI potrebbe generarsi in virtù di un componente negativo di reddito (cosiddetto “*internal dealing*”)¹⁸ che si genera per il fatto che lo Stato di localizzazione della stabile organizzazione esente o con credito (oppure lo Stato di residenza della casa madre) 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,

¹⁶ La definizione di stabile organizzazione disconosciuta è contenuta nell'articolo 6, comma 1, lettera p) del Decreto ATAD.

¹⁷ Rapporto BMA 2017 REC 2 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 5 del Decreto ATAD.

¹⁸ Nei termini utilizzati dal Decreto ATAD, si tratta di un componente negativo di reddito relativo ad una operazione che si ritiene sia intervenuta tra la sede centrale e la stabile organizzazione ovvero tra due o più stabili organizzazioni che genera una deduzione senza inclusione e tale disallineamento origina dal fatto che il corrispondente componente positivo di reddito non è riconosciuto come tale in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario (articolo 6, comma 1, lettera r), n. 7).

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 della casa madre o della stabile organizzazione¹⁹. È il caso degli *internal dealing* tra casa madre e stabile organizzazione (assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida diretta pagatrice con componenti reddituali disconosciuti dal socio).

In relazione agli effetti di DD^{20 21}, 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 con 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 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 che in quello di residenza della casa madre²². 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. È il caso della stabile organizzazione con doppia deduzione assimilabile alla fattispecie dell'entità ibrida diretta pagatrice verso altre entità (del gruppo o meno).

1.4 Gli ibridi importati

In ultimo, si richiama il concetto di ibrido importato.

Tale definizione non qualifica un'autonoma categoria di disallineamento da ibridi, ma

¹⁹ Rapporto BMA 2017 REC 3 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 7 del Decreto ATAD

²⁰ Rapporto BMA 2017 REC 6 nonché articolo 6, comma 1, lettera r) numero 8 del Decreto ATAD.

²¹ L'adozione di un regime di esenzione elimina alla radice effetti di doppia deduzione e deduzione senza inclusione solo nel caso in cui le regole di attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione siano coerenti con riferimento alla giurisdizione di residenza e quella di localizzazione della stabile organizzazione.

²² Articolo 6, comma 1, lettera r), n. 8 del Decreto ATAD. L'effetto DD è condizionato alla verifica delle condizioni previste dall'articolo 6, comma 2, lettera b).

piuttosto si riferisce ad una fattispecie in cui gli effetti di un disallineamento da ibridi originato tra due giurisdizioni e non neutralizzato (ibrido di primo livello) si riverberano in altra giurisdizione (ibrido di secondo livello).

La fattispecie di ibrido importato²³ riguarda operazioni “composite” attraverso le quali un effetto di deduzione senza inclusione o di doppia deduzione, generato tra giurisdizioni estere in cui le norme anti disallineamenti da ibridi non siano state introdotte oppure lo siano state in modo difforme rispetto allo *standard* minimo di protezione previsto dal Decreto ATAD, viene trasferito (importato) in giurisdizioni che le hanno adottate e che pertanto avrebbero reagito alla diretta generazione dell’effetto ibrido.

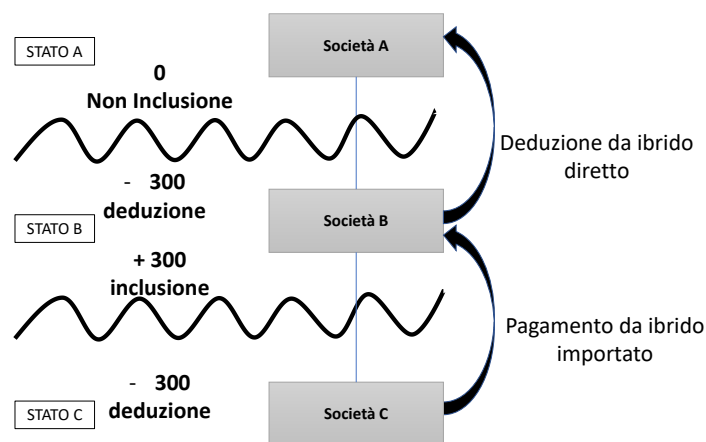


Figura n. 4

Giova precisare, al riguardo, che la fattispecie di ibrido importato non assume rilevanza qualora l’effetto di deduzione senza inclusione o di doppia deduzione è generato all’interno di una medesima giurisdizione (c.d. ibrido interno estero), coerentemente con l’impostazione assunta dal legislatore italiano e confermata dalla relazione illustrativa al Decreto ATAD secondo la quale «i disallineamenti, oggetto delle disposizioni in commento, sono quelli che si verificano in ambito transnazionale²⁴». Resta comunque salva la possibilità di contrastare aggiramenti delle disposizioni anti ibridi attraverso l’applicazione della norma generale antiabuso di cui all’articolo 10-bis della Legge 27 luglio 2000, n. 212.

²³ Articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD.

²⁴ Relazione illustrativa pagina 30.

2 PROFILI SISTEMATICI DELLA NORMATIVA ANTI IBRIDI

2.1 Ambito Soggettivo e attività di adempimento

L'ambito soggettivo delle disposizioni in commento è definito dall'articolo 6, comma 1, lettera t) del Decreto ATAD che comprende nel concetto di "soggetto passivo":

1. le società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b) del TUIR;
2. i soggetti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera c) del TUIR che sono titolari di redditi di impresa;
3. le stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d) del TUIR;
4. le società di cui all'articolo 5 del TUIR, con esclusione delle società semplici e soggetti ad esse assimilate;
5. i soggetti persone fisiche esercenti imprese commerciali e dunque possessori di redditi d'impresa.

L'ambito tracciato dall'articolo 6, comma 1, lettera t) del Decreto ATAD è più ampio di quello definito dalla Direttiva ATAD che prevede l'applicazione delle disposizioni anti-ibridi esclusivamente per «*i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri, comprese le stabili organizzazioni*», escludendo quindi le persone fisiche esercenti attività d'impresa. Si tratta, tuttavia, di una scelta coerente con le previsioni della citata Direttiva che prevede essenzialmente un livello di protezione minimo contro le pratiche fiscali aggressive lasciando agli Stati membri la possibilità di ampliare il livello di tutela.

I soggetti passivi sopra elencati sono chiamati ad una attività di adempimento consistente nella individuazione dei presupposti rilevanti per l'applicazione delle disposizioni anti ibridi e nell'applicazione delle pertinenti misure di contrasto.

Tuttavia, come sarà ampiamente illustrato di seguito, il tipo di reazione dipende in larga parte dal ruolo assunto dal soggetto passivo che, nell'ambito delle fattispecie tipiche di disallineamenti internazionali, qualificherà lo Stato italiano quale Stato del soggetto passivo "pagatore", del soggetto passivo "investitore" (nei casi di doppia deduzione) e del soggetto

passivo “beneficiario” (nei casi di deduzione senza inclusione).

In definitiva, il contribuente italiano che si qualifica soggetto passivo è chiamato ad elaborare un processo valutativo al momento della determinazione della base imponibile ai fini IRES o ai fini IRPEF per verificare l’esistenza di una delle fattispecie rilevanti (articoli 6 e 10 del Decreto ATAD) ed il ruolo in esse assunto (articolo 7 del Decreto ATAD). In esito a tale attività, il contribuente valuterà l’applicazione delle pertinenti disposizioni fiscali (articoli 8, commi 1, 2 e 3 e 10, commi 1 e 2 del Decreto ATAD)²⁵.

L’introduzione di un sistema di norme anti ibridi, può dare luogo a processi valutativi e decisionali che possono comportare da parte di un soggetto passivo l’eliminazione alla radice del disallineamento da ibridi mediante operazioni di ristrutturazione o rimodulazione degli accordi. Ad esempio, un disallineamento da strumento finanziario ibrido potrebbe essere rimosso sostituendo lo strumento finanziario ibrido con un diverso strumento finanziario non soggetto ad asimmetrie nella qualificazione tra due diverse giurisdizioni (come nel caso di un interesse passivo deducibile per il pagatore cui corrisponderebbe l’inclusione dello stesso come interesse attivo in capo al beneficiario). In termini generali, queste operazioni di per sé non sono censurabili come abusive e, salvi ulteriori profili da valutare caso per caso, il comportamento del contribuente rimarrebbe lecito anche se la nuova operazione dia accesso alla deduzione di un componente negativo di reddito (ad esempio l’interesse passivo) che, in assenza della modifica volta a rimuovere la causa ibrida, sarebbe stato indeducibile in quanto oggetto di reazione in base alle disposizioni di contrasto ai disallineamenti da ibridi.

Tale approccio è coerente con l’idea di fondo che ha ispirato l’introduzione delle disposizioni anti ibridi in ambito internazionale. Il Rapporto HMA 2015, capitolo 9, paragrafo 278, precisa infatti che la finalità della disciplina non risiede nell’esigenza di raccogliere maggior gettito o di modificare in radice le scelte di politica fiscale dei singoli ordinamenti nazionali, bensì in quella di spingere i contribuenti verso strutture fiscali lineari e più trasparenti.

Appare opportuno, infine, chiarire che le previsioni contenute nel Decreto ATAD hanno

²⁵ La gestione della variazione fiscale avviene per il tramite di una specifica variazione in aumento nelle pertinenti dichiarazioni fiscali. Ad esempio per le società di capitali (Modello Redditi SC2021) dovrà essere utilizzato il rigo RF31 - codice 68. Parimenti con riferimento alle società di persone (Modello Redditi SP2021) e nel caso di imprenditori individuali (Modello Redditi SP2021).

natura di “norme di sistema” e non si qualificano come “norme antiabuso”. Ne consegue che le medesime non possono essere oggetto di disapplicazione a seguito di interpello disapplicativo e, in caso di loro violazione, occorrerà valutare da parte degli organi di controllo la sussistenza dei presupposti di legge per la comunicazione all’autorità giudiziaria per le autonome valutazioni in merito all’applicabilità delle previsioni di cui all’articolo 4 del Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74.

2.2 Il sistema delle norme anti ibridi ed il loro coordinamento

Il Decreto ATAD, in linea con le raccomandazioni dei rapporti BEPS Azione 2 e delle previsioni della Direttiva ATAD, introduce un sistema di contrasto ai disallineamenti ibridi che si fonda su due tipologie di norme:

1. **norme di prevenzione volte ad eliminare le cause** dei disallineamenti da ibridi (articolo 8, comma 4 del Decreto ATAD, relativo alla stabile organizzazione disconosciuta e l’articolo 9 del Decreto ATAD, relativo agli “ibridi inversi”);
2. **norme di reazione volte a rimuovere gli effetti** dei disallineamenti da ibridi (articoli 8, commi 1, 2 e 3, e articolo 10 del Decreto ATAD), anche articolate secondo una reazione primaria e una reazione secondaria.

Vi è, inoltre, un’altra disposizione che opera sugli effetti fiscali: si tratta dell’articolo 8, comma 5 del Decreto ATAD che contrasta i fenomeni di duplicazione del credito d’imposta estero. Come accennato, tale disposizione, pur rientrando tra le reazioni che operano a posteriori sugli effetti fiscali (diversi dai disallineamenti propriamente detti di deduzione senza inclusione e di doppia deduzione), presenta delle peculiarità in ordine ai criteri di applicazione che ne consigliano la trattazione separata.

Il sistema delle norme anti ibridi, dunque, si presenta articolato comprendendo norme che intervengono in via preventiva sulle cause del disallineamento e norme che mirano a neutralizzare gli effetti fiscali prodotti dall’ibridismo fiscale.

Per garantire un efficiente funzionamento del sistema ed eliminare possibili fenomeni di doppia imposizione è possibile tracciare una gerarchia nell’applicazione delle norme secondo la quale:

- le norme di prevenzione, in quanto disposizioni che mirano ad eliminare alla radice la causa del disallineamento da ibridi, vanno applicate in via prioritaria;
- le norme di reazione, come anticipato, sono articolate secondo una reazione primaria e una reazione secondaria e trovano applicazione per sopperire alla mancanza delle disposizioni di cui sopra.

La logica sottostante il suesposto criterio di coordinamento risiede nella constatazione che nessuna ulteriore reazione può essere richiesta nella misura in cui la causa del disallineamento sia stata rimossa in conseguenza dell'attivazione, a priori, di una disposizione legislativa "di sistema" che ristabilisca la coerenza degli ordinamenti fiscali coinvolti.

Il delineato sistema di coordinamento implica, inoltre, di tenere in considerazione le disposizioni dell'ordinamento tributario dello Stato estero interessato, in quanto le cause di un disallineamento potrebbero essere eliminate da disposizioni analoghe o equivalenti a quelle presenti nell'ordinamento italiano sopra menzionate.

Così ad esempio, se un soggetto passivo residente sostiene e deduce un componente negativo a favore di una stabile organizzazione disconosciuta, non sarà attivabile alcuna reazione primaria nel caso in cui lo Stato della casa madre abbia nel proprio ordinamento una norma equivalente all'articolo 8, comma 4, del Decreto ATAD, per cui è tenuta a "disattivare" la *branch exemption* e ad includere il componente positivo di reddito nella propria base imponibile. In tal caso, infatti, il disallineamento è rimosso alla base venendo meno il presupposto per l'applicazione delle norme di reazione.

Ed ancora, 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.

2.2.1 Le norme di prevenzione

Le norme di prevenzione, come prima accennato, sono disposizioni che mirano ad

eliminare alla radice la causa del disallineamento da ibridi.

Una prima disposizione rientrante in tale categoria è l'articolo 8, comma 4, del Decreto ATAD²⁶ a mente del quale, in presenza di un "disallineamento da ibridi" che coinvolge il reddito di una stabile organizzazione "disconosciuta" di un soggetto passivo residente, tale reddito è imponibile in capo a quest'ultimo.

In altri termini, la stabile organizzazione esente considerata fiscalmente "opaca" nello Stato di residenza della casa madre e disconosciuta dallo Stato di localizzazione, in virtù dell'applicazione della norma in commento sarà considerata fiscalmente "trasparente" nello Stato di residenza della casa madre con disattivazione del regime di esenzione.

Va osservato, peraltro, che tale disposizione, nel contesto dell'ordinamento italiano, si aggiunge ad un'altra con più ampio campo di applicazione già prevista in relazione al regime di esenzione delle stabili organizzazioni di cui all'articolo 168-ter del TUIR. Il Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 28 agosto 2017, infatti, subordina l'efficacia dell'opzione per la disciplina sulla esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni all'estero di imprese residenti alla circostanza che la giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione ne riconosca l'esistenza.

Rappresenta una norma a carattere preventivo volta ad eliminare le cause del disallineamento anche l'articolo 9 del Decreto ATAD relativo alle "entità ibride inverse" costituite in Italia. La norma, in particolare, dispone che qualora una o più imprese che controllano un'entità fiscalmente trasparente costituita o stabilita in Italia siano residenti in uno Stato che considera detta entità fiscalmente opaca, il reddito prodotto dall'entità ibrida è soggetto ad imposizione in Italia nella misura in cui quest'ultimo non è altrimenti soggetto ad imposta a norma delle leggi di altro Stato.

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

²⁶ Riconducibile al Rapporto BMA 2017 REC 1.

g) del TUIR, fatta salva l'eventuale e circostanziata ipotesi in cui la Convenzione contro le doppie imposizioni sul reddito ed il patrimonio tra l'Italia e lo Stato di residenza fiscale del socio estero preveda che il reddito dell'entità trasparente è assoggettato a tassazione nello Stato di residenza fiscale del socio, con conseguente effetto di inclusione e, dunque, neutralizzazione del disallineamento²⁷.

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.

Appartengono inoltre alla categoria delle disposizioni che agiscono preventivamente sulla causa dell'ibridità alcune norme tributarie già presenti nel sistema fiscale italiano all'atto dell'emanazione del Decreto ATAD.

Tra queste assume particolare rilevanza l'articolo 44, comma 2, lettera a) del TUIR a mente del quale le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonché ai titoli ed agli strumenti finanziari emessi da soggetti non residenti si considerano simili alle azioni a condizione che, tra l'altro, la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente.

Considerazioni analoghe valgono per il combinato disposto dell'articolo 89, comma 3-*bis*, lettera b) e 3-*ter*, in caso di strumenti finanziari ibridi emessi da soggetti non residenti che abbiano accesso ai benefici previsti dalla Direttiva "madre-figlia" (Direttiva n. 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati Membri diversi, successivamente rivista nella Direttiva n. 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011).

Anche in tal caso la norma opera intervenendo sulla qualificazione dello strumento finanziario che, nella misura in cui genera proventi dedotti fiscalmente nello Stato dell'emittente, non può essere qualificato fiscalmente in Italia, *ex lege*, come strumento di capitale con la conseguenza che a detti proventi non potrà essere riconosciuto nel nostro ordinamento il trattamento fiscale ordinariamente previsto per i dividendi (*dividend*

²⁷ Relazione illustrativa al Decreto ATAD pagina 41.

exemption).

2.2.2 Le norme di reazione

Le *norme di reazione* disciplinate dall'articolo 8, commi 1, 2 e 3 e dall'articolo 10 del Decreto ATAD sono disposizioni normative che agiscono sugli effetti del disallineamento da ibridi, a seconda dei casi, negando la deduzione di un componente negativo di reddito o forzando l'inclusione di un componente positivo di reddito, così come descritto nei successivi capitoli 3 e 4.

Per quanto riguarda il coordinamento delle disposizioni che mirano ad eliminare gli effetti derivanti da disallineamenti da ibridi, come si dirà in dettaglio nel prosieguo, esiste una gerarchia nell'applicazione delle reazioni primaria e secondaria previste dall'articolo 8, commi 1 e 2 del Decreto ATAD, volta ad assicurare il necessario coordinamento tra le giurisdizioni coinvolte e ad evitare reazioni multiple che determinino fenomeni di doppia imposizione.

Il compito di rimuovere gli effetti dei disallineamenti da ibridi spetta, prioritariamente, alla giurisdizione chiamata ad applicare la reazione primaria e, solo in assenza di tale previsione (o di presupposti di attivazione della reazione primaria difformi rispetto a quelli dell'altra giurisdizione), emergeranno i presupposti per l'applicazione della reazione secondaria da parte dell'altra giurisdizione. Ne consegue che, in termini generali, la reazione secondaria non troverà applicazione laddove l'ordinamento dell'altra giurisdizione coinvolta preveda un appropriato obbligo di applicare la reazione primaria.

Si tratta, quindi, di un coordinamento tra gli ordinamenti tributari degli Stati interessati dal fenomeno ibrido, fondato sul presupposto che lo Stato estero abbia adottato una disciplina anti ibridi che comporti un livello di protezione minimo coerente con quanto previsto dal Decreto ATAD.

Solo in tali casi, infatti, si potranno considerare rimossi i disallineamenti tra sistemi giuridici da cui derivano effetti fiscali da ibridi e quindi giustificata la non applicazione delle norme di reazione (in caso ad esempio di norme di sistema che eliminano la causa del fenomeno ibrido alla radice) o della reazione secondaria (in caso di presenza di norme di

reazione primaria).

Ciò non potrà verificarsi qualora lo Stato estero abbia adottato soluzioni che non garantiscono un livello di protezione minimo coerente con quanto previsto dal Decreto ATAD. 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 e le relative reazioni con i corrispondenti presupposti previsti dal Decreto ATAD, vale a dire la presenza di un disallineamento, la causa ibrida e l'elemento soggettivo, nonché le relative reazioni.

In tale contesto deve essere operata una distinzione tra l'assenza nell'altro ordinamento di una disposizione che preveda una reazione in presenza di un disallineamento da ibridi e 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.

Ciò ad esempio, può avvenire quando l'emittente di uno strumento finanziario ibrido dal quale deriva un componente negativo deducibile non abbia applicato la dovuta reazione primaria, rendendolo indeducibile, pur essendone obbligato dalle disposizioni anti ibridi interne.

Al ricorrere di tali circostanze, in linea di principio, in Italia non è applicabile la reazione secondaria e l'Amministrazione finanziaria italiana potrà attivare gli strumenti di cooperazione internazionale con la giurisdizione estera affinché la stessa, ricevute le rilevanti informazioni, accerti la violazione.

Tale ultima soluzione, tuttavia, al fine di garantire l'integrità e l'effettività del sistema delle disposizioni anti ibridi, si ritiene applicabile solo in presenza di uno Stato membro dell'Unione europea o di altri Stati terzi con i quali è in vigore uno specifico accordo per lo scambio delle informazioni; diversamente la reazione secondaria sarà comunque attivabile in Italia al fine di neutralizzare il disallineamento.

Nell'assunto che le norme anti ibridi hanno la finalità di eliminare le asimmetrie tra

ordinamenti tributari di diversi Stati, in modo automatico e non discrezionale, laddove tali asimmetrie si manifestino, la spontanea rimozione da parte del contribuente dell'effetto derivante dalla esistenza di un disallineamento da ibridi (ad esempio tramite una variazione in aumento del proprio reddito imponibile), in assenza di uno specifico obbligo previsto da norme di sistema del proprio ordinamento, non assumerà rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme di reazione.

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

3 NORME DI REAZIONE: I PRESUPPOSTI

I presupposti necessari all'attivazione delle *norme di reazione* secondo il Decreto ATAD sono tre:

- **presenza di disallineamento**, ossia un effetto di doppia deduzione o di deduzione senza inclusione (articolo 6, comma 1, lettera a));
- **presenza di una causa ibrida**, secondo le fattispecie tipiche previste dal Decreto ATAD (articolo 6, comma 1, lettera r, numeri da 1) a 8))²⁸;
- **elemento soggettivo** (articolo 6, comma 2, lettera c)). Il disallineamento ibrido deve verificarsi tra “imprese associate”, tra un soggetto passivo ed un'impresa associata, tra la “sede centrale” ed una stabile organizzazione, tra due o più stabili organizzazioni di una stessa entità ovvero nell'ambito di un “accordo strutturato” di cui il soggetto passivo sia parte.

²⁸ Giova anticipare che, per le fattispecie previste dai numeri da 6 a 8, affinché sia effettivamente integrata la fattispecie incentrata su entità ibrida diretta o stabile organizzazione (si veda in merito anche l'ultima parte del Considerando 15 della Direttiva ATAD 2), è anche necessario il riscontro di reddito “non a doppia inclusione” nella giurisdizione del pagatore (si veda l'articolo 6, comma 2, lettera b del Decreto ATAD).

3.1 Presenza di disallineamento

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

3.1.1 Disallineamenti con effetti di doppia deduzione (DD)

L'effetto di "doppia deduzione" (DD), a mente dell'articolo 6, comma 1, lettera b) del Decreto ATAD, si verifica quando un medesimo componente negativo di reddito è dedotto nella giurisdizione del soggetto che si qualifica come "pagatore" e nella diversa giurisdizione del soggetto che si qualifica come "investitore"²⁹. Per deduzione si intende l'importo considerato deducibile ai fini delle imposte sui redditi a norma delle leggi della giurisdizione del pagatore o dell'investitore (articolo 6, comma 1, lettera d).

Il richiamo specifico alla giurisdizione del pagatore e dell'investitore deriva dalla circostanza che effetti di doppia deduzione possono concretizzarsi solo in caso di componenti negativi di reddito sostenuti (o ritenuti sostenuti) sia dal pagatore che dal soggetto investitore, quando quest'ultimo ha con il primo un rapporto partecipativo (se il pagatore è un'entità ibrida anche a seguito dell'esercizio di una opzione, oppure è un'entità in regime di consolidato mondiale) o un rapporto di integrazione organica, quale quello esistente tra casa madre e stabile organizzazione.

Ai fini dell'individuazione dell'effetto DD assume rilevanza il concetto di componente negativo di reddito, definito dall'articolo 6, comma 1, lettera z), del Decreto ATAD, come un onere al quale è associato un flusso finanziario, indipendentemente dal fatto che l'aspetto finanziario si manifesti nello stesso periodo di imposta in cui detto onere risulta sostenuto oppure in un periodo di imposta anteriore o posteriore.

Si tratta di una definizione ampia che comprende qualsiasi elemento di costo che sia

²⁹ Ne discende che non costituisce un effetto di "doppia deduzione" secondo il Decreto ATAD il caso in cui la società B (partecipata) deduca un componente negativo di reddito (es: perdita su crediti) da cui deriva una perdita fiscale (locale) e la società A (partecipante) deduca la svalutazione (o la perdita da realizzo da cessione) della partecipazione nella Società B. In tale caso il componente negativo dedotto dalla società B (perdita su crediti) non è lo «stesso componente negativo di reddito» dedotto dalla Società A (svalutazione o perdita da cessione della partecipazione).

correlato ad una manifestazione finanziaria, come ad esempio le spese per servizi, affitti, interessi, *royalties* ed altre spese relative all'attività d'impresa. Inoltre, l'ampio tenore letterale della norma lascia ritenere che rientrino nella nozione di componente negativo anche i costi per l'acquisto di beni merce.

La circostanza, inoltre, che l'aspetto finanziario di un onere possa manifestarsi anche in un periodo di imposta anteriore o posteriore, consente di ricomprendere tra i componenti negativi di reddito rilevanti quelli connessi all'utilizzo di immobilizzazioni materiali ed immateriali, come ad esempio svalutazioni e ammortamenti deducibili. In tali casi, infatti, è da ritenere che il flusso finanziario si sia manifestato in via anticipata all'atto dell'acquisizione dell'immobilizzazione ancorché il relativo costo si rifletta nella determinazione dell'imponibile come deduzione nel corso del tempo in ragione dell'utilizzo del cespite.

Tale interpretazione, oltre a rispondere ad esigenze di sistematicità e integrità del sistema delle regole anti ibridi, appare coerente con le indicazioni del Rapporto HMA 2015 che, nell'ambito della Raccomandazione 6, Paragrafo 192, relativamente all'effetto di DD, prevede in termini generali che le strutture che danno origine a effetti di doppia deduzione in relazione a pagamenti possono anche essere utilizzate per generare doppie deduzioni di svalutazioni o ammortamenti. Analoghe considerazioni sono contenute nel Rapporto BMA 2017 in relazione agli effetti di DD che coinvolgono stabili organizzazioni.

Sempre a tal riguardo, il considerando n. 21 della Direttiva ATAD 2, prevede che *«la definizione di disallineamento da ibridi dovrebbe altresì comprendere fenomeni di doppia deduzione, indipendentemente dal fatto che essi si verifichino a seguito di pagamenti, spese non considerate pagamenti a norma del diritto nazionale o perdite per ammortamento o deprezzamento [...]»*.

Tuttavia, in considerazione del fatto che l'appuramento di fenomeni che danno luogo a disallineamenti ibridi può, in linea di principio, riguardare eventi risalenti nel tempo, per esigenze di semplificazione e per evitare oneri da adempimento per i contribuenti non proporzionali si ritiene, coerentemente con le raccomandazioni contenute nei rapporti

OCSE³⁰, che non rilevino ai fini dei disallineamenti in commento gli ammortamenti e le svalutazioni relativi ad immobilizzazioni materiali o immateriali acquisite fino al periodo d'imposta in corso alla data del 28 dicembre 2018, data di pubblicazione del Decreto ATAD.

In ultimo, occorre evidenziare che l'effetto di doppia deduzione di un componente negativo di reddito diviene rilevante, come si vedrà con maggior dettaglio nel prosieguo, solo nel periodo d'imposta e nella misura in cui può essere considerato "effettivamente dannoso", il che si verifica quando nella giurisdizione del pagatore il componente negativo di reddito oggetto di doppia deduzione eccede eventuali componenti positivi considerabili a "doppia inclusione" (*eccesso di deduzione*) e tale eccedenza è compensata a fronte di redditi considerabili "non a doppia inclusione" (c.d. approccio di danno ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD).

A tal riguardo, per reddito a "doppia inclusione" si intende, a mente dell'articolo 6, comma 1, lettera g) del Decreto ATAD, «*qualsiasi elemento di reddito incluso a norma delle giurisdizioni in cui si è verificato il disallineamento*», ossia la giurisdizione del pagatore e dell'investitore (in caso di DD) o del pagatore e del beneficiario (in caso di D/NI).

Si ipotizzi che la società A residente nello Stato A (Stato dell'investitore) operi nello Stato B (Stato del pagatore) sia con una stabile organizzazione (con credito) che con una società controllata B. La stabile organizzazione sostiene componenti negativi di reddito per 110 a fronte di ricavi per 100. I componenti negativi di reddito risultano dedotti sia in capo alla stabile organizzazione, nello Stato B, sia in capo alla sede principale, nello Stato A. I ricavi della stabile organizzazione, considerabili a doppia inclusione (+100), sono inferiori ai componenti negativi doppiamente dedotti e ciò determina il c.d. "*eccesso di deduzione*" di una perdita fiscale di -10. Si ipotizzi inoltre che detto importo (-10), nello Stato B, venga al tempo stesso compensato in regime di consolidato fiscale con i redditi della società B (+10), che sono redditi "non a doppia inclusione" in quanto B è fiscalmente opaca (per entrambi gli Stati). In questo modo viene a determinarsi un disallineamento con effetto di doppia

³⁰ L'OCSE in tema di rilevanza delle perdite propone di non considerare rilevanti quelle maturate in periodi chiusi entro il 31 dicembre 2016 (cfr. par. 263 del Rapporto HMA 2015 e par. 112 del Rapporto BMA 2017).

deduzione (10) che attiva le reazioni previste dall'articolo 8, comma 1 del Decreto ATAD.

Nel contesto dei disallineamenti con effetto di doppia deduzione, occorre verificare l'impatto prodotto dall'eventuale applicazione delle norme sulle imprese controllate estere (CFC) in capo ad un'entità controllante localizzata nella stessa giurisdizione dell'entità che si qualifica quale soggetto investitore. In detta circostanza, infatti, potrebbe essere generata una forma di ulteriore inclusione da assimilare a un reddito a "doppia inclusione" idonea a risolvere il disallineamento.

Riprendendo il precedente esempio, ciò potrebbe avvenire laddove il reddito della società B (+10) sia incluso nella base imponibile della controllante (nello Stato A) a seguito dell'applicazione delle "CFC rule". In altri termini, grazie al regime CFC il reddito della società B, compensato con l'*eccesso di deduzione* (*rectius* con la perdita fiscale della stabile organizzazione) nella giurisdizione del pagatore, rileva anche in quella dell'investitore, determinando un reddito a doppia inclusione. Nondimeno, affinché la disciplina CFC possa consentire la neutralizzazione del disallineamento in commento è necessario che siano verificate precise condizioni riportate nell'esempio 6.4 del Rapporto HMA 2015³¹.

In ultimo, con riguardo alle fattispecie di "doppia deduzione" di cui all'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD, caratterizzate dalla rilevanza del "reddito a doppia inclusione", si possono verificare in modo pressoché naturale effetti che necessitano di attento inquadramento al fine di evitare che si verifichino effetti fiscali distorsivi.

Ci si riferisce, nel contesto dei disallineamenti che riguardano le stabili organizzazioni o le entità ibride (dirette) al caso in cui si sia in presenza di un componente negativo di reddito che non è riconosciuto come tale (e quindi non è deducibile) in base alle leggi della giurisdizione dell'investitore ma che invece è incluso nella giurisdizione del "pagatore".

Si pensi, nell'ambito degli effetti di "doppia deduzione", ad un ulteriore componente negativo di reddito (*internal dealing*) sostenuto:

³¹ HMA2015, Esempio 6.4: **Calculating dual inclusion income under a CFC regime.** *A tax administration may treat the net income of a controlled foreign company (CFC) that is attributed to a shareholder of that company under a CFC or other offshore inclusion regime as dual inclusion income if the taxpayer can satisfy the tax administration that such income has been calculated on the same basis and is treated as ordinary income that is subject to tax at the full rate under the laws of both jurisdictions. Such income will be eligible to be treated as dual inclusion income even if it carries with it an entitlement to credit for underlying foreign taxes that shelters a liability to tax in the parent jurisdiction.*
Si veda infra paragrafo 3.1.2

- da una sede centrale in favore della propria stabile organizzazione col credito d'imposta (e quindi soggetta al *world wide taxation principle*), ovvero;
- da un'entità partecipante nei confronti della entità ibrida (diretta) partecipata.

In entrambe le suddette circostanze, nella prospettiva della giurisdizione della casa madre o del partecipante il citato componente negativo di reddito è fiscalmente irrilevante (disconosciuto). Viceversa, nella prospettiva della giurisdizione della stabile organizzazione o dell'entità ibrida (diretta) il correlato componente reddituale è incluso nell'imponibile e, quindi, assoggettato a tassazione.

Si verifica, in altri termini, un effetto di “*non deduzione ed inclusione*” tra casa madre e stabile organizzazione o tra socio e partecipata, che si potrebbe affiancare ad un effetto di “doppia deduzione”, tra le medesime entità.

Si consideri a titolo esemplificativo:

- la società A, fiscalmente residente nello Stato 1 che opera nello Stato 2 con una stabile organizzazione (con credito);
- la società A realizza componenti positivi di reddito verso terze parti per 150;
- la stabile organizzazione, nel rendere un servizio alla casa madre, sostiene componenti negativi di reddito verso terze parti per 100 e viene remunerata dalla casa madre tramite un *internal dealing* per 105.

L'applicazione del *worldwide taxation principle* (e quindi la trasparenza fiscale della stabile organizzazione con credito) comporta che il componente di reddito dalla stessa sostenuto verso terze parti (100) sia doppiamente deducibile sia nello Stato 2 (della stabile organizzazione) sia nello Stato 1 (della casa madre).

L'*internal dealing*, viceversa, è incluso quale componente positivo di reddito nell'imponibile della stabile organizzazione ma non è fiscalmente rilevante (e quindi non è deducibile) nella prospettiva della giurisdizione della casa madre.

La società A, nell'esempio, ha quindi complessivamente prodotto un reddito di 50 (150 di ricavi verso terzi e 100 di costi verso terzi) dei quali 5 anche dichiarati presso la giurisdizione della stabile organizzazione (105 di *internal dealing* e 100 di costi verso terzi).

In base al Decreto ATAD, il costo di 100 verso terzi rientra in pieno nella definizione di “doppia deduzione” (in quanto è deducibile sia presso la stabile organizzazione, quale “pagatore”, che presso casa madre, quale “investitore”) mentre, nell’esempio, da una prima analisi della fattispecie si potrebbe concludere per l’assenza di alcuna forma di “reddito a doppia inclusione” secondo la definizione contenuta nell’articolo 6, comma 1, lettera g), in quanto il componente di reddito incluso presso la stabile organizzazione (l’*internal dealing* per 105) non è incluso anche presso casa madre (ove si verifica l’inclusione di altro componente positivo di reddito, vale a dire il ricavo verso terzi per 150).

Tuttavia, concludere nel senso del perfezionamento di una fattispecie di disallineamento da ibridi da doppia deduzione, con la conseguente applicazione della negazione della deduzione per 100, produrrebbe un effetto distorsivo imponendo alla società A di non dedurre il costo di 100 o presso casa madre (reazione primaria) o presso la stabile organizzazione (reazione secondaria), creando in ultima analisi una base imponibile di 150 (pari al ricavo lordo di 150).

Per risolvere tale effetto distorsivo è necessario valorizzare il descritto effetto di “non deduzione ed inclusione”, a condizione che trovi fondamento nella stessa causa ibrida che genera l’effetto DD, ossia la presenza di una stabile organizzazione o di un’entità ibrida diretta, quale forma alternativa di “reddito a doppia inclusione” e dunque da ritenere equivalente ad un effetto di doppia inclusione del componente positivo di reddito tassato dalla giurisdizione della stabile organizzazione (o entità ibrida diretta). Tale soluzione interpretativa, oltre ad essere coerente con il principio generale dell’approccio di danno previsto dal medesimo Decreto, è anche in linea con le indicazioni OCSE contenute nel paragrafo 73 del Report HMA 2017 ove, nel contesto della fattispecie di cui all’articolo 6, comma 1, lettera r), numero 7 del Decreto ATAD, si parifica, a certe condizioni, l’indeducibilità di un componente negativo ad una forma alternativa di “inclusione”.

Ne consegue, che nell’ambito di un disallineamento da ibridi con effetto DD la circostanza sopra descritta (ossia un effetto di “non deduzione ed inclusione” riconducibile alla stessa causa ibrida a cui è attribuibile l’effetto di DD) dovrà essere tenuta in considerazione ai fini del riscontro e della misurazione dell’eccesso di deduzione.

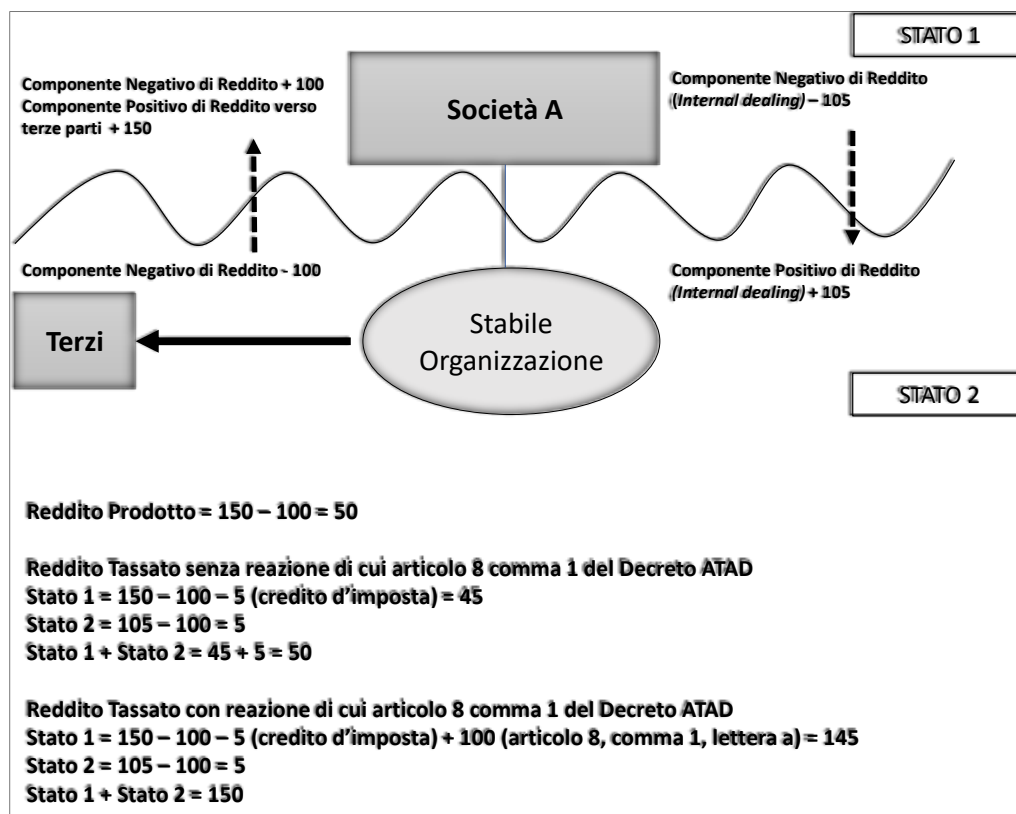


Figura n. 5/A

Parimenti si consideri il caso di A Co, residente nello Stato A, che opera tramite stabili organizzazioni (non esenti) sia nello Stato B che nello Stato C.

La stabile organizzazione nello Stato C sostiene costi verso terzi per 100 e viene remunerata da casa madre tramite un “*internal dealing*” per 105 per prestazioni rese alla stabile organizzazione nello Stato B.

La stabile organizzazione nello Stato B rileva ricavi verso terzi per 110 soggetti a doppia inclusione e deduce l’*internal dealing* per 105 nei confronti della stabile organizzazione nello Stato C.

In base al sistema del credito tra lo Stato A e lo Stato C si verifica una “doppia deduzione” del costo sostenuto verso terzi per 100.

Parimenti tra lo Stato A e lo Stato B si manifesta un reddito a doppia inclusione (pari ai ricavi di 110 verso terzi).

Ne consegue che il reddito a doppia inclusione (tra lo Stato A e lo Stato B) non è idoneo

a sanare il disallineamento da doppia deduzione che si verifica tra lo Stato A e lo Stato C in quanto, come detto, il reddito a doppia inclusione rilevante a tal fine è solo quello “incluso a norma delle giurisdizioni in cui si è verificato il disallineamento”. Nel caso in esame la doppia deduzione si verifica tra lo Stato A e lo Stato C mentre la doppia inclusione si verifica tra lo Stato A e lo Stato B.

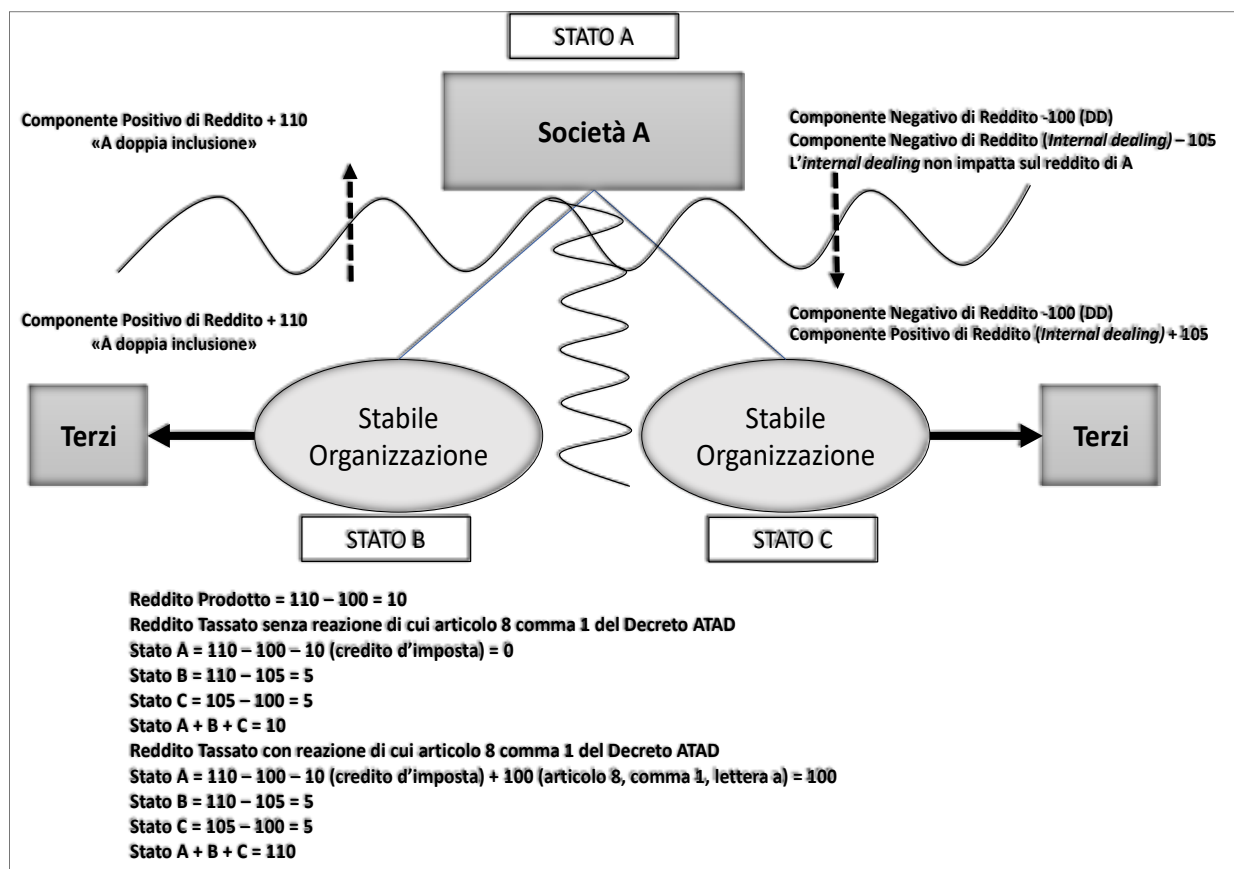


Figura n. 5/B

Anche in tale fattispecie, come sopra accennato, è necessario valorizzare l'effetto di “non deduzione ed inclusione” che si verifica tra lo Stato A e lo Stato C relativamente all'*internal dealing* che remunera la stabile organizzazione nello Stato C, in quanto trova fondamento nella stessa causa ibrida che genera l'effetto DD, quale forma alternativa di “reddito a doppia inclusione” e dunque da ritenere equivalente ad un effetto di doppia inclusione. Ne consegue che, anche in tal caso, nell'ambito di un disallineamento da ibridi con effetto DD la circostanza sopra descritta (ossia un effetto di “non deduzione ed inclusione” riconducibile alla stessa causa ibrida a cui è attribuibile l'effetto di DD) dovrà essere tenuta in considerazione ai fini del riscontro e della misurazione dell'eccesso di

deduzione.

Infine, considerazione analoghe valgono qualora l'*internal dealing* abbia luogo tra le due stabili organizzazioni localizzate rispettivamente nello Stato B e nello Stato C. Nella circostanza, l'*internal dealing* non influenzerebbe la quantificazione del reddito della Società A (sede centrale) in quanto detto componente di reddito non risulterebbe né dedotto né incluso presso la sede centrale.

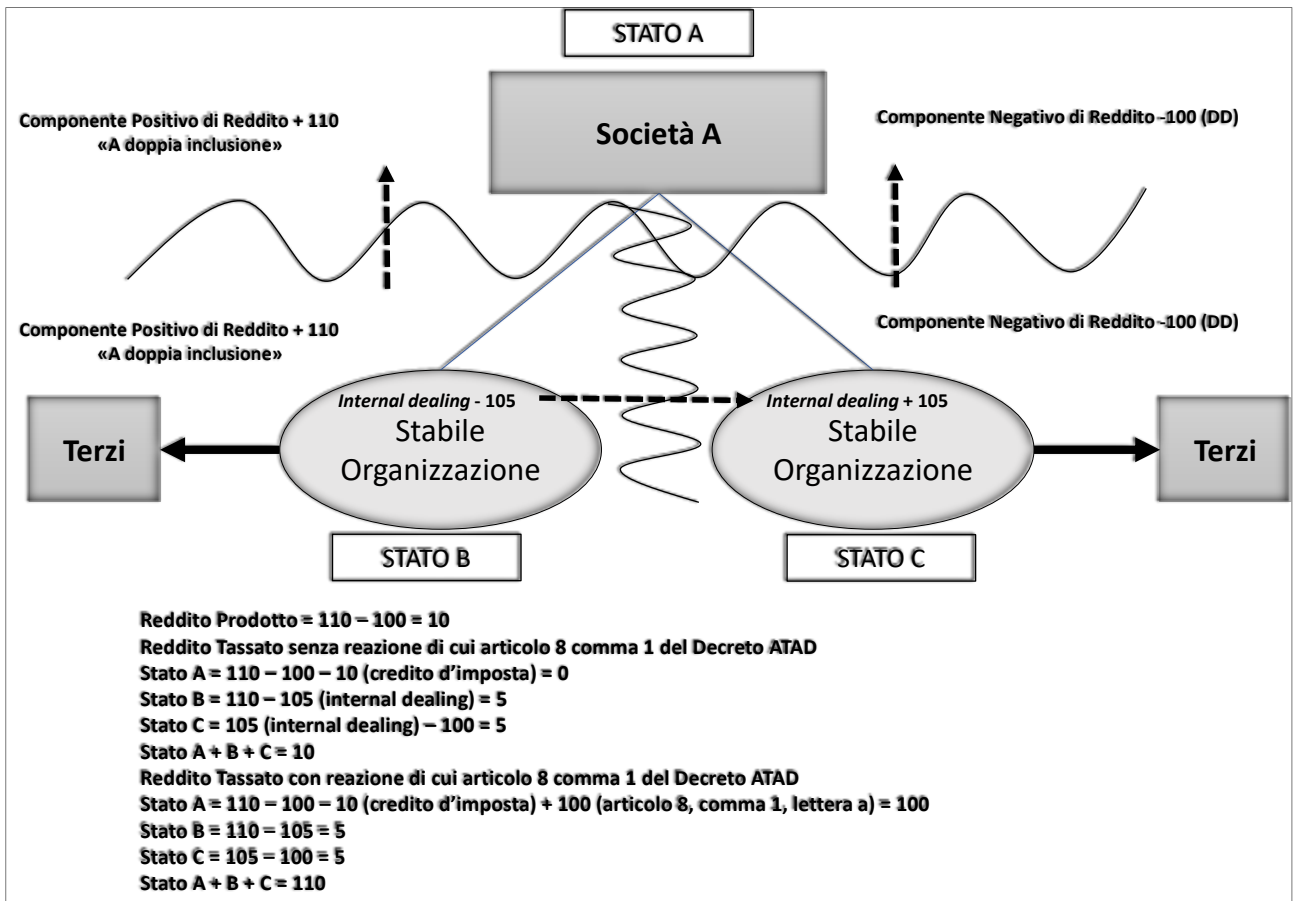


Figura n. 5/C

3.1.2 Disallineamenti con effetti di deduzione senza inclusione (D/NI)

L'effetto di deduzione senza inclusione (D/NI), secondo l'articolo 6, comma 1, lettera c) del Decreto ATAD, consiste nella deduzione di un componente negativo di reddito nella giurisdizione del soggetto che si qualifica come "pagatore", senza la corrispondente inclusione, ai fini fiscali, del correlato componente positivo di reddito nella diversa giurisdizione del "beneficiario".

La giurisdizione del pagatore, sempre a mente della norma citata, è qualsiasi giurisdizione in cui il componente negativo di reddito è sostenuto ovvero si ritiene sostenuto.

Al riguardo, si osserva che la formulazione della disposizione in commento è molto ampia e comprende qualsiasi giurisdizione in cui il componente di reddito è sostenuto o ritenuto sostenuto, indipendentemente dal luogo in cui si registri il flusso finanziario del corrispondente pagamento.

A titolo esemplificativo, si consideri una Società a responsabilità limitata ItaCo1, fiscalmente residente in Italia, che effettui un pagamento nelle mani del beneficiario, ItaCo2, anch'esso fiscalmente residente in Italia. Il componente reddituale in Italia è qualificato ai fini fiscali quale dividendo e quindi non genera deduzioni in capo a ItaCo1 e comporta l'esclusione al 95% in capo a ItaCo2. ForCo, residente nello Stato 2, controlla ItaCo1 e considera la stessa come entità fiscalmente trasparente (entità ibrida diretta). ForCo, inoltre, considera lo strumento finanziario come strumento di debito, con la conseguenza che nello Stato 2 il pagamento da ItaCo1 a ItaCo2 è considerato deducibile (in capo a ForCo). Nel caso di specie si crea un effetto di deduzione senza inclusione, caratterizzato da causa ibrida, in quanto il componente negativo di reddito, seppure sia in deducibile in Italia, è deducibile nello Stato 2 che diviene una (ulteriore) giurisdizione del pagatore.

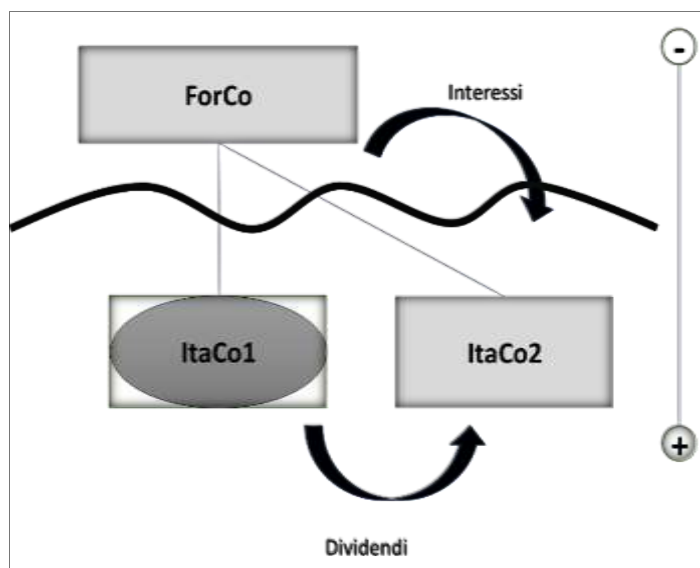


Figura n. 6

In 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.

Tuttavia, anche in tal caso, in considerazione del fatto che l'appuramento di fenomeni che danno luogo a disallineamenti ibridi può, in linea di principio, riguardare eventi risalenti nel tempo, 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 non rilevino ai fini dei disallineamenti in commento gli ammortamenti e le svalutazioni relativi ad immobilizzazioni materiali o immateriali acquisite fino al periodo d'imposta in corso alla data del 28 dicembre 2018, data di pubblicazione del Decreto ATAD.

Nell'ambito della definizione di componente negativo di reddito rilevante ai fini dell'effetto di D/NI, peraltro, a mente del già citato articolo 6, comma 1, lettera z), si considerano anche i c.d. *pagamenti nozionali*, ossia gli oneri figurativi (cosiddetti *internal dealings*) che si ritiene siano fiscalmente sostenuti sulla base delle regole di attribuzione degli utili e delle perdite della stabile organizzazione nei rapporti con la casa madre e con le altre stabili organizzazioni³².

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*), salve le ipotesi in cui il corrispettivo della cessione dello strumento contenga una componente finanziaria come osservato al

³² Si veda la fattispecie descritta all'articolo 6, comma 1, lettera r), n. 7 del Decreto ATAD.

paragrafo 1.1.

Parimenti non genera un disallineamento da ibridi la rinuncia al credito da parte del creditore che rileva un componente negativo (e.g. perdita su crediti), anche se il debitore non include la sopravvenienza attiva. In tali casi, infatti, il componente negativo deducibile non è dovuto “in base” alle condizioni contrattuali che regolano lo strumento finanziario.

Differente è il caso dei componenti di reddito connessi al riacquisto da parte dell'emittente dello strumento finanziario o il corrispettivo dovuto a fronte della modifica delle originarie condizioni contrattuali dello strumento finanziario.

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 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.

In tali casi, infatti, l'effetto di deduzione del componente negativo di reddito diviene rilevante solo nel periodo d'imposta e nella misura in cui può essere considerato “effettivamente dannoso”; ciò si verifica, analogamente a quanto previsto nei casi di DD, nel periodo d'imposta e nella misura in cui nella giurisdizione del pagatore il componente di reddito dedotto ecceda eventuali componenti positivi considerabili a doppia inclusione (*l'eccesso di deduzione*) e tale eccedenza è compensata a fronte di redditi considerabili “non a doppia inclusione” (c.d. approccio di danno previsto dall'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD).

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 3.1.1.

Nello specifico, ci si riferisce al caso in cui, in concomitanza all'effetto D/NI, si sia in

presenza di un ulteriore componente negativo di reddito che non è riconosciuto come tale (e quindi non è deducibile) in base alle leggi della giurisdizione del “beneficiario” (ad esempio, socio dell’ibrido diretto o casa madre) ma che invece è incluso nella giurisdizione del “pagatore” (ad esempio entità ibrida diretta o stabile organizzazione).

Anche in tal caso, come già visto per i fenomeni con effetto DD, è necessario valorizzare l’effetto di “non deduzione ed inclusione”, a condizione e nella misura in cui trovi fondamento nella stessa causa ibrida, ossia la presenza di una stabile organizzazione o di un’entità ibrida diretta, che genera l’effetto D/NI, quale forma alternativa di “reddito a doppia inclusione”.

Sul versante dell’inclusione, l’articolo 6, comma 1, lettera e) del Decreto ATAD definisce la stessa come *«l’importo che rileva ai fini del calcolo del reddito imponibile a norma delle leggi della giurisdizione del beneficiario»*.

In primo luogo è da rilevare che l’applicazione di ritenute alla fonte da parte della giurisdizione del pagatore non costituisce un evento rilevante per identificare una forma di inclusione nella diversa giurisdizione del beneficiario³³.

Con riguardo alla giurisdizione del beneficiario, si intende qualsiasi giurisdizione in cui il componente positivo di reddito è conseguito ovvero si ritiene conseguito a norma delle leggi di qualsiasi altra giurisdizione (articolo 6, comma 1, lettera c).

Possono dunque assumere la qualifica di giurisdizione del beneficiario, oltre a quella in cui ha la residenza fiscale il titolare del diritto contrattualmente previsto a ricevere un componente positivo di reddito, anche quelle in cui sono localizzate le sue stabili organizzazioni. Del pari, nel caso in cui il titolare del diritto a ricevere un componente positivo di reddito sia una entità fiscalmente trasparente nella giurisdizione di costituzione, potrà essere considerata giurisdizione del beneficiario anche quella in cui risiede fiscalmente il socio/partecipante³⁴.

³³ Paragrafo 407 HMA 2015 *«A country will continue to levy withholding taxes on payments that are subject to adjustment under the hybrid mismatch rules in accordance with its domestic law and consistent with its treaty obligations. The function of withholding taxes under the laws of the payer jurisdiction is generally not to address mismatches in tax outcomes and a payment should not be treated as included in ordinary income simply because it has been subject to withholding at source. The primary rule denying the deduction may apply in cases in which the payer jurisdiction also imposes a withholding tax on the payment as it is still important to neutralise the hybrid mismatch in those cases. Withholding taxes alone do not neutralise the hybrid mismatch as withholding taxes, where applicable, often are imposed with respect to equity instruments»*.

³⁴ Rapporto HMA 2015, paragrafo n. 86 e esempio 1.8 con specifico riferimento agli strumenti finanziari ibridi.

L'inclusione di un componente positivo, potrebbe avvenire in un'altra giurisdizione estera, anche diversa da quella del beneficiario e anche in virtù dell'applicazione di un regime CFC.

Al fine di definire se tale forma di tassazione possa rilevare o meno ai fini della non attivazione della reazione primaria di cui all'articolo 8, comma 2, del Decreto ATAD, occorre considerare che a mente di tale disposizione «[...] *la deduzione del componente negativo di reddito è negata in capo al soggetto passivo salvo che il disallineamento non sia neutralizzato in altro Stato*».

La norma pone quale unica condizione che il “*disallineamento sia stato neutralizzato*”, senza alcun specifico riferimento alla modalità con cui lo stesso è stato rimosso e, dunque, concede di far rientrare nell'alveo delle inclusioni rilevanti anche quella determinata dall'applicazione di un regime CFC.

Può accadere, inoltre, che la controllante chiamata ad applicare il regime CFC sia residente nello Stato Italiano e, al contempo, assuma la qualifica di pagatore nell'ambito di una fattispecie ibrida con l'impresa controllata estera (ad esempio ibrido inverso). In tali casi, la neutralizzazione del disallineamento per effetto dell'applicazione del regime CFC avverrebbe nello stesso Stato del pagatore e non in «[...] *altro Stato*» come previsto dal tenore letterale della citata norma. Nella particolare fattispecie rappresentata, negare la rilevanza della inclusione sarebbe incoerente rispetto all'ipotesi di inclusione in altre giurisdizioni ed inoltre determinerebbe l'applicazione della reazione primaria pur in presenza di un'effettiva tassazione dei componenti positivi di reddito nell'ambito del regime CFC, con conseguente effetto di doppia imposizione. È da ritenere, pertanto, che nel concetto di “*altro Stato*” rientri anche quello del pagatore.

Il Rapporto HMA 2015³⁵, nondimeno, con riferimento specifico non solo ai disallineamenti da strumenti finanziari ibridi, precisa che affinché un regime CFC possa rappresentare una forma alternativa di inclusione debba presentare determinati requisiti volti a garantire l'effettività della tassazione per trasparenza.

³⁵ Vedi paragrafi 36 a 40 (Inclusion under CFC Regime).

In particolare, il citato rapporto individua due requisiti a carattere generale che, se verificati, conferiscono al regime CFC le caratteristiche di forma alternativa di inclusione.

Il primo prevede che il componente di reddito sia pienamente incluso nella base imponibile della controllante e il secondo che detto componente sia soggetto a tassazione ad aliquota piena³⁶.

La verifica dei suddetti requisiti richiede una complessa analisi sia nell'*an* che nel *quantum*.

In merito all'*an* occorre indagare l'idoneità delle caratteristiche del singolo regime a generare l'effetto giuridico dell'inclusione. In questo ambito viene richiesto che il singolo componente positivo di reddito, secondo le disposizioni del regime CFC della giurisdizione della controllante, sia soggetto ad inclusione obbligatoria nella base imponibile della stessa, senza godere di alcuna esenzione.

Relativamente al *quantum*, il componente positivo di reddito non deve essere compensato o ridotto a seguito di qualsiasi forma di deduzione o altro sgravio diverso da quelli rappresentati dai costi sostenuti dalla controllante nella pertinente giurisdizione, non deve comportare la titolarità di crediti o altri sgravi e, infine, non deve originare un ibrido importato.

In generale, tornando al concetto di "inclusione", si rileva che l'articolo 6, comma 1, lettera e) in commento, nella seconda parte, prevede ipotesi di non inclusione riferite in modo specifico agli strumenti finanziari. In particolare, un componente positivo di reddito conseguito secondo le previsioni contrattuali che regolano uno strumento finanziario non è considerato incluso nella misura in cui beneficia di "sgravi fiscali" che sono esclusiva conseguenza della sua qualificazione in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario.

A tal proposito, a mente dell'articolo 6, comma 1, lettera f), per "sgravio fiscale", si intende «*l'esenzione totale o parziale dall'imposizione, l'esclusione dal concorso alla formazione della base imponibile, la riduzione dell'aliquota d'imposta applicabile ovvero un qualsiasi credito o rimborso d'imposta, diverso da un credito per ritenute alla fonte*».

³⁶ Rapporto HMA2015 par. 37 «[...] fully included under the laws of the relevant jurisdiction and is subject to tax at the full rate».

Un tema particolare, inoltre, si pone con riferimento all'ipotesi di componenti positivi di reddito non inclusi da entità ibride inverse, che successivamente effettuino distribuzioni a favore dell'investitore. Sul punto le indicazioni del Rapporto HMA 2015, contenute nel paragrafo 156³⁷, escluderebbero dal concetto di inclusione le distribuzioni effettuate dall'ibrido inverso anche se alla fine l'investitore è tassato su tali distribuzioni.

Tale impostazione si basa sul presupposto che la regola dell'ibrido inverso ha lo scopo di neutralizzare l'effetto D/NI nel momento in cui si genera e con riferimento al componente reddituale correlato, finalità questa che non sarebbe garantita in caso di distribuzioni all'investitore che, in astratto, potrebbero essere non finanziate dai componenti positivi associati al disallineamento da ibridi e avvenire in un tempo futuro.

Il Decreto ATAD (al pari della Direttiva), tuttavia, non esclude che le distribuzioni effettuate dall'entità ibrida inversa possano essere considerate rilevanti ai fini dell'inclusione. Si ritiene pertanto che ciò sia possibile laddove vi sia una stretta relazione tra dette distribuzioni ed i componenti positivi di reddito associati al disallineamento da ibridi.

Nello specifico, le condizioni che attribuiscono valenza alle distribuzioni in favore dell'investitore di una entità ibrida inversa sono le seguenti: *i)* esistenza di un obbligo statutario di attribuzione di tutti gli utili dell'entità ibrida inversa direttamente all'investitore; *ii)* non vi deve essere alcun intervento o deliberazione da parte degli organi di *governance* che attribuiscono alla distribuzione carattere di discrezionalità; *iii)* la distribuzione deve essere effettuata almeno una volta l'anno³⁸.

Infine, nell'ambito del concetto di inclusione assume particolare rilevanza l'articolo 6, comma 1, lettera l) del Decreto ATAD il quale prevede che uno strumento finanziario potrebbe essere qualificato come tale in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario o del pagatore e quindi anche solo da una delle giurisdizioni coinvolte.

³⁷ *Treatment of distributions from a reverse hybrid 156. 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 neutralize 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.*

³⁸ 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.

Si tratta in altri termini di situazioni in cui un rapporto giuridico è qualificato come strumento finanziario in una giurisdizione e come appartenente ad altra categoria negoziale nella diversa giurisdizione del beneficiario.

A titolo esemplificativo, si consideri un contratto di leasing che secondo le leggi della giurisdizione del locatario è qualificato come “leasing finanziario” e nella giurisdizione del locatore come “leasing operativo”; conseguentemente a fronte della deduzione degli interessi passivi da parte del locatario, si avrà l’inclusione a titolo di corrispettivo per prestazione di servizi da parte del locatore.

In questo caso, come in altri analoghi, il componente dedotto a titolo di interessi nella giurisdizione del pagatore potrebbe essere effettivamente incluso in quella del beneficiario come canone di locazione, ossia con una diversa qualificazione (quindi ad “altro titolo”).

In detto contesto, l’approccio di danno seguito dal Decreto ATAD rende necessario valutare se il componente positivo, seppure qualificato diversamente nella giurisdizione del beneficiario, sia stato comunque incluso nella sua base imponibile e soggetto a tassazione ordinaria senza godere di sgravi fiscali non dovuti esclusivamente allo status fiscale del beneficiario. In caso affermativo, il disallineamento può essere non effettivamente integrato (per la presenza, appunto, della “inclusione”, seppur avvenuta ad “altro titolo”).

3.1.2.1 Effetto di non inclusione attribuibile allo Status del beneficiario o ad un regime fiscale speciale

L’articolo 6, comma 1, lettera r) del Decreto ATAD prevede che non si determini un disallineamento da ibridi rilevante ai fini dell’applicazione delle norme di reazione, nei casi in cui l’effetto di non inclusione sia la conseguenza dello “status fiscale” (per gli strumenti finanziari) o dello “status di esenzione da imposta” (per le altre fattispecie di D/NI) del beneficiario o anche di un regime “fiscale speciale” dello strumento finanziario.

A riguardo occorre operare una distinzione tra situazioni di deduzione senza inclusione che si generano:

- da un punto di vista oggettivo, in base alle previsioni contrattuali che regolano uno strumento finanziario ovvero un trasferimento ibrido avente ad oggetto uno strumento

finanziario (articolo 6, comma 1, lettera r), numeri 1) e 2);

- da un punto di vista soggettivo, in presenza di entità ibride dirette, ibride inverse e stabili organizzazioni (articolo 6, comma 1, lettera r), numeri da 3) a 7).

Con riferimento alla prima tipologia, non si genera un disallineamento rilevante se lo sgravio fiscale concesso nella giurisdizione del beneficiario è dovuto «*esclusivamente allo status fiscale di quest'ultimo o al fatto che lo strumento è soggetto ai termini di un regime fiscale speciale*» (articolo 6, comma 1, lettera r) n. 2).

In merito alla nozione di “status fiscale” o di “status di esenzione dall'imposta”, la stessa è da intendersi come il regime fiscale complessivo del soggetto beneficiario secondo le leggi fiscali della giurisdizione di residenza o localizzazione.

Secondo il Rapporto HMA 2015, nel concetto di “regime fiscale speciale” dello strumento rientrano anche circostanze nell'ambito delle quali lo sgravio fiscale dipende dalle modalità di detenzione dello strumento finanziario.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, nel concetto di “regime fiscale speciale” il citato Rapporto fa rientrare alcune tipologie di conti di risparmio intrattenuti presso istituzioni finanziarie (i cc.dd. “*tax exempt personal saving accounts*”) nell'ambito dei quali uno strumento finanziario ordinario, quale un'obbligazione, usufruisce a norma di legge dell'esenzione da tassazione dei correlati rendimenti³⁹. Il principio che ne deriva è che in tal caso, eventuali disallineamenti del tipo D/NI non sono imputabili alle condizioni contrattuali dello strumento, ma alle condizioni nelle quali lo strumento è detenuto.

Sotto il profilo applicativo, si osserva che per le fattispecie relative agli strumenti finanziari l'espresso riferimento al termine “esclusivamente” condiziona l'applicazione di tale disposizione al fatto che lo status fiscale del beneficiario oppure la presenza di un regime fiscale speciale cui è soggetto lo strumento finanziario siano l'unica causa della non inclusione del componente positivo di reddito.

Pertanto, al ricorrere dell'eventuale causa ibrida, connessa alla diversa qualificazione ai fini fiscali dello strumento o del trasferimento tra le giurisdizioni del pagatore e del

³⁹ Rapporto HMA 2015, paragrafo 97 ed esempio 1.9.

beneficiario, il disallineamento assumerà rilevanza pur in presenza delle condizioni anzidette.

Così ad esempio, si assuma che la Società A, residente in Italia, abbia emesso uno strumento finanziario sottoscritto dalla Società B, residente nello Stato B e legata all'emittente da rapporti di associazione. La Società italiana sostiene un componente di reddito, che deduce fiscalmente, correlato al pagamento di interessi alla Società B. Nello Stato B, lo strumento finanziario è qualificato come strumento di capitale con la conseguenza che i correlati proventi finanziari non sono soggetti a tassazione per effetto della *dividend exemption*. Del pari, la società B gode di uno "status" che la esenta da tassazione e dunque non subisce alcuna imposizione sui propri redditi, ivi compresi i proventi ricevuti dalla Società A. Nella circostanza, il disallineamento non è esclusivamente attribuibile allo status fiscale del beneficiario, ma origina dalla diversa qualificazione dello strumento finanziario, tra giurisdizione del pagatore e giurisdizione del beneficiario, e dunque dalla *dividend exemption*. Detta circostanza determina un disallineamento da ibridi rilevante.

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

In tali fattispecie, la rilevanza del disallineamento viene meno "in ogni caso" in presenza dello status di esenzione dall'imposta del beneficiario e quindi anche al ricorrere della contestuale presenza di una causa ibrida.

Così a titolo esemplificativo, laddove vi sia un caso di deduzione di un componente negativo di reddito non incluso da un'entità ibrida inversa, il disallineamento da ibridi non assumerà rilevanza laddove in caso di pagamento diretto al socio/partecipante nell'ibrido inverso (soggetto beneficiario) il correlato componente positivo di reddito non sarebbe stato comunque assoggettato a tassazione in virtù dello "status" di esenzione di tale socio/partecipante (beneficiario) nella relativa giurisdizione di residenza, salvo - ovviamente - il caso in cui si verifica l'elemento oggettivo legato alla presenza di uno strumento finanziario ibrido che prevale su quello soggettivo come nelle fattispecie di cui all'articolo

6, comma 1, lettera r) numeri 1) e 2).

3.1.2.2 Ulteriori situazioni non rilevanti ai fini dell'effetto di deduzione senza inclusione

Oltre ai casi in cui il disallineamento non si verifica a causa dello “status” del beneficiario, il Decreto ATAD prevede altre specifiche circostanze che determinano la non rilevanza dell'effetto di deduzione senza inclusione.

In tale ambito, rientrano, in primo luogo, i disallineamenti che si originano da strumenti finanziari quale esclusiva conseguenza delle differenze nelle regole di imputazione temporale dei rispettivi componenti reddituali, cosiddette “*differenze temporali*”.

Ciò si deduce dall'articolo 6, comma 1, lettera r), numero 1) del Decreto ATAD che, nel definire il disallineamento da strumenti finanziari ibridi, richiede che lo stesso debba “essere imputabile” a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del componente reddituale derivante dallo strumento, escludendo, quindi, che le sole differenze temporali possano integrare un disallineamento da ibridi.

La soluzione adottata in ambito domestico non sembra differire da quella prevista dalla Direttiva ATAD 2, che all'articolo 1, comma 2, lettera b) nel definire i disallineamenti ibridi da strumenti finanziari richiede, tra l'altro, che “*il disallineamento è imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del pagamento effettuato a tale titolo*”.

Parimenti, negli stessi termini si esprime il considerando n. 22 della citata Direttiva: «*[...] poiché le giurisdizioni utilizzano periodi per la dichiarazione d'imposta diversi e hanno regole diverse per riconoscere le modalità di derivazione o di generazione delle voci di reddito o di spesa, in linea generale non si dovrebbe ritenere che tali differenze temporali generino disallineamenti nei risultati fiscali. Tuttavia, nel caso di un pagamento deducibile a titolo di uno strumento finanziario, in relazione al quale non si può presumere che sia incluso nel reddito entro un periodo ragionevole, si dovrebbe ritenere che esso determini un disallineamento da ibridi se tale deduzione senza inclusione è imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del pagamento effettuato a tale titolo*».

Appare evidente, quindi, che l'impostazione adottata dalla Direttiva e seguita dal Legislatore italiano escluda che le mere differenze temporali possano assurgere ad elemento

caratterizzante una fattispecie ibrida.

Un'ulteriore situazione che non determina un disallineamento rilevante è contemplata dall'articolo 6, comma 2, lettera a) del Decreto ATAD in relazione ai componenti negativi di reddito che rappresentano il rendimento di un sottostante strumento finanziario oggetto di un trasferimento ibrido sul mercato, intendendosi per tale, a mente dell'articolo 6, comma 1, lettera o) del citato decreto, «*un qualsiasi trasferimento ibrido posto in essere da un operatore finanziario⁴⁰ nell'ambito della propria attività ordinaria e non nel quadro di un accordo strutturato*».

In tali casi, infatti, secondo la disposizione sopra richiamata, non si avrà un trasferimento ibrido rilevante ai fini della disciplina in commento nella misura in cui il soggetto che deduce il componente negativo di reddito derivante dalla retrocessione dei frutti dello strumento finanziario oggetto del trasferimento (c.d. *manufactured payment*) abbia incluso nel proprio reddito, secondo le norme della propria giurisdizione, tutti i componenti reddituali derivanti dalla detenzione di detto strumento finanziario.

L'articolo 6, comma 2, lettera d) del citato Decreto, inoltre, esclude dall'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni del Decreto ATAD, i disallineamenti che originano da “mere differenze valutative” del medesimo componente di reddito, comprese le differenze valutative che originano dalle divergenze nell'applicazione della disciplina relativa ai “prezzi di trasferimento” tra diversi soggetti da parte di due distinte giurisdizioni. Ciò potrebbe accadere, ad esempio, laddove sia stato concluso un accordo preventivo unilaterale:

- nello Stato del soggetto beneficiario, in virtù del quale viene considerato a valore di mercato un provento inferiore al correlato costo sostenuto nella diversa giurisdizione del pagatore e la non inclusione da parte del beneficiario avviene tramite mera variazione in diminuzione in dichiarazione, oppure
- nello Stato del soggetto pagatore, in virtù del quale viene considerato a valore di mercato un costo superiore al correlato ricavo rilevato nella diversa giurisdizione del beneficiario e la deduzione da parte del pagatore avviene tramite mera variazione in

⁴⁰ Per *operatore finanziario* a norma dell'articolo 6, comma 1, lettera m) si intende “*un soggetto che esercita regolarmente l'attività di acquisto o di vendita di strumenti finanziari per proprio conto a scopo di lucro*”.

diminuzione in dichiarazione.

Infine, l'articolo 6, comma 2, lettera e) del Decreto ATAD, esclude dal novero dei componenti negativi di reddito che possono determinare l'emersione di un disallineamento da ibridi il beneficio connesso all'Aiuto alla Crescita Economica (ACE) prevista dal decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201. In tal caso, infatti, la deduzione dal reddito imponibile netto prevista dalle pertinenti disposizioni è priva di un correlato flusso finanziario ed è altresì priva di una causa economica o finanziaria in quanto non trova giustificazione nell'acquisizione o nell'utilizzo di fattori produttivi o mezzi finanziari, trattandosi di un'agevolazione a carattere esclusivamente fiscale. Ciò vale anche per analoghi regimi esteri.

3.2 La causa ibrida e le diverse fattispecie di disallineamento

L'applicazione delle norme di reazione è subordinata alla presenza di una causa ibrida da cui deriva (ossia a cui è imputabile) il disallineamento con effetto di D/NI o DD.

Il Decreto ATAD, nell'articolo 6, comma 1, lettera r), numeri da 1) a 8), prevede specifiche fattispecie, differenziate in ragione della diversa "causa ibrida", da cui possono derivare dei disallineamenti da ibridi, determinando di fatto una delimitazione dell'ambito oggettivo di applicazione delle *norme di reazione*.

In particolare, i numeri da 1) a 7) fanno riferimento alle fattispecie che producono effetti di "deduzione senza inclusione" mentre il numero 8) della medesima disposizione richiama le fattispecie da cui derivano effetti di doppia deduzione.

In particolare, il disallineamento può essere dovuto:

1. alla differente qualificazione fiscale di uno strumento finanziario o del relativo componente reddituale (*Strumenti finanziari ibridi*);
2. alla differente prospettiva assunta dalle giurisdizioni di residenza o localizzazione delle parti di un trasferimento avente ad oggetto strumenti finanziari, tale per cui il rendimento sottostante è considerato ai fini fiscali come simultaneamente conseguito da più di una delle parti dell'accordo (*Trasferimenti ibridi*);

3. al differente trattamento dell'entità, classificata come fiscalmente trasparente nella giurisdizione di costituzione e fiscalmente opaca nella giurisdizione del socio/partecipante in relazione ai componenti negativi di reddito sostenuti o ritenuti sostenuti a favore di detta entità (*Entità ibride inverse*);
4. a conflitti nell'allocatione di un componente positivo di reddito, laddove lo stesso sia diversamente attribuito dalla giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione (in esenzione) e da quella di residenza della casa madre ovvero in base alle leggi delle giurisdizioni di localizzazione di due o più stabili organizzazioni (in esenzione) della stessa entità (*Componenti positivi di reddito disconosciuti*);
5. alla differente prospettiva in relazione all'esistenza della stabile organizzazione (in esenzione), laddove la stessa sia disconosciuta nella giurisdizione di presunta localizzazione e, invece, riconosciuta come ivi esistente nella prospettiva della giurisdizione della casa madre, nel caso di componenti positivi di reddito attribuiti a detta stabile organizzazione (*Stabile organizzazione disconosciuta*);
6. alla differente prospettiva in relazione al trattamento fiscale di una entità (ibrida diretta o in senso proprio) considerata fiscalmente opaca nella giurisdizione di costituzione e fiscalmente trasparente in base alla prospettiva della giurisdizione di residenza del socio/partecipante, in relazione a componenti negativi di reddito sostenuti o ritenuti sostenuti da tale entità a favore dello stesso socio/partecipante che non li considera componenti positivi in base alle leggi della sua giurisdizione (*Componenti negativi di reddito sostenuti da un'entità ibrida disconosciuti dal socio/investitore*);
7. alla differente prospettiva in relazione ad un componente negativo di reddito relativo ad una operazione che si ritiene sia intervenuta tra la sede centrale e la stabile organizzazione ovvero tra due o più stabili organizzazioni della stessa entità ed il disallineamento si origina dal fatto che il correlato componente positivo non è riconosciuto come tale in base alle leggi della giurisdizione del beneficiario (*Componenti negativi nozionali*);

8. a un fenomeno che genera una doppia deduzione dello stesso componente negativo di reddito (doppia deduzione), in relazione, tipicamente, ad un'entità ibrida diretta o una stabile organizzazione.

Come già precisato, anche i disallineamenti da residenza fiscale producono effetti di doppia deduzione (articolo 10 del Decreto ATAD) e, in considerazione delle peculiarità di detta fattispecie, tali disallineamenti saranno oggetto di separata trattazione nel paragrafo 5.2.

In relazione alla fattispecie di cui al punto *sub* 1), l'articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1) e 2) del Decreto ATAD, oltre a prevedere che l'effetto di deduzione senza inclusione sia imputabile ad una causa da ibrido fiscale (c.d. *test ibrido*), prevede un'ulteriore condizione (c.d. *test di inclusione*) consistente nell'assenza di inclusione nello Stato del beneficiario nel periodo di imposta che inizia entro 12 mesi dalla fine del periodo di imposta del soggetto pagatore con riferimento al quale il componente negativo di reddito è stato dedotto.

In altri termini, al ricorrere della deduzione e della differente qualificazione dello strumento o del componente reddituale nella giurisdizione del pagatore e del beneficiario, sarà onere del contribuente, in base alle informazioni disponibili al momento di presentazione della dichiarazione dei redditi in Italia, effettuare una stima circa la futura inclusione nella giurisdizione del beneficiario entro il lasso temporale previsto (ossia un «*periodo d'imposta che inizia entro 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del pagatore con riferimento al quale il componente negativo di reddito è stato dedotto*»).

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

Dal pari, nel caso in cui, ex-post, la stima originale di non inclusione nella giurisdizione del beneficiario si riveli non corretta (ossia l'originaria previsione di non inclusione in capo al beneficiario operata dal contribuente al momento di presentazione della dichiarazione, con conseguente applicazione della reazione, si riveli infondata) il contribuente potrà operare tramite dichiarazione integrativa a favore, al fine di rettificare l'originaria dichiarazione rimuovendo l'originaria variazione in aumento richiesta dalla reazione primaria (negazione della deduzione). Qualora l'inclusione (non prevista) sopraggiunga prima del lasso temporale previsto dalla lettera c) dell'articolo 8 comma 2 del Decreto ATAD (ossia «*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*») ovvero, qualora l'inclusione sopraggiunga secondo i profili temporali previsti dalla citata lettera c), il contribuente potrà operare, nel periodo di imposta e nella misura in cui si verifica l'inclusione, una variazione in diminuzione pari all'importo dell'inclusione stessa (esercitando così il «*diritto alla corrispondente deduzione del componente negativo di reddito in precedenza non dedotto*»).

Per quanto riguarda invece il caso di originaria attivazione della reazione secondaria, le successive vicende del componente reddituale non debbono comportare ulteriori fenomeni impositivi, nella misura della già avvenuta inclusione.

Anche per le fattispecie che si riferiscono a componenti di reddito sostenuti da una entità ibrida o a componenti di reddito nozionali di una stabile organizzazione e non riconosciuti come tali (numeri 6 e 7) o che generano effetti di doppia deduzione (numero 8) sono previste particolari condizioni per l'integrazione della fattispecie.

Al riguardo, l'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD prevede che nei casi suddetti, il disallineamento si verifica solo nel periodo d'imposta e nella misura in cui la giurisdizione del pagatore consenta la deduzione a fronte di un reddito che non rappresenta reddito a doppia inclusione. Come già chiarito trattando degli effetti di doppia deduzione, ciò si verifica quando nella giurisdizione del pagatore il componente di reddito dedotto eccede eventuali componenti positivi considerabili a "doppia inclusione" (*eccesso di deduzione*) e tale eccedenza è compensata a fronte di redditi considerabili "non a doppia inclusione" (c.d. *approccio di danno*).

3.3 L'elemento soggettivo

Le norme di contrasto dei disallineamenti da ibridi si attivano unicamente in contesti particolari in cui il rischio di schemi di pianificazione fiscale aggressiva volti a sfruttare incoerenze tra sistemi fiscali di diversi ordinamenti è particolarmente elevato.

L'articolo 6, comma 2 lettera c), infatti, dispone che un disallineamento da ibridi è rilevante se si verifica tra «*imprese associate, tra la sede centrale e una stabile organizzazione, tra due o più stabili organizzazioni della stessa entità, ovvero nell'ambito di un accordo strutturato*».

In tale prospettiva, quindi, assumono rilievo i concetti di “imprese associate” e “accordo strutturato”.

3.3.1 Imprese associate

Le condizioni perché un'impresa possa essere considerata come associata (*related parties test*) sono contenute nell'articolo 6, comma 1, lettera u) del Decreto ATAD che definisce come impresa associata:

- un'entità nella quale il soggetto passivo detiene direttamente o indirettamente una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 50 per cento ovvero ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili di tale entità pari o superiore al 50 per cento;
- un individuo o un'entità che detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un soggetto passivo una partecipazione in termini di diritto di voto o proprietà del capitale pari o superiore al 50 per cento ovvero ha il diritto di ricevere una percentuale degli utili del contribuente pari o superiore al 50 per cento;
- un'entità che faccia parte del medesimo gruppo consolidato ai fini della contabilità finanziaria del soggetto passivo;
- un'impresa nella quale il soggetto passivo eserciti un'influenza dominante sulla gestione ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile ovvero un'impresa che eserciti un'influenza dominante sulla gestione del soggetto passivo ai sensi del citato articolo.

La definizione di “impresa associata” assume una connotazione particolare nel caso di strumenti finanziari e trasferimenti ibridi. In tale caso, infatti, a mente del comma 4 dell’articolo 6 del Decreto ATAD, la soglia del 50% subisce una riduzione al 25%.

In merito alle suddette soglie in caso di partecipazione indiretta si rileva che, nonostante le indicazioni del Rapporto HMA 2015 in relazione al concetto di “demoltiplicatore” della partecipazione, la Direttiva ATAD e il Decreto ATAD non prevedono l’applicazione di tale meccanismo nella individuazione del rapporto di partecipazione; si ritiene, di conseguenza, che nella definizione di impresa associate non risulta applicabile il meccanismo della demoltiplicazione ai fini del calcolo della percentuale di partecipazione.

Il Decreto ATAD prevede, inoltre, norme di chiusura a tutela dell’effettività del concetto di imprese associate.

Una prima disposizione si rinviene nel comma 3 del citato articolo 6, che ha la finalità di far rientrare nell’ambito di applicazione delle norme di contrasto dei disallineamenti situazioni in cui due o più entità formalmente indipendenti siano sottoposte al controllo di un medesimo soggetto (*Sotto un controllo comune*).

A mente di tale disposizione, infatti, se un individuo o un’entità detiene direttamente o indirettamente nel patrimonio di un soggetto passivo e in una o più entità una partecipazione pari o superiore al 50 per cento, in questo caso tutte le entità interessate ed il soggetto passivo sono considerate imprese associate. Anche in tal caso, si precisa che la soglia di partecipazione del 50% si riduce al 25% in caso di disallineamenti da ibridi derivanti da strumenti e trasferimenti ibridi per effetto del richiamo alla lettera u), comma 1 dell’articolo 6.

Una ulteriore situazione, che presenta profili di criticità in merito all’applicazione del criterio delle imprese associate, si ha quando le partecipazioni di un’entità, al fine di non integrare le soglie di cui alla precedente lettera u) dell’articolo 6, comma 1, sono volontariamente “frazionate” tra più soggetti che tuttavia “agiscono di concerto” in modo tale da determinare un unico centro di direzione (*azione congiunta*) oppure sono gestite unitariamente nell’interesse di molti (*direzione unitaria* o “*single controlling mind*”).

A presidio del rischio di frammentazione o della direzione unitaria della partecipazione, l’articolo 6, comma 5 del Decreto ATAD prevede che un «*soggetto che agisce di concerto con*

un altro soggetto in relazione ai diritti di voto o alla proprietà del capitale di un'entità è considerato detentore di una partecipazione in tutti i diritti di voto o nell'intera proprietà del capitale dell'entità detenuti dall'altro soggetto».

In altri termini, la norma determina di fatto una forma di “aggregazione” dei diritti di voto o di proprietà del capitale di una entità in capo a ciascuno dei soggetti che agiscono di concerto al fine di verificare la loro relazione associativa con l’entità sottostante.

Al fine di meglio chiarire il concetto di “soggetti che agiscono di concerto”, appare utile richiamare la Raccomandazione 11.3 del Rapporto HMA 2015 secondo la quale il requisito è integrato in presenza delle seguenti circostanze (*test di azione congiunta*):

- i soggetti sono membri della stessa famiglia;
- un soggetto agisce regolarmente in conformità alla volontà dell’altro soggetto;
- hanno stipulato un accordo che ha un rilevante impatto sul valore o sul controllo dei diritti di voto o della partecipazione al capitale;
- la proprietà o il controllo di tali diritti o partecipazioni sono gestiti dallo stesso soggetto o gruppo di soggetti.

Con riferimento alla prima circostanza, l’appartenenza alla stessa famiglia è ritenuta di per sé elemento sufficiente per integrare la condizione dell’agire di concerto e dunque rappresenta una presunzione assoluta che non soffre alcuna eccezione. In questo ambito il Rapporto HMA 2015 include nel concetto di “famiglia” il coniuge della persona (incluso il partner civile) nonché i parenti in linea retta e collaterale fino al terzo grado.

In aggiunta, agisce di concerto un soggetto che opera regolarmente secondo le indicazioni di un altro soggetto in relazione ai diritti di voto o agli interessi azionari, il che può verificarsi sia in virtù di un obbligo contrattuale sia per effetto di fatti concludenti.

Può anche rientrare in questo ambito l’intestazione di partecipazioni a società fiduciarie qualora, in virtù del *pactum fiducie*, il fiduciario sia tenuto ad amministrare i diritti di voto o gli interessi azionari secondo le indicazioni del fiduciante.

Inoltre, come indicato, un soggetto sarà considerato come in possesso delle partecipazioni al capitale o dei diritti di voto di un altro soggetto se ha stipulato con lo stesso accordi che possono avere un impatto rilevante sul valore o sul controllo dei diritti di voto o

della partecipazione al capitale.

Detti accordi possono riguardare diversi ambiti, quali i diritti amministrativi (e.g. partecipazione e voto in assemblea), i diritti patrimoniali (e.g. partecipazione agli utili e rimborso del capitale), diritti afferenti l'alienazione della partecipazione (e.g. diritti di opzione, clausole di determinazione del prezzo di trasferimento della partecipazione).

Nondimeno, deve trattarsi di accordi con un impatto rilevante su detti ambiti. Ad esempio, assume rilevanza un accordo per l'esercizio dei diritti di voto tra soci di una entità in quanto idoneo a generare effetti sulla gestione della partecipata. In tal caso, ciascun socio sarà considerato come detentore anche dei diritti degli altri componenti dell'accordo e qualora detta "aggregazione" determini il superamento delle condizioni previste dall'articolo 6, comma 1, lettera u) del Decreto ATAD, si renderanno applicabili le reazioni di contrasto in relazione a ciascuno di essi.

Di contro, il Rapporto HMA 2015, nell'esempio 11.4, esclude dal novero degli accordi di cui trattasi quelle clausole normalmente utilizzate nella pratica commerciale che hanno la finalità di tutelare il valore delle partecipazioni di minoranza, come ad esempio le cc.dd. clausole di *drag along* e clausole di *tag along* (che, rispettivamente, impongono o concedono alla minoranza il prezzo di vendita delle azioni concordato dall'azionista di maggioranza con parti terze) ed altre similari che, nel favorire i cambi di maggioranza dei gruppi societari, operano direttamente sul prezzo di cessione di un pacchetto partecipativo.

In ultimo, può integrare il requisito dell'agire di concerto la situazione in cui la proprietà o il controllo dei diritti di voto o di partecipazione al capitale sono gestiti dallo stesso soggetto o gruppo di soggetti.

Secondo il Rapporto HMA 2015⁴¹, in tali circostanze ciò che rileva non è tanto la numerosità degli investitori bensì la gestione unitaria degli interessi degli stessi.

Ne deriva che rientrano in tale fattispecie anche *partnership* di investimento, veicoli di investimento collettivo (CIV), fondi di investimento non CIV, che pur essendo in genere caratterizzati da una numerosità di *partner*/investitori, sono gestiti da un unico soggetto come

⁴¹ Paragrafo 377 Rapporto HMA 2015

ad esempio un *general partner* o Società di Gestione del Risparmio (SGR) secondo gli impulsi volitivi dei *partner*/investitori. Al riguardo, giova ribadire che il superamento del *test dell'azione congiunta* non determina un rapporto di associazione tra i *partners*/investitori, in quanto vale esclusivamente a rilevare l'effetto di associazione con il veicolo d'investimento e, tramite questo, con l'entità detenuta per il tramite dell'aggregazione delle quote/partecipazioni dei singoli investitori nel veicolo d'investimento stesso.

Ad esempio, si consideri una *limited partenship (LP)* di diritto inglese gestita da un *general partner* secondo uno schema di investimento indicato da 5 *partner*, aventi quote paritarie del 20%, che denota l'accentramento nelle scelte d'investimento in capo al *general partner*.

Si supponga che la *LP* sia un ibrido inverso e che detta *LP* sottoscriva uno strumento finanziario (non ibrido) emesso da una società italiana da essa interamente controllata. In detta circostanza, seppure ciascun *partner* individualmente considerato non supera la soglia del 50% prevista dal comma 4, dell'articolo 6 del Decreto ATAD, in virtù del superamento del *test* dell'azione congiunta è ritenuto come detentore direttamente di tutte le partecipazioni nel veicolo d'investimento e, quindi, indirettamente nella società emittente.

Conseguentemente, la società italiana, essendo integrato il requisito soggettivo dell'associazione anche in relazione a ciascun *partner*, dovrà applicare la reazione primaria negando la deduzione degli interessi passivi sullo strumento finanziario (disallineamento da componente negativo sostenuto verso entità ibrida inversa) nella misura necessaria a sterilizzare l'effetto D/NL.

Al riguardo si evidenzia che, in linea di principio, anche gli Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR) - conformi alla Direttiva 2009/65/CEE (c.d. Direttiva UCITS) o, in caso di OICR non conformi alla predetta direttiva, il cui gestore sia soggetto a forme di vigilanza nel Paese estero nel quale è istituito ai sensi della Direttiva 2011/61/UE (c.d. Direttiva AIFM), o comunque soggetti a forme di vigilanza sostanzialmente equivalenti a quelle previste dalla citata normativa comunitaria - possono integrare il *test* dell'azione congiunta in ipotesi in cui, tenuto conto dei fatti e delle circostanze del caso, si ravvisi un'azione congiunta tra *partner*/partecipanti, soggetto gestore e società target.

3.3.2 Accordi strutturati

I disallineamenti da ibridi rilevanti, come già accennato, possono sorgere anche nell'ambito di "accordi strutturati" tra imprese che non sono tra loro "imprese associate" (secondo quanto sopra illustrato).

In particolare, a mente dell'articolo 6, comma 1 lettera q) del Decreto ATAD, per accordo strutturato si intende: *«un accordo che determina un disallineamento da ibridi in cui l'impatto economico del disallineamento è stato valutato nella negoziazione dei termini dell'accordo ovvero un accordo finalizzato a produrre un disallineamento da ibridi, salvo che il contribuente o un'impresa associata possa ragionevolmente non essere consapevole di tale disallineamento e non abbia condiviso il valore del beneficio fiscale risultante dal disallineamento da ibridi».*

L'analisi della disposizione in commento consente di individuare due distinti presupposti che, alternativamente, possono integrare la fattispecie dell'accordo strutturato ossia:

1. l'impatto economico del disallineamento è stato valutato nella negoziazione dei termini dell'accordo tra le parti;
2. la consapevolezza da parte del contribuente o di una sua impresa associata che l'accordo sia finalizzato a produrre disallineamenti da ibridi.

Il primo presupposto risulta integrato se il vantaggio fiscale derivante dal disallineamento è stato preso in considerazione dalle parti nella definizione dei termini dell'accordo che, conseguentemente, risultano diversi da quelli che sarebbero stati concordati in assenza di tale vantaggio.

Ciò, ad esempio, potrebbe verificarsi nel caso in cui due parti indipendenti nell'ambito di un'operazione di finanziamento utilizzino uno strumento finanziario ibrido che determina un effetto di deduzione senza inclusione ed il tasso di interesse sul finanziamento sia determinato in base ad una formula che consenta la ripartizione del beneficio fiscale derivante dalla non inclusione del componente positivo di reddito nella giurisdizione del beneficiario (o dalla deduzione del componente negativo di reddito nella giurisdizione del pagatore) o comunque sia fissato in modo da discostarsi dal prezzo di mercato che sarebbe stato pattuito

tra terzi indipendenti in assenza del disallineamento.

Si osserva, peraltro, che la ripartizione del beneficio fiscale tra le parti dell'accordo potrebbe avvenire anche nell'ambito di transazioni collaterali o complementari a quella principale come, ad esempio, la sottoscrizione di strumenti finanziari derivati i cui termini siano correlati a quelli dell'operazione principale.

Il secondo presupposto è legato alla consapevolezza da parte del contribuente o di una sua impresa associata che l'accordo sia finalizzato a produrre disallineamenti da ibridi, ossia che sia idoneo a generare effetti di D/NI o DD.

La valutazione della consapevolezza circa gli effetti fiscali dell'accordo non è sempre agevole. Nondimeno, al riguardo possono essere tratte indicazioni dal Rapporto HMA 2015.

Il paragrafo 319 del Rapporto precisa innanzitutto che si configura un accordo strutturato qualora l'analisi dei fatti e delle circostanze caratterizzanti dell'accordo indurrebbero un osservatore esterno a ritenere che lo stesso sia finalizzato a (o comunque implichi di) generare un disallineamento da ibridi. Si tratta quindi di un giudizio oggettivo che prescinde dalle intenzioni delle parti.

Peraltro, 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. Tanto si desume dal successivo paragrafo 320 del citato Rapporto, che considera un soggetto come parte di un "accordo strutturato" quando lo stesso abbia un livello di coinvolgimento tale da consentirgli di comprendere come è stato strutturato l'accordo e quali potrebbero essere i suoi effetti fiscali.

Ulteriori spunti interpretativi utili a definire meglio i contorni del concetto di consapevolezza possono essere tratti dai paragrafi da 329 a 340 del Rapporto HMA 2015 in cui, a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo, sono elencati fatti e circostanze la cui presenza può far ragionevolmente ritenere che un disallineamento da ibridi sia avvenuto nell'ambito di un accordo strutturato.

Tali elementi esemplificativi, che possono anche coesistere, sono riassumibili come di seguito esposto:

1. il disallineamento è il risultato di uno schema di pianificazione fiscale volto ad ottenere un effetto di D/NI o DD e il soggetto che lo attua, tenuto conto anche delle circostanze

del caso concreto (e.g. presenza di pareri resi da consulenti, documentazione esplicativa), può ritenersi consapevole del risultato fiscale ricercato;

2. il disallineamento deriva da una particolare condizione contrattuale, una fase o transazione che, nel contesto complessivo dell'operazione posta in essere, non assume rilevanza se non al fine esclusivo o prevalente di creare un effetto di D/NI o DD; al riguardo, il Rapporto HMA 2015 precisa che il fatto che un accordo produca non solo vantaggi fiscali, ma anche vantaggi commerciali, non impedisce di giungere alla conclusione che lo stesso sia qualificabile come "strutturato", allorquando un osservatore obiettivo e competente possa ragionevolmente concludere che l'elaborazione dell'accordo, anche solo parzialmente, sia stata preordinata al raggiungimento di un vantaggio fiscale derivante dal disallineamento da ibridi;
3. il disallineamento rappresenta l'elemento o uno degli elementi qualificanti uno schema di pianificazione fiscale, commercializzato come "prodotto fiscale", in cui una parte o tutti i vantaggi fiscali derivano dall'effetto di D/NI o DD;
4. uno schema di pianificazione fiscale è commercializzato principalmente in favore di contribuenti residenti o localizzati in una giurisdizione in cui può verificarsi il disallineamento da ibridi;
5. i termini contrattuali di un accordo possono variare in dipendenza dell'esistenza o meno del disallineamento da ibridi. Tale circostanza, che può essere rivelatrice del fatto che l'effetto di D/NI o DD sia stato considerato nella determinazione dei termini economici dell'operazione, può emergere, ad esempio, in presenza di clausole contrattuali che prevedono la chiusura del rapporto o la rinegoziazione dei termini dello stesso, qualora vengano meno gli effetti fiscali generati dal disallineamento;
6. l'operazione posta in essere avrebbe avuto un risultato economico negativo in assenza del beneficio fiscale derivante dal disallineamento da ibridi.

Al fine della corretta definizione delle caratteristiche di un accordo strutturato, e per definire quando un soggetto ne è parte, rilevano le precisazioni fornite dal Report 2015 HMA nei paragrafi da 341 a 346 e nel paragrafo 347.

Nondimeno si ritiene, per ragioni di natura sistematica, che rientrino nella fattispecie in

commento anche situazioni di intestazione fittizia di quote societarie dove il soggetto interposto, oltre ad essere il titolare formale delle partecipazioni, agisce in virtù delle indicazioni del reale *dominus*.

In ultimo, si rileva che il requisito della consapevolezza diviene irrilevante qualora il contribuente o un'impresa associata abbia «*condiviso il valore del beneficio fiscale risultante dal disallineamento da ibridi*». In tali casi, infatti, per espressa previsione normativa, a nulla potrà valere la dimostrazione da parte del contribuente della sua ignoranza circa gli effetti del disallineamento generati dall'accordo.

In tal senso anche la relazione illustrativa al Decreto ATAD, per la quale «*la incolpevole ignoranza dell'ottenimento di un vantaggio fiscale da parte del contribuente non è sufficiente a disinnescare l'applicazione della normativa laddove esso abbia comunque beneficiato del vantaggio fiscale*».

In termini estremamente schematici (e per meri fini illustrativi) il concetto può essere rappresentato come segue:

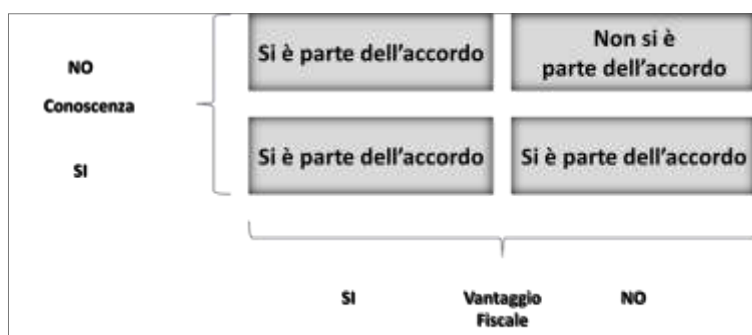


Figura n. 7

4 NORME DI REAZIONE: PROFILI APPLICATIVI

L'applicazione delle misure di contrasto previste dall'articolo 8, commi 1, 2 e 3 del Decreto ATAD variano a seconda del ruolo ricoperto dal soggetto passivo nell'ambito dell'operazione posta in essere e dell'effetto o disallineamento che si genera (ossia disallineamento del tipo DD o del tipo D/NI).

Con particolare riferimento al ruolo che può essere assunto dal soggetto passivo, in base alle previsioni dell'articolo 7 del Decreto ATAD, si ha che:

- il soggetto passivo è il “pagatore” qualora ai fini della determinazione del reddito imponibile deduca il componente negativo di reddito;
- il soggetto passivo è considerato “investitore” qualora ai fini della determinazione del reddito imponibile deduca doppiamente il componente negativo di reddito sostenuto, ovvero che si ritiene sia sostenuto, da una sua stabile organizzazione o da un soggetto non residente che gli imputa i redditi per trasparenza;
- il soggetto passivo è il “beneficiario” laddove il componente positivo di reddito sia a lui attribuito in base alle regole fiscali della giurisdizione del “pagatore” o di qualsiasi altra giurisdizione⁴².

Il ruolo assunto dal soggetto passivo, a mente del citato articolo 7, qualifica rispettivamente lo Stato Italiano come Stato del soggetto passivo “pagatore”, del soggetto passivo “investitore” o del soggetto passivo “beneficiario”.

In merito alla qualifica dello Stato italiano quale Stato del beneficiario, si evidenzia che, sebbene la disposizione contenuta nell’articolo 7, comma 3, del Decreto ATAD faccia esclusivo riferimento alla prospettiva della giurisdizione del pagatore, 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.

In particolare, nell’ambito di tale definizione, assume rilievo la prospettiva della giurisdizione del pagatore ogni qualvolta, in base alle condizioni contrattuali o altre circostanze concrete (e.g. *internal dealing*), la titolarità del componente positivo di reddito è attribuibile ad un soggetto passivo italiano.

Rientrano in tale fattispecie situazioni in cui un componente positivo di reddito è allocato ad una stabile organizzazione operante in Italia in base alle regole di attribuzione della giurisdizione della sede principale.

In tali casi, sulla base dell’assunto che l’attribuzione di un componente di reddito alla stabile organizzazione derivi dalla mera modalità di detenzione di un *asset* da parte

⁴² Combinato disposto articolo 7, comma 3 e articolo 6, comma 1, lettera c) del Decreto ATAD.

dell'impresa nel suo complesso, è da ritenere che sia ai fini dell'individuazione dell'elemento ibrido che della conseguente applicazione delle reazioni di contrasto dovranno essere considerate giurisdizioni del beneficiario sia quella di residenza della casa madre che quella di localizzazione della sua stabile organizzazione⁴³.

La prospettiva delle altre giurisdizioni interessate al disallineamento rispetto a quella dello Stato del pagatore, rileva inoltre qualora il soggetto, a cui secondo la prospettiva della giurisdizione del pagatore andrebbe imputato il componente positivo di reddito, sia una entità ibrida inversa che attribuisce fiscalmente il relativo componente positivo di reddito al proprio partecipante (beneficiario).

Si pensi ad un componente positivo di reddito relativo ad un pagamento effettuato in favore di una "entità ibrida inversa" costituita in uno stato estero che attribuisce i redditi per trasparenza ad un socio residente nello Stato Italiano.

In tali casi, la giurisdizione del beneficiario sarà, oltre a quella di costituzione dell'entità ibrida inversa in virtù dei vincoli contrattuali, anche quella del partecipante italiano per effetto della trasparenza fiscale estera.

Simmetricamente, tali criteri di individuazione del soggetto beneficiario possono essere adottati dal "pagatore" soggetto passivo italiano al fine di individuare la giurisdizione del "beneficiario" in relazione alla quale verificare l'esistenza di un elemento ibrido rilevante con effetto D/NI ed eventualmente attivare la reazione primaria.

Il sistema delle reazioni ai disallineamenti da ibridi agli effetti di D/NI e DD, si fonda sulla distinzione tra reazione primaria, ossia la reazione che va applicata in via prioritaria, e reazione secondaria che può essere applicata in via subordinata nel caso in cui lo Stato tenuto ad applicare la reazione primaria abbia disposizioni sui disallineamenti da ibridi tali da non garantire il livello minimo di protezione previsto dal Decreto ATAD. Nel caso dei disallineamenti importati (ex articolo 8, comma 3, del Decreto ATAD, e su cui vedi infra) l'unica reazione è costituita dalla negazione della deduzione.

⁴³ Rapporto HMA 2015, par. 86 con riferimento agli strumenti finanziari ibridi e esempio 1.8 par. 3

4.1 Le norme di reazione in caso di effetto DD

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.

Ai sensi dell'articolo 8, comma 2, lettera a), ultimo periodo del Decreto ATAD, il soggetto passivo italiano che si qualifica quale pagatore non è tenuto ad applicare la reazione secondaria se l'indeducibilità del componente negativo di reddito, in base alle norme fiscali della giurisdizione estera dell'investitore, risulta da una dichiarazione con valore di autocertificazione rilasciata dai rappresentanti legali del contribuente ivi residente o localizzato (in caso di stabile organizzazione) ovvero da altri elementi certi e precisi.

L'attivazione delle suddette reazioni, come già accennato, in considerazione del combinato disposto dell'articolo 6, comma 1, lettera g) e comma 2, lettera b), si verifica esclusivamente 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" ossia qualsiasi elemento di reddito che non è incluso a norma delle leggi di entrambe le giurisdizioni in cui si è verificato il disallineamento (c.d. approccio di danno).

Tale condizione posta all'attivazione della reazione in commento deriva dalla circostanza che l'effetto di DD in genere rappresenta la conseguenza tipica della trasparenza fiscale come ad esempio nei casi di partecipazione in un'entità ibrida diretta, presenza di una stabile organizzazione (con credito) o adesione al regime del consolidato mondiale.

Diversamente, la stessa assume carattere "patologico" nella misura in cui nella giurisdizione del pagatore i componenti negativi di reddito eccedano i componenti positivi di reddito a doppia inclusione (ad esempio quelli conseguiti in capo all'entità ibrida o alla stabile organizzazione con credito) e tale eccedenza negativa (*eccesso di deduzione*) è altresì

compensata/dedotta a fronte di componenti positivi di reddito che non sono inclusi (anche) nella base imponibile dell'investitore in base alle leggi fiscali della propria giurisdizione.

Nel dettaglio, tale ultimo effetto si produce quando, ad esempio, il componente positivo (compensato) afferisce all'attività di una entità fiscalmente opaca (e che consolida la propria base imponibile con quella del pagatore in virtù di regimi di consolidato nazionale o equivalenti) o di un'entità ibrida inversa (trasparente nella giurisdizione del pagatore e opaca in quella dell'investitore)⁴⁴.

A titolo esemplificativo, si considerino la Società A residente nello Stato 1 (investitore) con una propria stabile organizzazione con credito nello Stato 2 (pagatore) e la Società C, anch'essa residente nello Stato 2, che aderisce al regime del consolidato nazionale insieme alla stabile organizzazione.

La stabile organizzazione possiede un componente negativo di reddito di - 200 a fronte di un unico componente positivo di reddito di 100 (reddito a doppia inclusione) che origina una perdita fiscale di -100. La Società C ha un unico componente positivo di reddito di 100 (reddito non a doppia inclusione).

Sotto il profilo fiscale si ha che la perdita fiscale per 100 (ossia il componente negativo di reddito eccedente il reddito a doppia inclusione) della stabile organizzazione è doppiamente dedotta sia nello Stato 1, da parte della sede principale, che nello Stato 2 nell'ambito del consolidato nazionale.

Diversamente, il reddito della società C non è a doppia inclusione in quanto non è rilevante fiscalmente nello Stato 1 che considera la Società C fiscalmente opaca⁴⁵.

Si verificano quindi i presupposti per l'applicazione della reazione primaria da parte della casa madre (soggetto investitore) con ripresa a tassazione dei componenti negativi di reddito derivanti dall'attività della stabile organizzazione nella misura di 100.

In capo al pagatore, l'eccedenza di componenti negativi rispetto ai redditi a doppia

⁴⁴ Per altri casi di generazione di reddito che non è a doppia inclusione si veda il paragrafo 214 del Report OCSE HMA 2015.

⁴⁵ Sul presupposto che il reddito della Società C non sia assoggettato a imposizione nello Stato 1 per effetto di una specifica disposizione interna dello Stato 1: ad esempio, per effetto della disciplina CFC o del c.d. consolidato fiscale mondiale. Sulle condizioni che debbono ricorrere affinché un regime CFC possa dar luogo ad una forma di reddito a doppia inclusione si veda il paragrafo 199 del Report OCSE HMA 2015 ed in particolare l'esempio 6.4.

inclusione potrebbe essere la conseguenza della normale evoluzione del ciclo economico o di differenze temporanee che si riverseranno nel reddito imponibile di successivi periodi d'imposta dell'entità/stabile organizzazione. Si viene a determinare quindi un anticipo dei componenti negativi di reddito rispetto ai correlati componenti positivi di reddito a doppia inclusione.

Per evitare effetti penalizzanti, in circostanze contingenti e non strutturali, il Decreto ATAD prevede una specifica clausola di salvaguardia che opera qualora in uno o più periodi d'imposta successivi il pagatore consegua un reddito imponibile imputato per trasparenza all'investitore.

Tale clausola è contenuta nell'articolo 6, comma 6 del Decreto ATAD a mente del quale nei casi in cui un soggetto passivo sostiene un costo la cui deduzione è negata ai sensi dell'articolo 8, comma 1 (ossia in caso di doppia deduzione), e in uno o più periodi d'imposta successivi consegue un reddito imponibile per il tramite di una stabile organizzazione all'estero, ovvero di una società controllata non residente per la quale è stata esercitata l'opzione di cui all'articolo 130 e seguenti del TUIR, tale reddito è escluso da imposizione fino a concorrenza dell'ammontare dei costi la cui deduzione è stata negata per effetto dell'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 8. In tal caso, l'imposta estera relativa al componente di reddito escluso da imposizione non rileva ai fini dell'articolo 165 del TUIR⁴⁶.

Riprendendo il precedente esempio, laddove in un periodo successivo a quello in cui è stata applicata la reazione primaria da parte della casa madre, la stabile organizzazione consegua un reddito fiscale di 100 detto reddito (in quanto a “doppia inclusione”) non sarà assoggettato ad imposizione da parte della casa madre e tantomeno originerà un credito d'imposta ai sensi dell'articolo 165 del TUIR. Giova sottolineare, in termini generali, che il reddito a doppia inclusione di uno o più periodi di imposta successivi sarà prioritariamente imputato alla compensazione di doppie deduzioni non sterilizzate e memorizzate in anni

⁴⁶ Con riferimento alle pertinenti dichiarazioni fiscali le clausole di salvaguardia sono gestite per il tramite di una variazione fiscale in diminuzione. Ad esempio con riferimento al Modello Redditi SC2021 si rinvia al rigo RF55 - codice 85 ove viene indicata la variazione in diminuzione del reddito in applicazione dell'art. 8, comma 2, lett. c), art. 6, comma 6, e art. 10, comma 3, del decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142. Parimenti per le dichiarazioni fiscali di cui al Modello Redditi SP2021 e al Modello Redditi PF2021.

precedenti e solo per la differenza tale reddito non sarà soggetto ad imposizione in capo alla casa madre.

Come sopra indicato, per potersi verificare un effetto di doppia deduzione rilevante ai fini dell'attivazione delle reazioni, occorrono contemporaneamente due condizioni:

1. l'eccesso di componenti negativi rispetto a componenti positivi a doppia inclusione (*eccesso di deduzione*);
2. la compensazione nella giurisdizione del pagatore dell'eccesso di deduzione con un importo che non rappresenta reddito a doppia inclusione.

Come già visto, potrebbe accadere che l'eccesso di deduzione si verifichi in un dato periodo d'imposta ma che lo stesso sia compensato con redditi non a doppia inclusione in un periodo di imposta successivo, riverberando così i suoi effetti sulla misura delle reazioni e/o della clausola di salvaguardia prevista dall'articolo 6 comma 6 del Decreto ATAD nei periodi di imposta successivi.

A titolo esemplificativo:

- la Società A, residente fiscalmente in Italia, negli anni 1, 2 e 3 realizza un utile imponibile di 800 nell'ambito della sola gestione domestica;
- detta Società opera nello Stato 2 con una stabile organizzazione (con credito) che aderisce ad un regime di consolidato fiscale con la Società B, anch'essa residente nello Stato 2;
- la stabile organizzazione nell'anno 1 realizza una perdita di 400 mentre la società B realizza un utile imponibile di 200. In tale ipotesi a fronte di un eccesso di deduzione di 400 si ha una compensazione con reddito non a doppia inclusione nell'ambito del consolidato nei limiti di 200;
- pertanto, limitatamente a detto importo si verificano entrambe le condizioni per poter applicare la reazione primaria da parte dello Stato italiano, con conseguente ripresa a tassazione (in base alla reazione primaria) della deduzione nei limiti di 200;
- la rimanente quota di *eccesso di deduzione* (-200) della stabile organizzazione è riportata all'estero (ossia nella giurisdizione del pagatore) nei periodi d'imposta successivi e potrebbe essere ivi utilizzata in compensazione nell'ambito del

consolidato nello Stato 2.

Nel periodo d'imposta successivo (anno 2):

- si ipotizzi che la stabile organizzazione realizzi una nuova perdita di 200 e che la Società B realizzi un utile imponibile di 300 che viene abbattuto per 200 con la perdita della stabile organizzazione realizzata nel periodo d'imposta in corso e per 100 con parte della perdita della stabile organizzazione realizzata nel periodo d'imposta precedente (100) e riportata in avanti;
- in tale caso, si verificano, nell'anno 2, entrambe le condizioni sopra citate per l'applicazione della reazione primaria da parte dello Stato italiano in relazione all'ammontare di 300 (vale a dire, sia relativamente alla perdita di 100 dell'anno 1 riportata in avanti, che relativamente alla perdita di 200 dell'anno 2).

Si supponga in ultimo che:

- nell'anno 3 la stabile organizzazione realizzi un utile imponibile di 300, solo in parte compensato con la parte residua della perdita realizzata nell'anno 1 dalla stabile organizzazione (100);
- conseguentemente si ha un reddito a doppia inclusione residuo di 200. In tale ipotesi, lo Stato italiano non assoggetterà a tassazione il reddito della stabile organizzazione nei limiti di 200;
- tale ultimo importo, infatti, rappresenta un reddito a doppia inclusione e di ammontare inferiore ai costi resi indeducibili negli esercizi precedenti, che nel caso dell'esempio sono stati pari a 500.

Gli effetti dell'esempio sopra descritto sono rappresentati nelle seguenti tabelle.

Determinazione misura delle reazioni / esclusione	anno 1	anno 2	anno 3
Risultato fiscale Stabile Organizzazione (Stato 2)	-400	-200	300
Risultato fiscale Società B (Stato 2)	200	300	400
Utilizzo perdite pregresse	0	- 100	-100

Perdite della SO non utilizzate nel consolidato	-200	-100	0
Compensazione eccesso di deduzione	200	300	0
Reazione Primaria (o Secondaria)	200	300	0
Esclusione in base all'articolo 6, comma 6, Decreto ATAD	0	0	200

Tabella 1

Determinazione Reddito Imponibile Società A	anno 1	anno 2	anno 3
Risultato gestione domestica Società A (Italia)	800	800	800
Risultato fiscale Stabile Organizzazione (Stato 2)	-400	-200	300
Reazione Primaria (o Secondaria)	200	300	0
Esclusione articolo 6, comma 6, Decreto ATAD	0	0	-200
Utile Imponibile della Società A (Gestione Nazionale + Gestione Estera)	600	900	900

Tabella 2

Si noti che nell'anno 3 è stato escluso da tassazione in capo alla Società italiana una parte del reddito della stabile organizzazione pari a 200 data dalla differenza tra il reddito della stabile affluito nel consolidato fiscale (300) e le perdite pregresse (100). Si rileva che detta esclusione opera nei limiti dell'ammontare dei costi la cui deduzione è stata negata per effetto dell'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1 dell'articolo 8 (nel caso di specie 500) e che l'imposta estera relativa ai componenti di reddito esclusi da imposizione non rileva ai fini dell'articolo 165 del TUIR.

Alla luce di quanto sopra illustrato, ed in particolare in base all'approccio di danno adottato dal legislatore italiano, emerge l'esigenza di monitorare nel tempo le grandezze rilevanti in quanto è sempre necessario intercettare il momento in cui l'effetto di DD "potenziale" diviene "effettivo" (ossia si verifica effettivamente la compensazione della DD

con il reddito non a doppia inclusione). Al riguardo il soggetto passivo italiano sarà tenuto a dare evidenza con adeguata documentazione delle seguenti grandezze:

1. **Memorandum 1:** ammontare della doppia deduzione potenziale, ossia la maggiore deduzione dei componenti negativi rispetto a quelli positivi a doppia inclusione in ciascun periodo di imposta (*eccesso di deduzione*);
2. **Memorandum 2:** ammontare della quota di *eccesso di deduzione* utilizzata e/o rinviata nella giurisdizione del pagatore a successivi periodi d'imposta.

In ultimo, sempre con riferimento alla fattispecie in analisi, in considerazione del fatto che l'appuramento di fenomeni che danno luogo a disallineamenti ibridi può, in linea di principio, riguardare eventi risalenti nel tempo, per esigenze di semplificazione e per evitare oneri da adempimento per i contribuenti non proporzionali si ritiene, coerentemente con le raccomandazioni contenute nei rapporti OCSE⁴⁷, che non rilevino ai fini dei disallineamenti in commento le perdite fiscali formatesi fino al periodo d'imposta in corso alla data del 28 dicembre 2018, data di pubblicazione del Decreto ATAD.

Peraltro, la disposizione prevista dall'articolo 6, comma 6, dedicata espressamente solo alla reazione primaria quando lo Stato Italiano è lo stato dell'investitore, è espressione di un principio generale per cui le reazioni previste dall'articolo 8 comma 1, in base al c.d. approccio di danno (per cui tali reazioni devono scattare solo nel periodo di imposta e nella misura in cui nella giurisdizione del pagatore si verifica la compensazione con reddito che non è a doppia inclusione), non sono (più) appropriate quando nel corso dei periodi d'imposta gli effetti dannosi vengono riassorbiti grazie all'emergere di reddito a doppia inclusione nella giurisdizione del pagatore.

Tuttavia lo stesso principio deve valere anche nel caso in cui lo Stato Italiano sia lo stato del pagatore e abbia ivi trovato applicazione la reazione secondaria e, successivamente, sopraggiunga reddito a doppia inclusione. In tali casi il sopraggiungere di reddito a doppia inclusione è idoneo a rendere ex post (ossia nel periodo o nei periodi di imposta in cui

⁴⁷ L'OCSE in tema di rilevanza delle perdite propone di non considerare rilevanti quelle maturate in periodi chiusi entro il 31 dicembre 2016 (cfr. par. 263 del Rapporto HMA 2015 e par. 112 del Rapporto BMA 2017).

sopraggiunge) deducibili i componenti negativi originariamente colpiti dalla reazione secondaria. Altrimenti la disciplina in esame, al fine di evitare un fenomeno di doppia non imposizione (tramite doppia deduzione), condurrebbe al risultato di produrre una doppia imposizione.

Si pensi al caso di una stabile organizzazione in Italia della Società A, residente nello Stato 1 e che adotta il metodo del credito, che nell'anno 1 chiude in perdita di 100 e che consolida fiscalmente con Società B residente in Italia che produce un utile di 100 (reddito non a doppia inclusione). Lo Stato 1 non ha adottato regole anti-ibridi equivalenti a quelle previste dal Decreto ATAD e non prevede quindi l'attivazione della reazione primaria per sterilizzare l'effetto di DD. Spetterà quindi all'Italia, quale giurisdizione del pagatore, attivare la reazione secondaria negando alla stabile organizzazione la deduzione della perdita (100).

Si assuma che nell'anno 2 la stabile organizzazione produca un reddito di 100 incluso sia nell'imponibile italiano che nello Stato 1 (reddito a doppia inclusione).

Considerati l'anno 1 e l'anno 2 nel complesso, la stabile organizzazione italiana ha prodotto un reddito pari a zero (-100 nell'anno 1; +100 nell'anno 2). La giustificazione dell'attivazione della reazione secondaria nell'anno 1, fondata sulla compensazione tra la doppia deduzione con reddito non a doppia inclusione e l'assenza di reazione primaria nello Stato 1, viene meno ex-post per il sopraggiungere di reddito a doppia inclusione, riconducendo il fenomeno ad un mero profilo di tempistica. Si deve quindi ritenere appropriato - nella logica dell'approccio di danno e nello spirito della disciplina volta a rimuovere gli effetti dannosi, ma senza produrre esiti di doppia imposizione - prevedere, nei limiti del sopraggiunto reddito a doppia inclusione, il rilascio nell'anno 2 della deduzione negata nell'anno 1.

4.2 Le norme di reazione in caso di effetto D/NI

Con riferimento agli effetti di deduzione senza inclusione, secondo quanto disposto dal comma 2 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 del pagatore, salvo che il disallineamento non sia neutralizzato in un altro Stato.
2. **in base alla reazione secondaria**, l'importo del corrispondente componente positivo di reddito che altrimenti genererebbe un disallineamento è imponibile in capo al soggetto passivo beneficiario laddove lo Stato italiano è quello del beneficiario e la deduzione del componente negativo di reddito non è negata nello Stato del pagatore.

Analogamente a quanto visto nei casi di doppia deduzione, le fattispecie di cui all'articolo 6, comma 1, lettera r), numeri 6) e 7), ossia quelle afferenti a effetti di deduzione senza inclusione che derivano da componenti negativi di reddito sostenuti da un'entità ibrida disconosciuti dal socio/investitore e componenti di reddito nozionali, le reazioni primaria e secondaria sono subordinate all'applicazione dell'articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD, nei termini già menzionati con riferimento all'effetto DD (c.d. approccio di danno).

In sostanza, nelle suddette ipotesi, l'effetto di deduzione senza inclusione deve essere reale e non solo potenziale e dunque occorre verificare che la deduzione di un componente negativo di reddito abbia compensato, nella giurisdizione del pagatore, un componente positivo non considerabile a doppia inclusione.

Si consideri a titolo esemplificativo:

- la Società A residente nello Stato 1 opera per mezzo di una stabile organizzazione (con credito) localizzata nello Stato 2 i cui ricavi sono pari a 100 (reddito a doppia inclusione);
- lo Stato 2 consente la deduzione di un componente negativo di reddito figurativo pari a 100 che risulta disconosciuto dalla sede centrale in quanto effettuato all'interno della stessa entità;
- in detta circostanza non emergerà il disallineamento con effetto di deduzione senza inclusione descritto all'articolo 6, comma 1, lettera r), n. 7 del Decreto ATAD, in quanto il reddito a doppia inclusione (100) compensa interamente il componente negativo figurativo (-100);
- diversamente, se il componente negativo figurativo fosse stato pari a 110 sarebbe

emerso un effetto di deduzione senza inclusione pari a 10.

Nondimeno, l'effetto D/NI diviene rilevante quando l'eccesso di deduzione è compensato con un reddito non considerabile a doppia inclusione, come ad esempio potrebbe avvenire qualora la stabile organizzazione partecipi nello Stato 2 ad un consolidato nazionale con un'altra entità fiscalmente ivi residente (e considerata opaca sia nello Stato 1 che nello Stato 2).

Analogamente a quanto chiarito nel caso dell'effetto di DD, l'eccesso di deduzione realizzato in un periodo d'imposta potrebbe esser utilizzato per compensare futuri redditi non a doppia inclusione.

Si assuma a titolo esemplificativo che:

- la Società A residente nello Stato 1 operi nello Stato 2 per il tramite di una stabile organizzazione (SO) con credito e che, negli anni 1, 2, 3 realizzi ricavi operativi per 100. In detti anni la SO sostiene oneri figurativi verso la sede principale per 110. L'eccedenza di componenti negativi di reddito rispetto a quelli positivi a doppia inclusione genera una perdita fiscale compensata con i redditi della Società B (impresa associata) residente nello Stato 2 nell'ambito di un consolidato.

Gli effetti dell'esempio sopra descritto sono rappresentati nella seguente tabella.

Determinazione misura della reazione	anno 1	anno 2	anno 3
Ricavi Stabile Organizzazione a doppia inclusione	100	100	100
Onere Figurativo ritenuto sostenuto	110	110	110
Risultato Netto Stabile Organizzazione	-10	- 10	-10
Eccesso di perdite della Stabile Organizzazione confluite nel Consolidato con la Società B	-10	-10	-10
Effetto D/NI potenziale	-10	-10	-10
Risultato Netto Società B	10	5	15

Compensazione eccesso di deduzione	10	5	15
Riporto eccesso di deduzione	0	5	0
Reazione Primaria (o Secondaria)	10	5	15

Tabella 3

Anche in tal caso, al fine di tenere memoria degli importi rilevanti per la determinazione della reazione primaria (o secondaria), il contribuente sarà tenuto a monitorare e dare evidenza con adeguata documentazione delle seguenti grandezze:

1. **Memorandum 1:** ammontare della deduzione eccedente, ossia la maggiore deduzione dei componenti negativi disconosciuti rispetto a quelli positivi a doppia inclusione in ciascun periodo di imposta (*eccesso di deduzione*) potenzialmente compensabili con redditi non a doppia inclusione;
2. **Memorandum 2:** ammontare della quota di *eccesso di deduzione* compensata nella giurisdizione del pagatore con redditi non a doppia inclusione con rilevazione dell'utilizzo a fronte del reddito a doppia inclusione o meno.

Nella fattispecie rappresentata dall'esempio, potrebbero intrecciarsi effetti D/NI ed effetti DD nel caso in cui la stabile organizzazione oltre all'onere figurativo di 110 abbia anche ulteriori componenti negativi di reddito verso soggetti terzi di importo pari a 20.

In tal caso, infatti, oltre all'effetto D/NI per 10 sopra evidenziato, si avrebbe un ulteriore componente negativo di reddito (20) eccedente i componenti positivi di reddito a doppia inclusione (100) che potrebbe essere portato (10+20) in abbattimento del reddito di un'altra entità residente nello Stato 2, considerata opaca nello Stato 1 (investitore), in regime di consolidamento con la stabile organizzazione.

In questi casi, sotto il profilo dell'applicazione delle norme di reazione, si avrebbero due reazioni concorrenti: la prima volta a neutralizzare l'effetto D/NI (10) nello Stato 2 di localizzazione della stabile organizzazione (pagatore) e la seconda volta ad eliminare l'effetto di DD (20) nello Stato 1 di residenza della Società A (investitore).

Lo Stato 1, nell'ipotesi in cui lo Stato 2 non abbia i presupposti per l'applicazione della

reazione primaria, potrà applicare anche la reazione secondaria ai fini di eliminare anche l'effetto D/NI. Viceversa, laddove lo Stato 1 non abbia i presupposti per l'applicazione della reazione primaria per eliminare l'effetto DD, sarà compito dello Stato 2 applicare anche la reazione secondaria relativamente a detto disallineamento.

L'articolo 8, comma 2, lettera c) del Decreto ATAD contiene una clausola di salvaguardia specifica in caso di effetto D/NI al fine di preservare la natura "effettiva" del disallineamento (effettiva riduzione della base imponibile)⁴⁸.

Nello specifico, qualora la deduzione di un componente negativo di reddito sia stata negata in capo ad un soggetto passivo in applicazione della reazione primaria, la successiva inclusione nello Stato estero di residenza ovvero di localizzazione del beneficiario del corrispondente componente positivo, 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, fa sorgere in capo a quest'ultimo il diritto alla corrispondente deduzione del componente negativo di reddito in precedenza non dedotto.

La norma nella sua struttura appare complementare alla disposizione contenuta nell'articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1.1, la quale subordina tra l'altro la sussistenza di un disallineamento da strumenti finanziari e trasferimenti ibridi alla condizione che *«il corrispondente componente positivo di reddito non è incluso dalla giurisdizione del beneficiario in un periodo d'imposta che inizia entro 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del pagatore con riferimento al quale il componente negativo di reddito è stato dedotto»*.

Pertanto, è da ritenere che la suddetta clausola di salvaguardia trovi applicazione con esclusivo riferimento ai disallineamenti con effetto D/NI relativi agli strumenti finanziari e trasferimenti ibridi⁴⁹.

⁴⁸ Con riferimento alle pertinenti dichiarazioni fiscali le clausole di salvaguardia sono gestite per il tramite di una variazione fiscale in diminuzione. Ad esempio con riferimento al Modello Redditi SC2021 si rinvia al rigo RF55 - codice 85 ove viene indicata la variazione in diminuzione del reddito in applicazione dell'art. 8, comma 2, lett. c), art. 6, comma 6, e art. 10, comma 3, del decreto legislativo 29 novembre 2018, n. 142. Parimenti per le dichiarazioni fiscali di cui al Modello Redditi SP2021 e al Modello Redditi PF2021.

⁴⁹ A riguardo si veda anche la Relazione Illustrativa al Decreto ATAD nella parte relativa alle rilevanza delle differenze temporali di imputazione dei componenti di reddito secondo la quale *«il Decreto prevede, con riferimento alla deduzione non inclusione relativa agli strumenti finanziari, una soglia temporale specifica rappresentata dalla mancata inclusione del componente positivo di reddito dalla giurisdizione del beneficiario in un periodo d'imposta che inizia entro 12 mesi dalla fine del periodo d'imposta del pagatore con riferimento al quale il componente negativo di reddito è stato dedotto. Alla luce delle finalità perseguite dalle disposizioni anti-hybrid del Decreto, all'articolo 8, comma 2, lettera c), è prevista la possibilità*

Per quanto riguarda invece il sopraggiungere, nell'ambito delle fattispecie di cui ai numeri 6 e 7, di reddito a doppia inclusione in periodi d'imposta successivi a quelli in cui hanno trovato applicazione le reazioni (primaria o secondaria), vale quanto detto relativamente alle fattispecie di DD, per cui il sopraggiungere di reddito a doppia inclusione sarà idoneo a rilasciare ex-post la reazione precedentemente attivata tramite apposita variazione in diminuzione nella dichiarazione del periodo d'imposta in cui sopraggiunge il reddito a doppia inclusione.

Si immagini la Società A, residente in Italia, che consolida con la Società B:

- la società A è controllata dalla Società X che la considera trasparente (per cui la società A è un ibrido diretto);
- nell'anno 1 la Società A chiude in perdita di -100, in quanto ha ricavi verso terzi per 100 e costi verso la società X per 200, e tale perdita viene compensata nel consolidato con l'utile della società B di 100 (reddito non a doppia inclusione);
- la società X, che considera la Società A trasparente, include nel proprio imponibile i ricavi verso terzi per 100 della Società A ma non attribuisce rilevanza al componente positivo di 200 corrispondente al componente negativo rilevato dalla Società A;
- nell'anno 1, quindi, è completamente integrata la fattispecie prevista dall'articolo 6, comma 1, lettera r) numero 6 per l'importo di 100 (ossia l'eccesso di deduzione della società A compensato nel consolidato con il reddito non a doppia inclusione della società B).

Si assuma che, nell'anno 2, la società A rilevi solo ricavi verso terzi per 100 che vengono inclusi sia in Italia che nello Stato della Società X (reddito a doppia inclusione).

In tale scenario, secondo l'approccio di danno, nell'anno 2 ricorrono i presupposti per rilasciare la deduzione negata nell'anno 1 per 100.

Differentemente si produrrebbe un risultato di doppia imposizione.

In ultimo, entrambe le reazioni previste per neutralizzare l'effetto D/NI non si applicano

*per il soggetto passivo che ha subito il disconoscimento della deduzione di un componente negativo di reddito di ottenere il riconoscimento a seguito della dimostrazione della effettiva inclusione del corrispondente componente positivo di reddito nella giurisdizione estera del beneficiario **oltre il lasso temporale sopra indicato**”.*

se il disallineamento è stato neutralizzato in un altro Stato, ovvero:

- il componente positivo di reddito sia stato incluso nello Stato della casa madre oppure nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione nel caso in cui lo Stato italiano sia lo Stato del pagatore (articolo 8, comma 2, lettera a), secondo periodo del Decreto ATAD);
- il componente negativo di reddito non è stato dedotto nello Stato del pagatore ovvero è stato incluso nello Stato di localizzazione di una stabile organizzazione del soggetto passivo italiano nel caso in cui lo Stato italiano è lo Stato del beneficiario (articolo 8, comma 2, lettera b), secondo periodo del Decreto ATAD).

Tali circostanze devono risultare da dichiarazione rilasciata dal contribuente che ha incluso il componente positivo o non dedotto il componente negativo ovvero risultare da altri elementi certi e precisi.

Del pari, con la medesima modalità potrà darsi atto dell'inclusione di un componente positivo di reddito per effetto dell'applicazione delle norme sulle *controlled foreign companies (CFC)*.

Infine, con riferimento all'ipotesi summenzionate, per le ragioni già esposte nel paragrafo 4, non assumono rilevanza casi di spontanea rimozione dell'effetto di un disallineamento da ibridi in assenza di un obbligo di legge.

4.3 Le norme di reazione per gli “Ibridi importati”

I disallineamenti da ibridi indiretti, ossia i cc.dd. “ibridi importati”, hanno rappresentato in termini concettuali uno degli elementi di novità della Direttiva ATAD 2 la cui disciplina in ambito italiano è stata trasposta nell'articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD.

I disallineamenti in commento sono concepiti in modo tale da sfruttare un effetto ibrido che si genera in altri Stati che non abbiano adottato norme anti ibridi o le abbiano adottate in modo da non garantire il livello minimo di protezione previsto dalle disposizioni del Decreto ATAD.

Giova precisare che i disallineamenti da ibridi importati possono risolversi in un

disallineamento che si esaurisce esclusivamente in ambito europeo. Dubbi al riguardo, infatti, potrebbero sorgere tenuto conto del Considerando 25 della Direttiva ATAD 2 che in relazione agli ibridi importati fa riferimento a quelli che «*spostano l'effetto di un disallineamento da ibridi tra le parti in paesi terzi verso la giurisdizione di uno Stato Membro*».

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 dal Decreto ATAD.

Peraltro, ciò è coerente con il campo di applicazione della reazione secondaria che, come si è visto, può trovare applicazione anche in ambito europeo, qualora nella giurisdizione che dovrebbe attivare le reazioni primarie vi sia stata un'attuazione con un livello di protezione non equivalente a quello previsto dal Decreto ATAD.

Ciò posto, come illustrato nel Rapporto HMA 2015⁵⁰, il disallineamento da ibrido importato si fonda essenzialmente su tre elementi:

- i. il “*pagamento da disallineamento importato*”, che consiste nella deduzione di un componente negativo di reddito in una giurisdizione (ad esempio la giurisdizione A) e la corrispondente sua inclusione nella giurisdizione del beneficiario (ad esempio la giurisdizione B). In questa prima fase non si rilevano autonomi fenomeni ibridi.
- ii. la c.d. “*deduzione ibrida*”, ossia la deduzione di un componente negativo di reddito in una giurisdizione (ad esempio la giurisdizione C) in relazione alla quale si può avere la non inclusione (effetto di deduzione senza inclusione) nella giurisdizione del beneficiario (ad esempio la giurisdizione D) oppure la deduzione del medesimo competente negativo (doppia deduzione) nella giurisdizione dell'investitore (ad esempio la giurisdizione D).
- iii. il “*nesso*” tra il “*pagamento da disallineamenti importato*” (tra la giurisdizione A e la

⁵⁰ Rapporto HMA2015, paragrafo 241 nell'ambito della REC. 8.1.

giurisdizione B) e la “deduzione ibrida” (tra la giurisdizione C e la giurisdizione D) che sussiste allorché il pagamento da disallineamento importato sia stato compensato (direttamente o indirettamente) con tale deduzione ibrida (ad esempio perché nella giurisdizione B viene operata una deduzione verso la giurisdizione C ove il corrispondente componente positivo è compensato con la deduzione ibrida). Si precisa che il nesso può essere rappresentato da un pagamento simmetrico oppure da una compensazione in regime di consolidato. In merito alla individuazione di tale nesso, in assenza di esplicite contrarie indicazioni provenienti dalla Direttiva e dal Decreto si ritiene sia necessario fare operativamente riferimento alle indicazioni ed ai criteri contenuti nel Rapporto HMA 2015 ed in particolare ai paragrafi 246 e 247 ove vengono illustrate le tre metodologie “*structured*”, “*direct*” e “*indirect*” ed il loro coordinamento.

Per neutralizzare i disallineamenti da ibridi importati, l’articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD prevede un’unica reazione che nega la deducibilità del componente negativo di reddito sostenuto o ritenuto sostenuto da parte di un soggetto passivo 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.

Nondimeno, lo stesso articolo contiene una clausola di salvaguardia che, coerentemente con l’approccio di danno seguito dal Decreto ATAD, fa salva la deducibilità del citato componente negativo se e nella misura in cui uno degli Stati di residenza o di localizzazione dei soggetti esteri coinvolti nella transazione o nella serie di transazioni abbia effettuato un adeguamento equivalente con l’effetto di neutralizzare il disallineamento da ibridi in questione.

Detta disposizione, dunque, rende necessario “seguire”, sempre secondo le logiche “*structured*” e/o “*direct*” e/o “*indirect*” sopra indicate, la complessa struttura di transazioni che compongono il disallineamento al fine di verificare se gli Stati esteri interessati dalla deduzione ibrida abbiano attivato le idonee reazioni volte a neutralizzare il disallineamento rimuovendo alla radice la possibilità di produrre l’effetto d’importazione.

5 ALTRI CASI DI DISALLINEAMENTO E CONNESSE REAZIONI

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 derivanti da doppia residenza fiscale.

5.1 Duplicazione di crediti per imposte pagate all'estero

L'ibridismo fiscale può determinare effetti di duplicazione di rimedi contro la doppia imposizione a fronte dell'unicità della ritenuta prelevata alla fonte dallo Stato.

Ciò tipicamente avviene mediante l'impiego di trasferimenti ibridi ossia accordi di trasferimento (ad esempio mutuo di titoli o pronti contro termine) aventi ad oggetto strumenti finanziari il cui rendimento è considerato fiscalmente come conseguito contemporaneamente da più di una delle parti dell'accordo in virtù di un'asimmetria nei criteri di attribuzione del rendimento dello strumento finanziario oggetto di trasferimento.

In relazione a tali casi, il Decreto ATAD ha introdotto una specifica misura di reazione volta a contrastare la duplicazione del credito per le imposte estere.

Si tratta dell'articolo 8, comma 5, a mente del quale *«Nel caso di rapporti di cui alle lettere g-bis) e g-ter) del comma 1 dell'articolo 44 del TUIR, nonché delle operazioni che producono analoghi effetti economici, aventi ad oggetto obbligazioni e titoli similari o titoli atipici, il credito per le imposte estere spetta in misura corrispondente alla differenza positiva tra il provento cui detto credito si ricollega e l'onere finanziario relativo alle suddette operazioni»*.

Per quanto concerne i presupposti applicativi, la fattispecie non richiede la verifica circa l'esistenza dell'elemento soggettivo in quanto la stessa risulta integrata anche in assenza di operazioni con imprese associate o accordi strutturati.

Oltre a rilevare che per espressa previsione normativa la limitazione del credito per

imposte estere opera esclusivamente nell'ambito di contratti di "pronti contro termine" e di "mutuo di titoli garantito", o comunque operazioni che producono effetti analoghi, che abbiano ad oggetto titoli obbligazionari o assimilati, è da ritenere necessaria anche la natura "ibrida" del trasferimento e ciò sebbene tale elemento non emerga chiaramente dal tenore letterale della disposizione in commento.

Tale soluzione, che subordina l'esplicarsi della reazione ad una preventiva valutazione della sussistenza di un'asimmetria tra giurisdizioni nei criteri di attribuzione dei redditi derivanti dallo strumento finanziario trasferito, oltre ad essere coerente con il principio di proporzionalità della reazione in funzione dell'effetto che s'intende rimuovere, è in linea con le previsioni del comma 6, articolo 9 della Direttiva ATAD 2, attuato dalla norma in commento, che espressamente richiama il concetto di "trasferimento ibrido", nonché con la Raccomandazione 2.2. del Rapporto HMA 2015 anch'essa espressamente riferita agli "*hybrid transfers*"

Sotto il profilo operativo, la disposizione limita il riconoscimento del credito d'imposta ex articolo 165 del TUIR nei limiti delle imposte corrispondenti al risultato fiscale complessivo dell'operazione considerata, costituito dalla differenza tra il reddito lordo di fonte estera e la parte di tale reddito che viene trasferita ad altri soggetti esteri⁵¹.

In altri termini, al fine di determinare la quota di credito per imposte estere spettante al soggetto passivo, occorre in primo luogo calcolare il risultato netto dell'operazione come differenza tra il componente positivo di reddito derivante dagli interessi (lordi) maturati sul titolo oggetto del trasferimento ibrido e il componente negativo di reddito derivante dal pagamento, in tutto o in parte, di detti interessi al cedente a pronti/mutuante (*manufactured interest*). L'ammontare del credito per imposte estere spettante sarà pari all'imposta italiana sul risultato netto dell'operazione con impossibilità di utilizzare altrimenti la parte d'imposta estera eccedente che pertanto viene definitivamente persa.

A tal riguardo, occorre specificare che la retrocessione dei frutti derivanti dal titolo sottostante potrebbe emergere direttamente dalle previsioni del contratto di pronti contro

⁵¹ Il contribuente che ha in essere una operazione con gli effetti contrastati dall'articolo 8, comma 5 del Decreto ATAD deve aver cura di segnalarlo barrando la casella denominata "Art. 8 d.lgs. n.142/2018" posta a margine del quadro CE nel riquadro "Sezione III Riepilogo" del Modello Redditi SC2021. Parimenti con riferimento al Modello Redditi PF2021.

termine o mutuo di titolo ovvero essere parte di un accordo formalmente autonomo (ad esempio un contratto derivato) che tuttavia, avuto riguardo alle condizioni e termini dello stesso, e da ritenere funzionalmente legato al trasferimento ibrido.

Al fine di chiarire l'operatività della misura in commento, si consideri il seguente esempio:

- la Società A, fiscalmente residente nello Stato 1, emette uno strumento di debito sottoscritto da una Società B residente nello Stato 2;
- la Società B (cedente a pronti) trasferisce detto strumento di debito ad una Società C (acquirente a pronti) residente in Italia, in base ad un contratto di pronti contro termine;
- l'Italia attribuisce alla Società C i proventi derivanti dallo strumento di debito emesso dalla Società A;
- di contro, lo Stato 2 attribuisce tali proventi alla Società B; si tratta quindi di un trasferimento ibrido;
- medio tempore, sullo strumento di debito maturano interessi annui di 100 che, al netto della ritenuta in uscita applicata dallo Stato 1 di 10, generano un pagamento di 90 a favore della Società C che, secondo l'accordo, quest'ultima retrocede alla Società B (*manufactured interest*);
- il reddito imponibile della Società C derivante dall'operazione e rilevante ai fini di interesse è di 10, ossia pari alla differenza tra l'interesse lordo (100) ed il *manufactured interest* (90);
- in applicazione dell'articolo 8, comma 5, del Decreto ATAD, la misura del credito per imposte pagate all'estero riconosciuto alla Società C, assunta una tassazione nominale del 24%, sarà pari a 2,4 ($10 \cdot 24\% = 2,4$). A fronte di un'imposta estera (ossia la ritenuta) di 10, l'eccedenza pari a 7,6 non potrà essere utilizzata in alcun modo dalla Società C.

Sotto altro profilo, i “trasferimenti ibridi”, come già precedentemente evidenziato, possono produrre effetti di deduzione senza inclusione rendendo applicabili le norme di reazione. In tal caso si pone un problema di coordinamento tra le reazioni previste da tali norme e la disposizione di cui all'articolo 8, comma 5 del Decreto ATAD.

Al riguardo, considerato che le norme di reazione mirano ad eliminare gli effetti da

disallineamento da ibridi rettificando le basi imponibili e che la reazione di cui all'articolo 8, comma 5, opera sulla base imponibile scaturita dall'operazione nel suo complesso, è da ritenere che:

1. in primo luogo trovano applicazione le norme di reazione di cui all'articolo 8, comma 2, lettere a), ossia la reazione primaria volta a contrastare gli effetti di deduzione senza inclusione derivanti da un trasferimento ibrido, rideterminando così la base imponibile;
2. successivamente, trova applicazione il comma 5 dell'articolo 8 di cui sopra in relazione alla rimozione dell'effetto di duplicazione del credito d'imposta.

In altri termini, deve prima essere rimosso l'effetto di deduzione senza inclusione e, solo successivamente, deve essere rimosso l'eventuale residuo effetto di duplicazione del credito per le imposte pagate all'estero.

Occorre infine precisare che la duplicazione di crediti per imposte pagate all'estero nel sistema fiscale italiano è già contrastata, al pari della spettanza della *dividend exemption*, dall'articolo 2, comma 3 del Decreto legislativo n. 461 del 1997 a mente del quale in caso di “contratti di pronti contro termine” e “prestito di titoli” (lettere g-bis) e g-ter) del comma 1 dell'articolo 44 del TUIR) e delle operazioni che producono analoghi effetti economici, al soggetto cui si imputano i dividendi, gli interessi e gli altri proventi spetta l'attribuzione del credito per imposte pagate all'estero soltanto se tale credito sarebbe spettato al beneficiario effettivo dei dividendi, degli interessi e degli altri proventi⁵².

Ne consegue che in caso di applicazione della citata disposizione, che disconosce integralmente il credito per imposte pagate all'estero, non troverà applicazione l'articolo 8, comma 5, del Decreto ATAD.

5.2 Disallineamenti da doppia residenza fiscale

L'articolo 10 del Decreto ATAD disciplina le misure di contrasto ai fenomeni di doppia deduzione derivanti dai casi di doppia residenza. Il trattamento fiscale accordato ai soggetti

⁵² La norma ha un ambito oggettivo più ampio riguardando anche i casi di disconoscimento di ritenute subite all'estero sui dividendi e l'accesso al regime di *dividend exemption* di cui all'articolo 89, comma 2 del TUIR.

passivi che risultano residenti in due Stati, infatti, può produrre un disallineamento da ibridi rappresentato dalla deduzione del medesimo componente negativo di reddito in entrambi gli Stati accompagnata da reddito non a doppia inclusione.

La reazione prevista dall'articolo 10, consistente nella negazione della deduzione del componente negativo di reddito doppiamente dedotto, opera diversamente a seconda che l'altro Stato di residenza del soggetto passivo sia in uno Stato appartenente all'Unione Europea (comma 1) ovvero un Paese terzo (comma 2).

Nel primo caso, rileva l'attribuzione convenzionale della residenza con la conseguenza che l'Italia sarà chiamata a negare la deduzione solo nel caso in cui la residenza fiscale del soggetto passivo sia attribuibile, ai fini convenzionali, all'altro Stato membro e ivi avvenga la compensazione della deduzione con un reddito non a doppia inclusione.

Laddove, invece, la residenza ai fini convenzionali fosse attribuita all'Italia, dovrà essere l'altro Stato membro a dover reagire negando la deduzione.

Nel secondo caso, ovvero di residenza anche in un Paese terzo non appartenente all'Unione Europea, il profilo convenzionale dell'attribuzione della residenza è irrilevante poiché l'Italia dovrà, in ogni caso, reagire negando la deduzione quando la medesima è compensata nell'altro Stato con un reddito non a doppia inclusione e la giurisdizione del Paese terzo non abbia reagito eliminando l'effetto di doppia deduzione.

In entrambi i casi (commi 1 e 2), la reazione è subordinata alla condizione che il disallineamento non sia stato già neutralizzato nell'altro Stato.

Il comma 3, dell'articolo 10, in ultimo, prevede anche una misura di "salvaguardia" volta a rettificare gli effetti dell'applicazione della reazione ai sensi dei commi 1 e 2 nel caso in cui, in un esercizio successivo rispetto a quello della loro applicazione, il disallineamento venga meno per effetto del conseguimento di un componente positivo di reddito a doppia inclusione.

Gioca precisare che la norma contenuta nei commi 1 e 2 dell'articolo 10 del Decreto ATAD, nel descrivere la reazione che neutralizza il presente disallineamento, prevede che un componente negativo di reddito, sostenuto da un soggetto passivo che è anche residente ai fini fiscali in un altro Stato, non è deducibile qualora tale componente negativo di reddito sia

considerato deducibile nello Stato estero e «[...] *la deduzione non è ivi compensata da un reddito a doppia inclusione*».

6 DISPOSIZIONI IN MATERIA DI CONTROLLI

L'articolo 11 del Decreto ATAD regola gli aspetti concernenti l'accertamento mettendo in risalto l'importanza fondamentale del contraddittorio preventivo tra Contribuente ed Amministrazione finanziaria rispetto all'emissione dell'avviso di accertamento.

A tal proposito la relazione illustrativa al Decreto ATAD ribadisce la circostanza che l'accertamento di eventuali violazioni delle disposizioni di cui agli articoli da 6 a 10 debba essere effettuato con apposito atto, preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile una violazione.

La richiesta di chiarimenti deve essere notificata al contribuente entro il termine di decadenza previsto per la notificazione dell'atto impositivo in base all'articolo 43 del d.P.R. n. 600 del 1973, come modificato dalla Legge del 28 dicembre 2015, n. 208.

Tra la data di ricevimento dei chiarimenti, ovvero di inutile decorso del termine assegnato al contribuente per rispondere alla richiesta, e quella di decadenza dell'Amministrazione dal potere di notificazione dell'atto impositivo intercorrono non meno di sessanta giorni.

In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni.

Il contraddittorio summenzionato assume una rilevanza centrale nell'applicazione delle disposizioni in commento, in quanto, a fronte di una richiesta di chiarimenti mossa dall'Ufficio, il contribuente potrà dimostrare che l'operazione vagliata non fa emergere alcun disallineamento da ibridi rilevante.

In tale ambito, posto che ricade sull'Amministrazione finanziaria l'onere di dimostrare i fatti costitutivi della pretesa tributaria, sarà compito del contribuente dare evidenza che la fattispecie non ricorre o dell'esistenza di fatti impeditivi o estintivi di detta pretesa.

Tuttavia, tali impliciti oneri di documentazione a carico del contribuente sono da intendersi come riferibili alle 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 ibridi, salvo quella ordinariamente prevista a fondamento del diritto alla deduzione.

Peraltro è da ritenere che in caso di mancata risposta, o di risposta incompleta, alla richiesta di chiarimenti sia applicabile quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 32 del DPR 600 del 1973 in base al quale, qualora l'Ufficio informi appositamente il contribuente «*Le notizie ed i dati non adottati e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa*».

Ciò detto, 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.

Le controdeduzioni espresse dal contribuente saranno indicate nell'avviso di accertamento eventualmente emanato dall'Ufficio competente ai sensi dell'articolo 42 del d.P.R. n. 600 del 1973 unitamente alle ragioni per cui le medesime sono state in tutto o in parte disattese.

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

Un altro importante profilo di coordinamento relativo alle norme anti ibridi attiene alla loro relazione con altre disposizioni del TUIR.

In tale contesto, occorre precisare in primo luogo che le norme di reazione hanno la funzione esclusiva di neutralizzare il disallineamento da ibridi e pertanto non hanno rilevanza sul versante della riqualificazione dei componenti di reddito (ad esempio interessi o

dividendi) e del relativo trattamento fiscale.

Così ad esempio, il pagamento da parte di un soggetto passivo italiano di interessi su uno strumento finanziario ibrido (considerato di capitale nella giurisdizione del beneficiario), che determina l'applicazione della reazione primaria in Italia con conseguente indeducibilità dei frutti pagati sullo stesso, non avrà alcun impatto sulla qualificazione del flusso reddituale che continuerà ad essere qualificato come interesse ai fini dell'applicazione delle altre norme fiscali (ad esempio in termini di applicazione di ritenute sui dividendi invece che sugli interessi).

Sul versante delle disposizioni specifiche, una questione si pone in riferimento all'applicazione delle norme di reazione rispetto alla norma che limita la deducibilità degli interessi passivi di cui all'articolo 96 del TUIR, in quanto la stessa può determinare l'ineducibilità totale o parziale di interessi passivi e quindi avere effetti sul meccanismo di determinazione dell'eccedenza rispetto all'ammontare degli interessi attivi e proventi assimilati di cui al comma 2 del citato articolo.

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.

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 OCSE⁵³, che sono da considerare irrilevanti agli interessi passivi e agli oneri finanziari assimilati maturati fino al periodo d'imposta in corso alla data del 28 dicembre 2018, data di pubblicazione del Decreto ATAD.

⁵³ L'OCSE in tema di rilevanza delle perdite propone di non considerare rilevanti quelle maturate in periodi chiusi entro il 31 dicembre 2016 (cfr. par. 263 del Rapporto HMA 2015 e par. 112 del Rapporto BMA 2017).

Un ulteriore tema, riguarda le relazioni intercorrenti tra le disposizioni in materia di imprese estere controllate, di cui all'articolo 167 del TUIR (disposizioni CFC), e le norme anti ibridi.

A riguardo, è da considerare che la disposizione contenuta nel comma 7 dell'articolo 167 del TUIR, prevede che *«i redditi del soggetto controllato non residente sono determinati a seconda delle sue caratteristiche, in base alle disposizioni valevoli ai fini dell'imposta sul reddito delle società per i soggetti di cui all'articolo 73»*.

Atteso che le norme anti ibridi contenute nel Decreto ATAD sono parte integrante del sistema di norme che regolamentano il reddito di impresa, è da ritenere che le stesse trovino applicazione sia ai fini della verifica della condizione di ingresso nella disciplina CFC costituita dal c.d. *effective tax rate test* ed eventualmente anche ai fini della determinazione del reddito dell'impresa della controllata estera da imputare per trasparenza alla controllante italiana.

Sotto il profilo pratico, si osserva che qualora l'impresa estera controllata sia interessata da un fenomeno ibrido, che non coinvolge direttamente la controllante italiana, quest'ultima nell'applicazione delle disposizioni CFC dovrà tener conto delle reazioni anti ibridi previste del Decreto ATAD, ponendosi nella prospettiva della entità estera controllata che, a seconda dei casi, potrebbe assumere il ruolo di soggetto pagatore, beneficiario o investitore.

Deve inoltre essere tenuto in considerazione che l'applicazione di un regime CFC, sia in una giurisdizione estera che, per quanto già detto in precedenza, in Italia, al ricorrere di determinate condizioni, può rilevare come forma alternativa di inclusione o come modalità da cui può emergere un reddito a doppia inclusione con conseguente neutralizzazione del disallineamento da ibridi.

8 CASI ESEMPLIFICATIVI

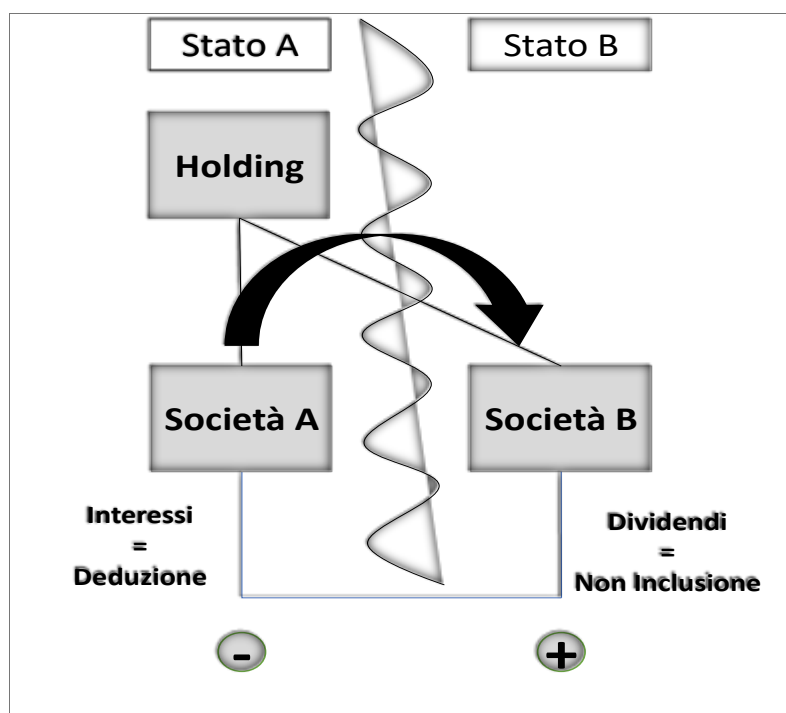
8.1 Disallineamenti da strumenti finanziari ibridi (articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1))

Esempio 1 – Strumenti finanziari ibridi

Le società A e B, rispettivamente residenti ai fini fiscali nello Stato A e nello Stato B sono imprese associate.

La società A emette uno strumento finanziario cartolarizzato acquistato dalla società B. Detto strumento finanziario è qualificato come di debito in base alle leggi fiscali dello Stato A e di patrimonializzazione in base a quelle dello Stato B. Del pari, gli interessi passivi maturati e dedotti dalla Società A, in base alle leggi fiscali dello Stato A, sono considerati proventi esenti/esclusi dalle leggi fiscali dello Stato B (*dividend exemption*) in capo alla società B.

Lo strumento finanziario, in considerazione della diversa qualificazione, dello stesso e dei componenti reddituali, assunta nello Stato A e nello Stato B, genera un disallineamento da ibridi (ed in particolare un effetto D/NI attribuibile alla diversa qualificazione dello strumento finanziario - *debt vs equity* - e del componente reddituale - *interesse vs dividendo*).



Esempio 1

In tale fattispecie, lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato A (Stato del pagatore) per cui dovrebbe neutralizzare il disallineamento attivando la reazione primaria e negando quindi la deduzione degli interessi in capo alla società A.

Ciò nondimeno, nel caso in cui lo Stato B abbia nel proprio ordinamento una disciplina

equivalente a quella dell'articolo 44, comma 2, lettera a) del TUIR che nega la *dividend exemption* in funzione e nella misura dell'avvenuta deduzione del componente di reddito nella giurisdizione del pagatore, la causa ibrida sarebbe automaticamente neutralizzata e l'effetto di deduzione senza inclusione dovrà considerarsi rimosso in origine con la conseguenza che la Società A potrà continuare a dedurre il componente negativo (nel rispetto delle altre disposizioni dell'ordinamento quali ad esempio l'articolo 96 del TUIR).

Nel caso in cui l'Italia sia lo Stato B (Stato del beneficiario), in linea di principio, sarà applicabile l'articolo 44, comma 2, lettera a) del TUIR (oppure l'articolo 89, commi 3-*bis* e 3-*ter* del TUIR) con la conseguente disattivazione della c.d. *dividend exemption*, e dunque non sarà necessaria l'applicazione della reazione secondaria.

Esempio 2 – Strumenti finanziari ibridi allocati ad una stabile organizzazione

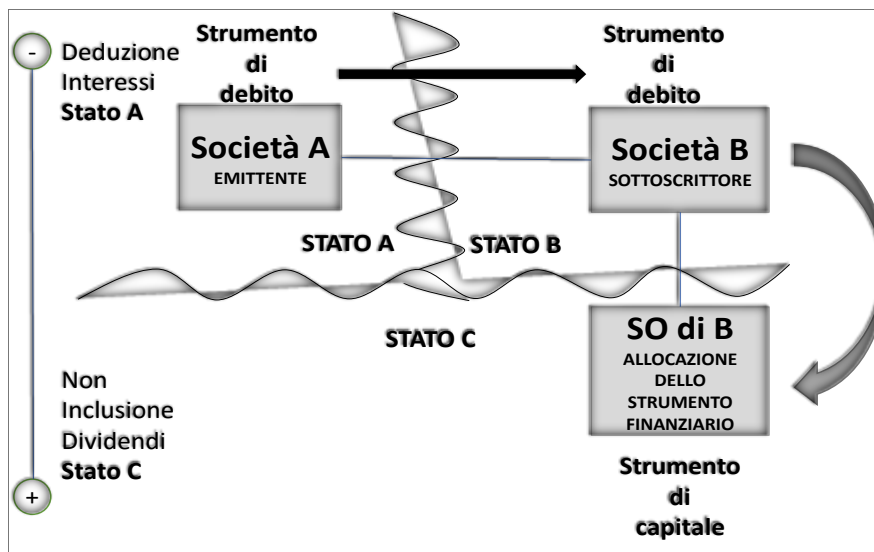
Le società A e B si qualificano come imprese associate e sono fiscalmente residenti rispettivamente negli Stati A e B.

La società B opera nello Stato C per mezzo di una stabile organizzazione in esenzione.

La società A emette uno strumento finanziario cartolarizzato di debito sottoscritto dalla società B che è univocamente attribuito alla sua stabile organizzazione (sia in base alle leggi fiscali dello Stato B che dello Stato C). Lo Stato C, ove è localizzata la stabile organizzazione, considera il citato strumento finanziario come di capitale venendosi così a determinare un effetto ibrido dovuto alla diversa qualificazione dello strumento finanziario tra lo Stato A (Stato del pagatore) e lo Stato C (Stato del beneficiario).

Il disallineamento, consistente nella deduzione dell'interesse in base alle leggi fiscali dello Stato A (emittente) e nella non inclusione da *dividend exemption* in base alle leggi fiscali

dello Stato C (di localizzazione della stabile organizzazione), produce un effetto D/NI.



Esempio 2

Nel contesto dell'esempio sopra riportato, qualora l'Italia fosse lo Stato A (Stato del pagatore) troverebbe applicazione la reazione primaria con la conseguenza che sarebbe negata la deduzione degli interessi. In tal caso, infatti, sebbene il sottoscrittore dello strumento finanziario sia la casa madre e con riferimento alla sua giurisdizione non si verifichi alcun elemento ibrido (debito/debito), lo stesso viene ad originarsi nella giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione in esenzione, in quanto giurisdizione del beneficiario rilevante ai fini dell'inclusione (debito/capitale).

Lo Stato B e lo Stato C sono entrambi considerabili come "Stato del beneficiario" in base al combinato disposto degli articoli 7, comma 3 e 6, comma 1, lettera c), del Decreto ATAD.

La società A, infatti, nell'individuare la giurisdizione del beneficiario, sebbene contrattualmente effettui il pagamento degli interessi a favore della casa madre (Società B), dovrà anche assumere la prospettiva dello Stato di residenza fiscale della sede principale, che rimanda allo Stato di localizzazione della stabile organizzazione in virtù dell'attribuzione alla stessa (ossia nella prospettiva della giurisdizione di casa madre) dello strumento finanziario e dei relativi rendimenti.

Qualora l'Italia fosse lo Stato B (sede centrale) in mancanza di una 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.

Infine, qualora, lo Stato italiano fosse lo Stato C (Stato di localizzazione della stabile organizzazione, anch'esso considerabile Stato del beneficiario) trova applicazione prioritaria l'articolo 44, comma 2, lettera a) oppure l'articolo 89, commi 3-*bis* e 3-*ter* del TUIR a seconda dei casi, e la conseguente eliminazione della causa ibrida.

8.2 Disallineamenti da trasferimenti ibridi (articolo 6, comma 1, lettera r), n. 1))

Esempio 3 – Pronti Contro Termine (Net-Paying REPO)

Le società E ed A sono fiscalmente residenti nello Stato A e la società B è fiscalmente residente nello Stato B.

Le società A e B, non sono imprese associate, ma sono parte di un accordo “strutturato” avente ad oggetto il trasferimento di uno strumento finanziario (del tipo Net Paying REPO come di seguito descritto).

La società E emette azioni sottoscritte dalla società B. La società B stipula con la società A un contratto di “pronti contro termine” per il quale la prima cede alla seconda “a pronti” le azioni per il corrispettivo di 1.000 e si impegna a riacquistarle a termine allo stesso corrispettivo di 1.000.

I termini contrattuali prevedono altresì che la società A trattenga i dividendi distribuiti *medio tempore* a titolo di remunerazione per l'operazione di finanziamento (*net-paying repo*).

Nel corso della durata del contratto la società E paga dividendi per 100 per i quali è riconosciuta la *dividend exemption* in capo ad A.

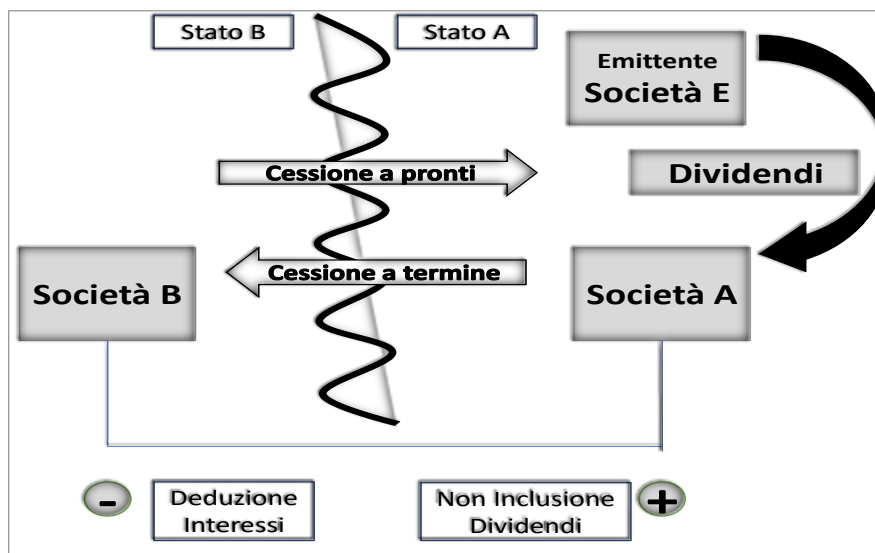
La società A, a scadenza, rivende le azioni alla società B ricevendo un pagamento di 1.000 e trattenendo i dividendi per 100.

Tali operazioni determinano sotto il profilo economico e fiscale quanto segue:

- Lo Stato della società A

- considera i dividendi di 100 quale componente positivo di reddito escluso/esente da tassazione;
 - non rileva la percezione di alcun interesse attivo in quanto non qualifica il *net paying repo* come una operazione di finanziamento.
- Lo Stato della società B
- imputa fiscalmente alla società B i dividendi di 100, distribuiti sul titolo oggetto del trasferimento con obbligo di riacquisto, quale componente positivo di reddito escluso/esente da tassazione;
 - riconosce la deducibilità di un interesse passivo in quanto qualifica il *net paying repo* come una operazione di finanziamento.

Conseguentemente si viene a determinare 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).



Esempio 3

Nel contesto dell'esempio, l'Italia non potrebbe assumere il ruolo dello Stato B (ossia del cedente a pronti - pagatore) in quanto, secondo l'ordinamento fiscale italiano, la titolarità della remunerazione del titolo sottostante sarebbe attribuita in maniera esclusiva alla società A (in base alla proprietà civilistica del titolo) ed inoltre, non rilevarebbe fiscalmente alcun

onere finanziario in virtù della corrispondenza del prezzo a pronti e del prezzo a termine mancando, quindi, l'effetto di D/NL.

Differentemente, qualora l'Italia fosse lo Stato A dell'acquirente a pronti (beneficiario) e la deduzione dell'onere finanziario non fosse negata dallo Stato B (pagatore), lo Stato italiano dovrebbe in linea teorica neutralizzare l'ibrido attivando la reazione secondaria, assoggettando a tassazione i dividendi.

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/NL in quanto a fronte della deduzione dell'onere finanziario da parte del soggetto pagatore si ha la corrispondente inclusione dei dividendi in capo al soggetto beneficiario con un effetto assimilabile alla reazione secondaria (articolo 8, comma 2 del Decreto ATAD).

Esempio 4 – Mutuo di Titoli

Le società E ed A sono fiscalmente residenti nello Stato A e la società B è fiscalmente residente nello Stato B.

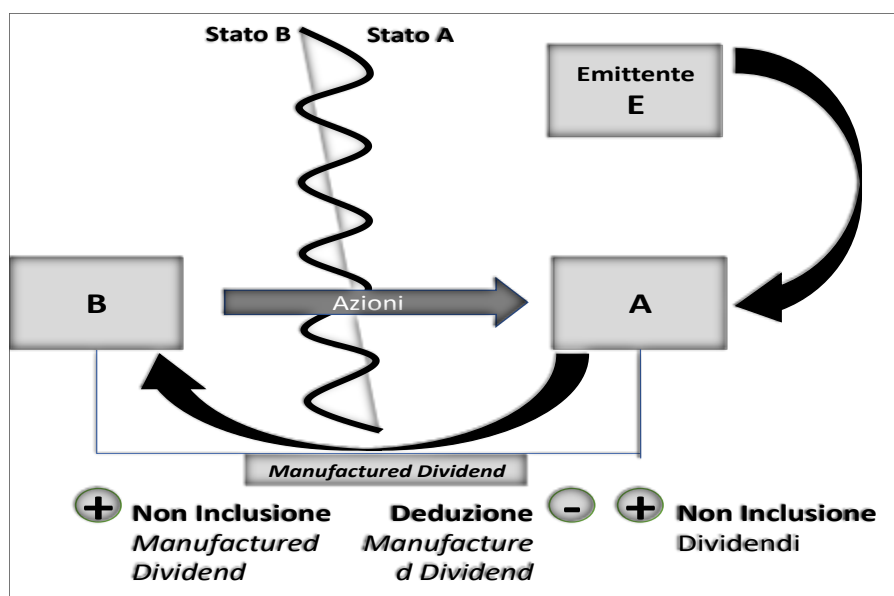
Le società A e B non si qualificano come imprese associate ma hanno tra di loro un accordo “strutturato” ai sensi dell'articolo 6, comma 1, lettera q) del Decreto ATAD.

La società E emette azioni sottoscritte dalla società B, che in base ad un contratto di mutuo di titoli sono trasferite alla società A. I termini contrattuali prevedono la retrocessione alla società B (mutuante) dei frutti derivanti dai titoli sottostanti mediante il pagamento di una somma equivalente (*manufactured dividend*) da parte della Società A (mutuatario).

Lo Stato A, di residenza del mutuatario, attribuisce la titolarità del rendimento dei titoli sottostanti alla società A sulla base della titolarità giuridica e riconosce alla stessa da un lato la *dividend exemption* sui dividendi percepiti e dall'altro la deduzione del *manufactured dividend*.

Lo Stato B, di residenza del mutuante, attribuisce la titolarità del rendimento dei titoli sottostanti alla società B sulla base di un presupposto di natura economico-sostanziale. Di conseguenza lo Stato B attribuirà al *manufactured dividend* percepito dalla società B natura di dividendo con conseguente applicazione della *dividend exemption*.

Si determina pertanto un effetto ibrido del tipo D/NI (ossia deduzione nello Stato A del pagatore e non inclusione nello Stato B del beneficiario).



Esempio 4

Nel contesto dell'esempio sopra riportato, qualora l'Italia fosse lo Stato A (ossia lo Stato del pagatore/mutuatario) che consente la deduzione del *manufactured dividend* deve, in linea di principio, attivare la reazione primaria con la conseguente negazione della deduzione del relativo componente negativo di reddito.

Giova osservare che, analogamente all'esempio precedente, nel caso di specie trova applicazione prioritariamente l'articolo 2, comma 3 del decreto legislativo n. 461 del 1997 a mente del quale si procede alla 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.

Qualora l'Italia fosse lo Stato B non si ha alcun trasferimento ibrido. Infatti, la titolarità della remunerazione del titolo sottostante, sarebbe attribuita in maniera esclusiva alla società

A sia nella prospettiva dello Stato italiano che nella prospettiva dello Stato A.

8.3 Disallineamento da componente negativo di reddito sostenuto a favore di un'entità ibrida inversa (articolo 6, comma 1, lettera r), numero 3))

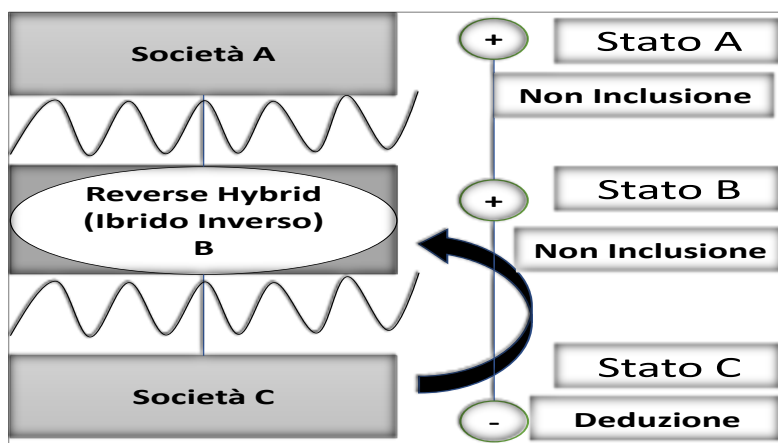
Esempio 5/A

Un gruppo di imprese associate opera negli Stati A, B e C rispettivamente con le società A, B e C.

La società A controlla totalmente la società B qualificabile come un'entità ibrida inversa" in quanto ritenuta fiscalmente trasparente nello Stato di costituzione (Stato B) e fiscalmente opaca nella prospettiva della giurisdizione del socio/partecipante (Stato A).

La società C, nell'ambito dello svolgimento delle proprie attività commerciali, sostiene un componente negativo di reddito deducibile relativo al pagamento di *royalties* (100) nei confronti della società B.

Detto componente positivo di reddito non sarà incluso né nello Stato B da parte della società B, ivi considerata fiscalmente trasparente, né nello Stato A da parte dell'entità A che considera la società B fiscalmente opaca, producendo un effetto ibrido del tipo D/NI.



Esempio 5A

In tale ipotesi, qualora lo Stato italiano sia quello del pagatore (Stato C) deve attivare la reazione primaria negando la deduzione del componente negativo di reddito.

L'Italia potrebbe essere lo Stato dell'investitore (Stato A), qualificato come Stato del beneficiario in base al combinato disposto degli articoli 7, comma 3 e 6, comma 1, lettera c),

del Decreto ATAD.

In tal caso, in assenza di reazione primaria da parte dello Stato C (Stato del pagatore), sarà necessario attivare la risposta secondaria ed includere nella base imponibile della Società A il componente positivo di reddito corrispondente al componente negativo di reddito dedotto dalla Società C.

Qualora lo Stato italiano è quello di costituzione della entità trasparente (Stato B) trova applicazione, a partire dai periodi di imposta che iniziano successivamente al 31/12/2021, la norma a carattere preventivo volta ad eliminare le cause del disallineamento prevista dall'articolo 9 del Decreto ATAD relativo alle "entità ibride inverse" costituite in Italia, salvo quanto osservato al precedente paragrafo 5 in merito alla concreta applicazione di detta disposizione.

Si assuma, come variante, che nessuna delle giurisdizioni coinvolte abbia adottato la disciplina dei disallineamenti da ibridi e che la Società C, a sua volta, rilevi componenti positivi di reddito per cessioni di beni nei confronti della società D del Gruppo e residente in Italia, per cui il costo di acquisto dei beni costituisce un componente negativo di reddito deducibile. In tale caso può trovare applicazione la disciplina degli ibridi importati di cui all'articolo 8, comma 3 in capo alla società D.

Da ultimo si assuma che, successivamente, la società C acquisti i beni intangibili (es: costo di acquisto 1000) dalla società B (entità ibrida inversa) iniziando poi a dedurre i relativi ammortamenti annuali (es: 100). Anche in tale caso può trovare applicazione la disciplina degli ibridi importati di cui all'articolo 8 comma 3 qualora altra società del Gruppo residente in Italia (Società D) sostenga componenti negativi di reddito (es: acquisto di beni per la rivendita) dalla Società C in quanto, e nella misura in cui, i corrispondenti componenti negativi di reddito (i ricavi da vendita di beni), "finanziano" l'ammortamento "ibrido". La concreta misura della negazione della deduzione ex art 8, comma 3, dipenderà dall'applicazione di criteri *structured*, *direct* o *indirect* applicabile in base ai fatti e circostanze del caso concreto.

Esempio 5/B

L'entità B, avente la forma giuridica di partnership, è un veicolo di investimento

localizzato nella giurisdizione B che considera tale entità fiscalmente trasparente.

L'entità B è partecipata da 30 partecipanti (c.d. *limited partner*) ciascuno con una partecipazione (agli utili) compresa tra il 2% ed il 10%. Nel complesso il 50% della partecipazione è riconducibile a soggetti residenti in giurisdizioni che considerano l'entità B come opaca (di questi partecipanti per il 15% sono enti esenti che, in caso di ricevimento diretto del reddito, non lo avrebbero comunque incluso nel proprio imponibile) mentre il resto è riconducibile a soggetti residenti in giurisdizioni che considerano l'entità B come trasparenti.

L'entità B è gestita, direttamente o indirettamente tramite delega, sulla base del c.d. *partnership agreement* da una entità terza società Y (general partner) appartenente ad un Gruppo che professionalmente istituisce e gestisce veicoli di investimento.

Da ultimo, in fase di sollecitazione all'investimento da parte dei partners, 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 considerato opaco.

L'entità B controlla la società C, residente nella giurisdizione C.

L'entità B eroga un finanziamento oneroso all'entità controllata C che, su tale base, rileva un componente negativo di reddito (500) a titolo di interesse passivo.

Dal punto di vista soggettivo, sulla base dell'accordo di gestione, la società Y si configura come entità che esercita i diritti dei partecipanti di modo che sia integrato il criterio dell'agire di concerto. Di conseguenza deve operare l'aggregazione dei diritti dei partecipanti di modo che a ciascuno di essi (30 partecipanti) vadano attribuiti i diritti degli altri: in tal modo ognuno di essi è considerato impresa associata al veicolo di investimento detenendo il 100% dello stesso, seppur i singoli partecipanti non si configurano, per ciò solo, come tra loro imprese associate.

Inoltre, sulla base dei documenti di sollecitazione all'investimento, emerge che tutti i partecipanti ed il veicolo sono "parti" di un "accordo strutturato" in quanto il veicolo è descritto come idoneo a produrre un disallineamento sulla base della trasparenza del

medesimo e della possibile opacità nella prospettiva degli investitori o anche solo di alcuni di essi (si veda il par. 343 del Report HMA 2015).

Su tali basi i rapporti tra i partecipanti nel veicolo, il veicolo stesso e la società controllata dal veicolo, integrano l'elemento soggettivo richiesto dall'articolo 6, comma 1, lettera u) del Decreto ATAD.

Nell'anno 1 la società C deduce l'interesse passivo di 500 derivante dal finanziamento erogato alla stessa dal veicolo di investimento. Tale veicolo di investimento si configura, in parte, quale entità ibrida inversa, come segue:

partecipanti		% partecipazione	reazione primaria	reazione secondaria (totale)
partecipanti che vedono l'entità fiscalmente opaca	esenti	15%		
	non esenti	35%	175	175
partecipanti che vedono l'entità fiscalmente trasparente (esenti o non esenti)		50%		

Tabella 4

- Se l'Italia è la giurisdizione del pagatore (Società C) e qualora la giurisdizione del veicolo di investimento non abbia adottato una disciplina simile all'articolo 9 del Decreto ATAD (o tale disposizione non sia ancora in vigore), la deduzione in capo alla Società C deve essere negata per l'importo di 175.
- Se l'Italia è la giurisdizione di uno o più degli investitori non esenti, il veicolo di investimento estero viene visto come opaco (si assuma che la quota di partecipazione agli utili di ciascuno di essi sia pari al 5%) con la conseguenza che, in assenza di attivazione della reazione primaria da parte della giurisdizione del pagatore, deve essere attivata la reazione secondaria forzando l'inclusione del corrispondente componente positivo per l'importo di 25 in capo a ciascun partecipante. Rimane fermo che, qualora successivamente il veicolo operi distribuzioni a favore degli investitori, tali distribuzioni non saranno imponibili fino a concorrenza dell'ammontare già oggetto della reazione secondaria.

In linea di principio l'Italia non potrebbe essere la società del veicolo di investimento in quanto l'attuale contesto ordinamentale non prevede forme di trasparenza fiscale *cross-border*.

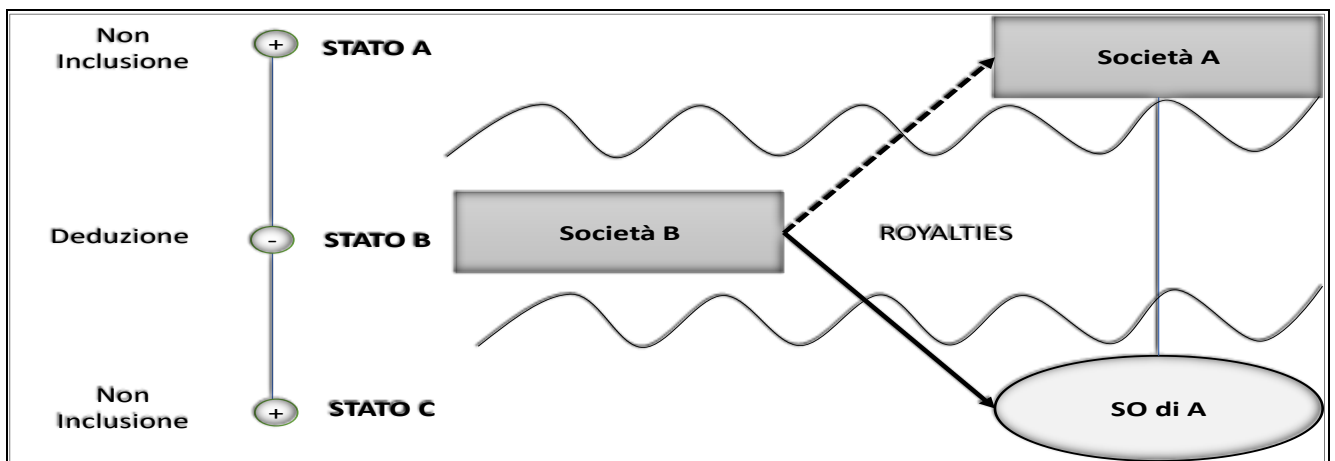
8.4 Disallineamento da componente negativo di reddito non attribuito né alla stabile organizzazione esente né a casa madre - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 4)

Esempio 6

Un gruppo di imprese associate opera negli Stati A, B e C rispettivamente con la società A, la società B e la stabile organizzazione in esenzione della società A.

La società B nell'ambito dello svolgimento delle proprie attività commerciali effettua il pagamento di *royalties* deducibili nei confronti della società A. Per divergenze nell'allocazione dell'*asset* intangibile dal cui sfruttamento scaturiscono le *royalties* tra lo Stato di residenza della casa madre (Stato A) e quello della stabile organizzazione (Stato C), lo Stato A attribuisce il componente positivo di reddito allo Stato C e viceversa.

Ne consegue che il componente positivo di reddito, corrispondente a quello negativo dedotto nello Stato B dalla Società B, non è incluso nell'imponibile in alcuno Stato con un effetto D/NI.



Esempio 6

Lo Stato italiano potrebbe essere quello del pagatore ossia lo Stato B. In detta circostanza, trova applicazione la reazione primaria, con la negazione della deduzione del componente negativo di reddito in capo al pagatore Società B.

Per altro verso, lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato A di residenza fiscale della società A. In tal caso, lo Stato italiano si qualifica come Stato del beneficiario e Stato in cui si verifica l'effetto ibrido e quindi, nella misura in cui la reazione primaria non fosse prevista dallo Stato B, è chiamato ad attivare la reazione secondaria includendo il componente di reddito dedotto dalla società B nella base imponibile della società A.

Infine, lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato C, ossia quello di localizzazione della stabile organizzazione. In tal caso, sul presupposto che secondo la prospettiva dello Stato della casa madre (Stato A) il componente positivo di reddito è imputato alla stabile organizzazione, anche lo Stato italiano sarà qualificabile come Stato del beneficiario (combinato disposto degli articoli 7, comma 3 e 6, comma 1, lettera c) del Decreto ATAD), e quindi dovrà applicare la reazione secondaria in assenza di reazione primaria da parte dello Stato B.

Occorre evidenziare che le peculiarità della fattispecie, in assenza di reazione primaria, potrebbero determinare una reazione secondaria sia da parte dello Stato della casa madre sia di quello della stabile organizzazione che si qualificano entrambi come Stati del soggetto beneficiario. Nella circostanza, l'applicazione della reazione secondaria in Italia potrà essere evitata, a mente dell'articolo 8, comma 2, lettera b) ultimo periodo del Decreto ATAD, laddove l'inclusione sia avvenuta, a seconda dei casi, nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione ovvero in quello della casa madre e tale inclusione risulti da una dichiarazione con valore di autocertificazione rilasciata dal contribuente ovvero da altri elementi certi e precisi.

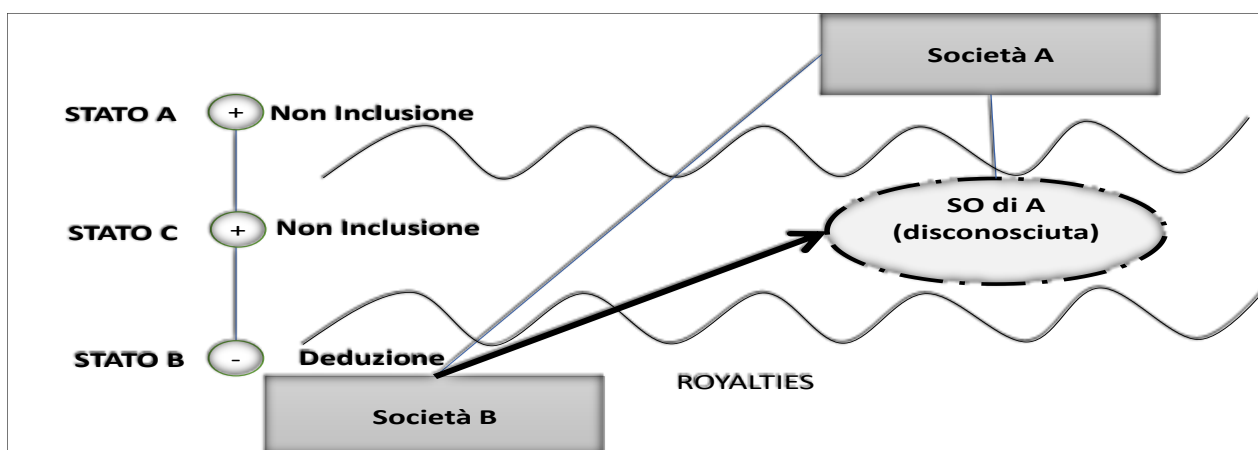
8.5 Disallineamento da pagamento a favore di una stabile organizzazione esente disconosciuta - articolo, 6 comma 1, lettera r), numero 5)

Esempio 7

La società A e la società B, rispettivamente residenti nello Stato A e nello Stato B, sono imprese associate.

La società A opera nello Stato C per il tramite di una stabile organizzazione esente che tuttavia è disconosciuta in base alle norme fiscali dello Stato C. Secondo la prospettiva dello Stato della casa madre, inoltre, alla stabile organizzazione sono attribuite le utilità economiche correlate allo sfruttamento di un intangibile.

La Società B, nell'ambito dello svolgimento delle proprie attività commerciali sostiene un componente negativo deducibile a titolo di *royalties* nei confronti della società A per l'utilizzo del citato intangibile. Il correlato componente positivo di reddito non è assoggettato a tassazione né nello Stato A che, secondo le norme della sua giurisdizione, riconosce l'esistenza della stabile organizzazione e le attribuisce il componente positivo di reddito, né nello Stato C, dove la stabile organizzazione è ritenuta non sussistente. Ne consegue un effetto ibrido D/NI.



Esempio 7

Nell'esemplificazione lo Stato italiano potrebbe essere quello del pagatore, ovvero lo Stato B. In detta circostanza, lo Stato italiano applicherebbe la reazione primaria negando la deduzione del componente negativo di reddito.

Qualora lo Stato italiano fosse lo Stato A, di residenza fiscale della casa madre, il disallineamento verrebbe rimosso in radice dalla disposizione (vedi art. 2.4) prevista dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia che, similmente all'articolo 8, comma 4 del Decreto ATAD, inibisce l'esenzione alla stabile organizzazione non riconosciuta nella

giurisdizione di stabilimento. Pertanto, lo Stato italiano includerebbe il componente positivo relativo al pagamento effettuato dalla società B. Infatti nel caso specifico trova comunque applicazione la norma prevista dall'articolo 2 del Provvedimento dell'Agenzia delle entrate del 28 agosto 2017, Prot. n. 2017/165138 che subordina l'efficacia dell'opzione per il regime di esenzione delle stabili organizzazioni di imprese residenti alla circostanza che la giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione ne riconosca l'esistenza.

Infine, nessuna reazione sarebbe attivabile laddove l'Italia fosse lo Stato C, in quanto la ritenuta stabile organizzazione non verrebbe considerata tale (se non riscontrabile in base all'articolo 162 del TUIR) e dunque non sarebbe considerata soggetto passivo d'imposta, in quanto come si è detto le reazioni previste dal Decreto ATAD sterilizzano gli effetti ma non modificano, in linea di principio, il disegno degli istituti fiscali.

8.6 Disallineamento da pagamento effettuato da un'entità ibrida - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 6)

Esempio 8

La società A, e le società B e C sono fiscalmente residenti rispettivamente nello Stato A e nello Stato B e sono considerabili imprese associate.

La società B, controllata dalla Società A, aderisce ad un regime di consolidato fiscale nazionale con la società C nello Stato B.

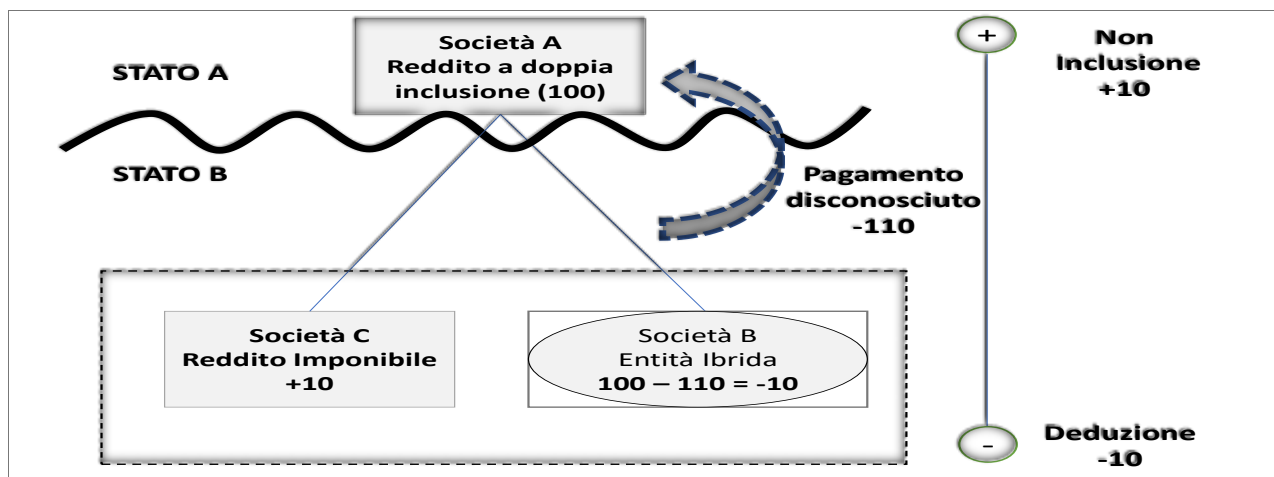
La società B è una entità ibrida diretta, ossia vista fiscalmente opaca nella prospettiva dello Stato B di residenza fiscale e trasparente nella prospettiva dello Stato A di residenza fiscale dell'investitore.

La società B realizza ricavi operativi con parti terze per 100 (reddito a doppia inclusione) e deduce un componente negativo di reddito (110) relativo ad un pagamento effettuato alla società A che, in considerazione della ritenuta trasparenza della Società B, è sconosciuto come componente positivo di reddito dallo Stato A.

La differenza (-10) tra componenti positivi a doppia inclusione (100) e componente negativo relativo al corrispondente componente positivo sconosciuto (110) viene dedotta a

fronte del reddito non a doppia inclusione della società C nell'ambito del regime di consolidato nazionale.

Detta circostanza produce un effetto D/NI dannoso pari a 10 derivante dalla deduzione netta di 10 nello Stato B senza la correlata inclusione nello Stato A.



Esempio 8

Nell'esemplificazione lo Stato italiano potrebbe essere quello del pagatore ossia lo Stato B di residenza fiscale dell'entità ibrida (società B). In detta circostanza, lo Stato italiano applicherebbe la reazione primaria negando la deduzione di 10.

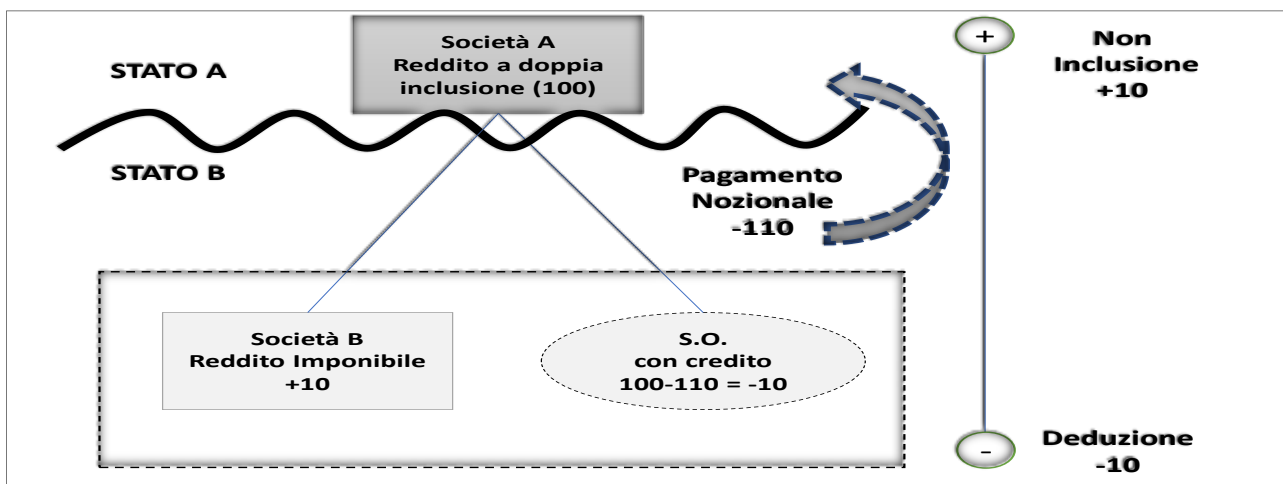
Per altro verso, lo Stato italiano, in base all'attuale contesto ordinamentale, non potrebbe essere lo Stato A del beneficiario ossia quello in cui si trova la residenza fiscale della società A, in quanto il disallineamento non emergerebbe in base all'articolo 73, comma 1, lettera d) del TUIR. Infatti, 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 diretta del pagatore.

8.7 Disallineamento da onere figurativo da una stabile organizzazione - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 7)

Esempio 9A

La società A è residente fiscalmente nello Stato A ed opera nello Stato B per il tramite di una stabile organizzazione con credito. La stabile organizzazione aderisce ad un regime di consolidato fiscale nello Stato B con la società B considerabile impresa associata della Società A. La stabile organizzazione realizza ricavi operativi dai propri clienti per 100 (redditi a doppia inclusione). Lo Stato B consente inoltre la deduzione di un componente negativo di reddito a carattere “nozionale-figurativo” (110), riconoscendo rilevanza fiscale alle operazioni interne con la sede principale (*internal dealings*) che, tuttavia, non è incluso nell'imponibile dallo Stato A in quanto non rilevante ai fini del computo del reddito imponibile di tale società.

La differenza (-10) tra componenti positivi a doppia inclusione (100) e componente negativo (110) della stabile organizzazione viene dedotta a fronte del reddito non a doppia inclusione della Società B nell'ambito del regime di consolidato nazionale. Detta circostanza produce un effetto D/NI ossia la deduzione netta di 10 nello Stato B di localizzazione della stabile organizzazione senza la correlata inclusione nello Stato A della sede centrale.



Esempio 9A

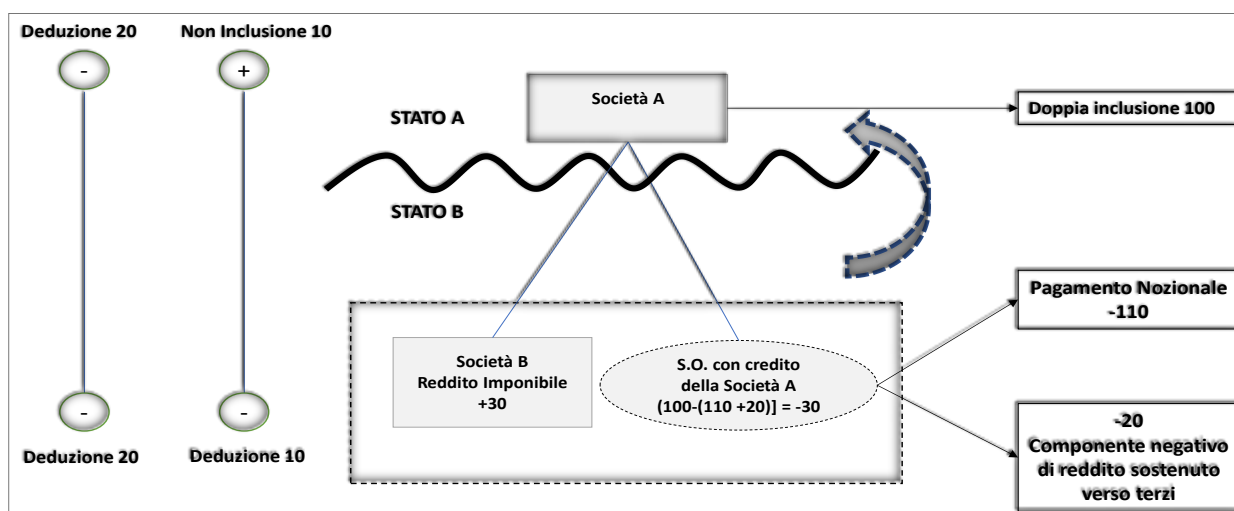
Esempio 9B

Nella fattispecie rappresentata dall'esempio 9A potrebbero intrecciarsi effetti D/NI ed effetti DD nel caso in cui la stabile organizzazione con credito, oltre all'onere figurativo di

110 abbia anche ulteriori componenti negativi di reddito verso soggetti terzi doppiamente dedotti, ad esempio di importo pari a 20.

In tal caso, oltre all'effetto D/NI per 10 già descritto nell'esempio 9A, si avrebbe in capo alla stabile organizzazione un ulteriore componente negativo di reddito di 20 eccedente i componenti positivi di reddito a doppia inclusione (100), che viene portato in abbattimento del reddito della società B nello Stato B nell'ambito del consolidato fiscale.

Detta situazione è rappresentata nel grafico di seguito riportato.



Esempio 9B

Nella circostanza, qualora lo Stato italiano fosse lo Stato B di localizzazione della stabile organizzazione (Stato del pagatore) applicherebbe la reazione primaria negando la deduzione di 10 per neutralizzare l'effetto D/NI. Inoltre, dovrà negare la deduzione di 20, quale reazione secondaria per eliminare l'effetto DD, in mancanza di reazione primaria nello Stato A di residenza della casa madre.

Lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato A in cui è residente la casa madre (Stato del beneficiario/investitore) ed in tal caso attiverà la reazione primaria per eliminare l'effetto DD, negando la deduzione di 20; in aggiunta, lo Stato italiano potrebbe essere chiamato ad applicare la reazione secondaria, includendo l'importo di 10 al fine di neutralizzare l'effetto D/NI, nella misura in cui la reazione primaria non fosse stata applicata dallo Stato B.

Esempio 9C

In presenza di stabile organizzazione esente, le operazioni interne dovrebbero assumere rilevanza fiscale, per lo stesso importo, sia nella giurisdizione della stabile organizzazione che nella giurisdizione di casa madre e, quindi, in linea di principio, non si dovrebbero verificare effetti di D/NI⁵⁴.

Tuttavia, ciò non si verifica qualora vi siano differenze nei criteri di allocazione dei redditi tra le giurisdizioni interessate determinando per un verso il riconoscimento fiscale di un onere “nozionale-figurativo” in capo alla stabile organizzazione esente e per altro verso la non corrispondente inclusione del correlato ricavo in capo alla sede centrale.

In tale ultima situazione, riprendendo i valori dell’esempio 9A, si avrebbero i seguenti risultati:

- lo Stato B consente la deduzione di un componente negativo di reddito a carattere “nozionale-figurativo” (110);
- lo Stato A non rileva il corrispondente componente positivo a causa di differenze nei criteri di allocazione dei redditi tra la giurisdizione della stabile organizzazione e quella della sede centrale, determinando un effetto D/NI.

Tale situazione, secondo l’approccio di danno (articolo 6, comma 2, lettera b) del Decreto ATAD) assume rilevanza nella misura in cui la giurisdizione del pagatore consente la deduzione (110) a fronte di un importo che non rappresenta reddito (*rectius* componenti positivi) a doppia inclusione.

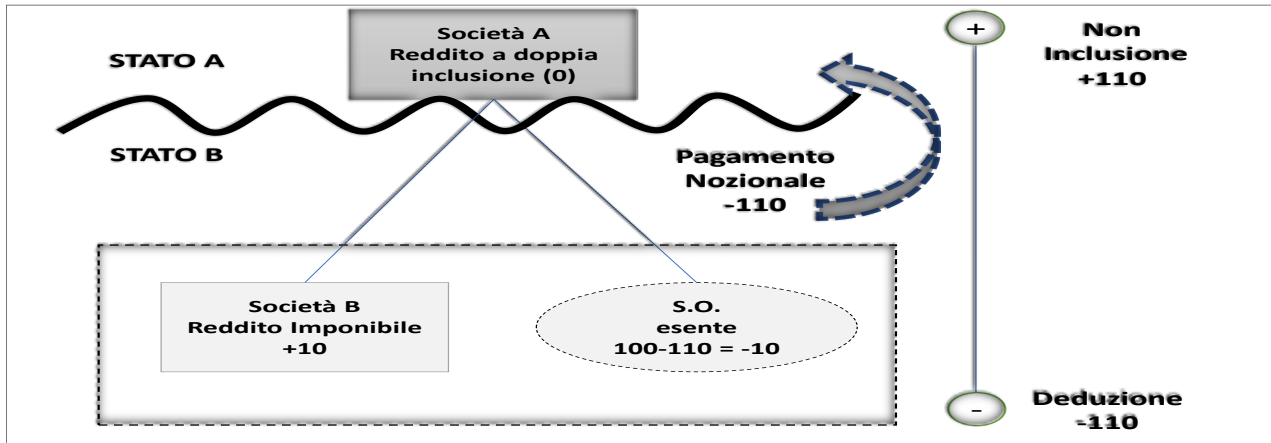
Nel caso rappresentato, l’intero importo dedotto e non incluso di 110 è compensato come segue:

- per 100 con i ricavi operativi realizzati dalla stabile organizzazione che in virtù del regime di esenzione sono fiscalmente imputabili solamente alla stessa e quindi non possono essere considerati redditi a doppia inclusione;
- per 10 con il reddito della società B nell’ambito del consolidato fiscale, che parimenti

⁵⁴ Il Provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 28.08.2017, Prot. n. 2017/165138 stabilisce quanto segue: “*per “operazioni interne” si intendono le transazioni tra casa madre e la sua stabile organizzazione estera, nonché quelle tra le stabili organizzazioni della medesima impresa nel complesso. Tali transazioni assumono rilevanza se, a prescindere dall’esistenza di una documentazione con valore legale, realizzano il trasferimento economicamente significativo di rischi, responsabilità, attività o passività;*”

non è reddito a doppia inclusione.

Ne consegue che la condizione di cui sopra (approccio di danno) è verificata.



Esempio 9C

Nelle esemplificazioni 9A e 9C, qualora lo Stato italiano fosse quello di localizzazione della stabile organizzazione (Stato del pagatore) applicherebbe la reazione primaria negando la deduzione di 10 nell'esempio 9A e di 110 nell'esempio 9C.

Lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato A, di residenza della casa madre (Stato del beneficiario), e in mancanza della reazione primaria, applicherebbe la reazione secondaria includendo l'importo di 10 nell'esempio 9A e 110 nell'esempio 9C.

8.8 Disallineamento da ibrido – doppia deduzione - articolo 6, comma 1, lettera r), numero 8)

Esempio 10

La società A è residente nello Stato A ed opera con una propria stabile organizzazione con credito nello Stato B. La stabile organizzazione aderisce nello Stato B ad un regime locale di consolidamento degli imponibili di gruppo insieme alla società B, anch'essa residente nello Stato B. Le società A e B si qualificano come imprese associate.

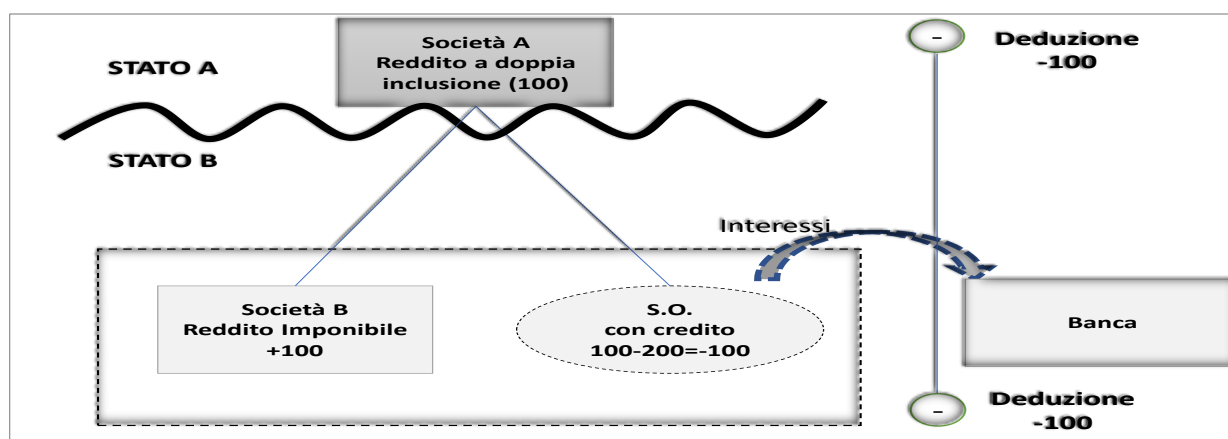
La stabile organizzazione registra un componente negativo di reddito di 200 verso soggetti terzi (deducibile doppiamente sia nello Stato B che nello Stato A) a fronte di un unico componente positivo di reddito di 100 (reddito a doppia inclusione) che origina una perdita

fiscale di -100. La società B, ha un reddito di 100 (reddito non a doppia inclusione).

Sotto il profilo fiscale si ha che la perdita della stabile organizzazione (componente negativo di reddito eccedente i componenti di reddito a doppia inclusione) è dedotta sia nello Stato A, da parte della sede principale, che nello Stato B nell'ambito del consolidato nazionale.

Diversamente, il reddito della società B (100) non è a doppia inclusione in quanto non è rilevante fiscalmente nello Stato A che considera la società B fiscalmente opaca.

Si verificano quindi le condizioni che secondo l'approccio di danno consentono di rilevare un disallineamento con effetto DD.



Esempio 10A

Nell'esempio, lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato A, ossia lo Stato dell'investitore (casa madre). In detta circostanza lo Stato italiano dovrebbe applicare la reazione primaria negando la deduzione dell'importo di 100 per eliminare l'effetto DD.

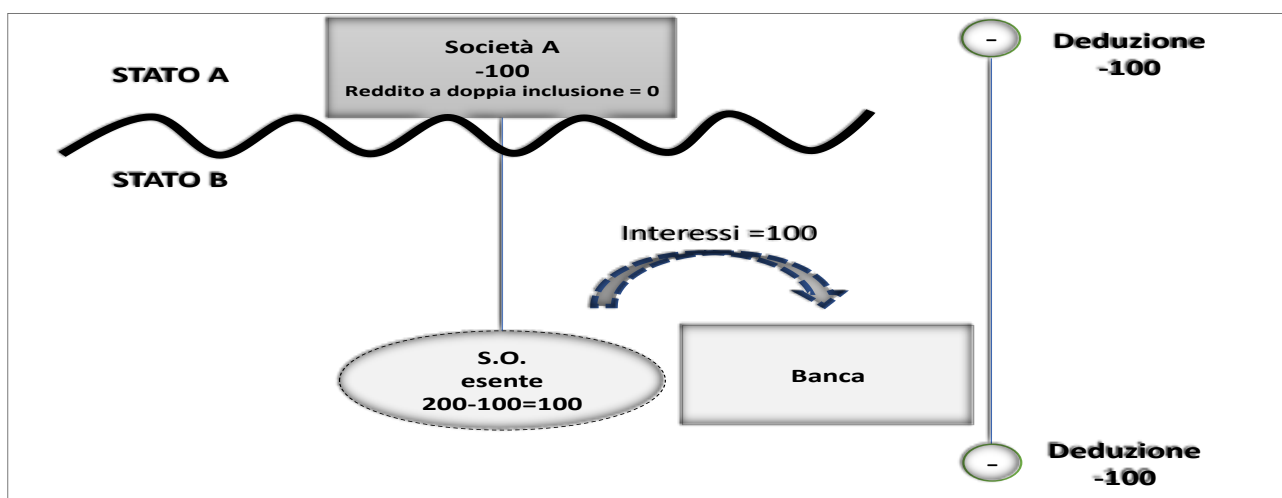
Per altro verso, lo Stato italiano potrebbe essere lo Stato del pagatore, vale a dire lo Stato B dove è localizzata la stabile organizzazione. In questo caso lo Stato italiano dovrebbe applicare la reazione secondaria nella misura in cui il disallineamento con effetto DD non sia stato neutralizzato nello Stato A dell'investitore.

Infine, l'effetto DD potrebbe verificarsi anche in presenza di una stabile organizzazione in esenzione assumendo che lo stesso componente negativo di reddito attribuito alla stabile organizzazione nello Stato B sia anche dedotto dalla sede principale come conseguenza di una differente attribuzione di detto componente secondo le regole dello Stato della casa madre e

della stabile organizzazione (conflitto nell'allocazione dei redditi e delle perdite tra stabile e casa madre).

In questo caso l'effetto DD si perfezionerebbe con la compensazione del componente negativo di reddito doppiamente dedotto con i componenti di reddito non a doppia inclusione della stabile organizzazione (in esenzione)

Detta situazione è rappresentata di seguito, dove un componente negativo di reddito sostenuto dalla stabile organizzazione (-100) è dedotto sia nella determinazione del reddito della casa madre nello Stato A (che non lo attribuisce alla stabile organizzazione ma alla casa madre) che nella determinazione del reddito della stabile organizzazione nello Stato B (che lo attribuisce alla stabile organizzazione) a fronte del componente positivo non a doppia inclusione della stabile organizzazione in esenzione (200), in quanto incluso solo dalla stabile organizzazione.



Esempio 10B

8.9 Disallineamento da ibrido importato – articolo 8, comma 3

Esempio 11

La società A, le società B e B1 e la società C sono rispettivamente residenti negli Stati A, B e C. Lo Stato A e lo Stato B non hanno nel loro ordinamento norme anti ibridi o le hanno adottate in modo da non garantire il livello minimo di protezione previsto dalle disposizioni

del Decreto ATAD.

La società B è un'entità ibrida diretta controllata dalla Società A e che aderisce al regime di consolidato fiscale con la società B1 anch'essa fiscalmente residente nello Stato B.

La società C deduce componenti negativi di reddito per interessi (100) a fronte di un finanziamento ricevuto dalla società B1, inclusi nella base imponibile di quest'ultima nello Stato B.

La società B, a sua volta, sostiene componenti negativi di reddito per interessi pari a 100 a fronte di un finanziamento ricevuto della società A che non assumeranno rilevanza fiscale nello Stato A in considerazione della circostanza che la società B è ritenuta in detto Stato trasparente ai fini fiscali (e quindi, come accennato, si configura come una entità ibrida diretta).

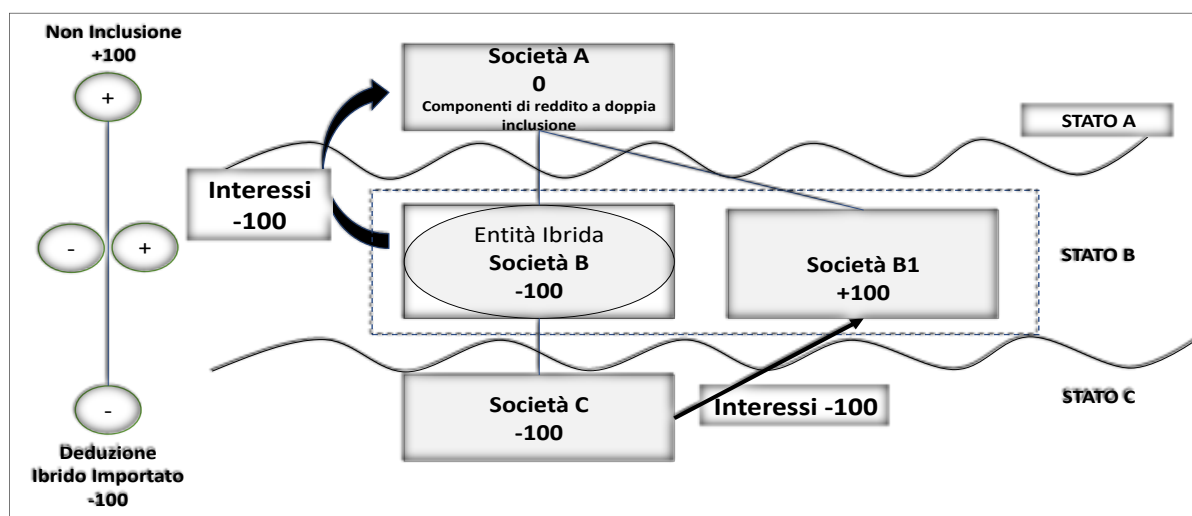
Dalle operazioni suddette deriva che:

- a) la società C nello stato C deduce 100 a titolo di interessi passivi per il finanziamento ricevuto dalla società B1;
- b) la società B1 nello stato B include 100 a titolo di interessi attivi per il finanziamento concesso alla società C;
- c) la società B nello stato B deduce 100 a titolo di interessi passivi per il finanziamento ricevuto dalla società A;
- d) la società A nello Stato A non attribuisce rilevanza fiscale agli interessi attivi di 100 pagati dalla società B sul finanziamento.

Le operazioni rappresentate determinano un effetto D/NI importato nella giurisdizione C. Sono infatti presenti tutti gli elementi costitutivi di detta fattispecie:

- a) la “deduzione ibrida”, ossia la deduzione di un componente negativo di reddito da parte della entità ibrida diretta Società B (che nello Stato B è compensato con il reddito non a doppia inclusione della Società B1) e la non inclusione nello Stato A del corrispondente componente positivo di reddito che genera un disallineamento da ibridi (del tipo previsto dall'articolo 6, comma 1, lettera r) numero 64);
- b) la deduzione “da disallineamento importato” nello Stato C di un componente

- negativo di reddito e la corrispondente sua inclusione da parte della società B1 nello Stato B, che in questa fase non genera alcun disallineamento diretto;
- c) il nesso tra la “deduzione ibrida” (di cui al punto 1) e la “deduzione da disallineamento importato” (di cui al punto 2), rinvenibile nel fatto che il componente negativo dedotto in capo alla Società B (nello Stato B) è compensato con il componente positivo di reddito in capo alla Società B1 (nello Stato B) nell’ambito del consolidato (*nexus “indirect”*).



Esempio 11

Qualora lo Stato C fosse lo Stato Italiano, in assenza nelle altre giurisdizioni estere di un sistema di disposizioni anti ibridi idonee a rimuovere l’effetto del disallineamento, dovrà essere applicata la reazione primaria negando la deduzione del componente negativo di reddito (100) in capo al soggetto pagatore in base a quanto previsto nell’articolo 8, comma 3 del Decreto ATAD.

8.10 Disallineamento da residenza fiscale - articolo 10

Esempio 12

La società A è fiscalmente residente nello Stato A.

La società B è residente ai fini fiscali sia nello Stato A sia nello Stato B in base alle leggi dei due sistemi fiscali nazionali.

La società C, è una entità ibrida inversa costituita nello Stato B (fiscalmente trasparente per lo Stato B ed opaca per lo Stato A).

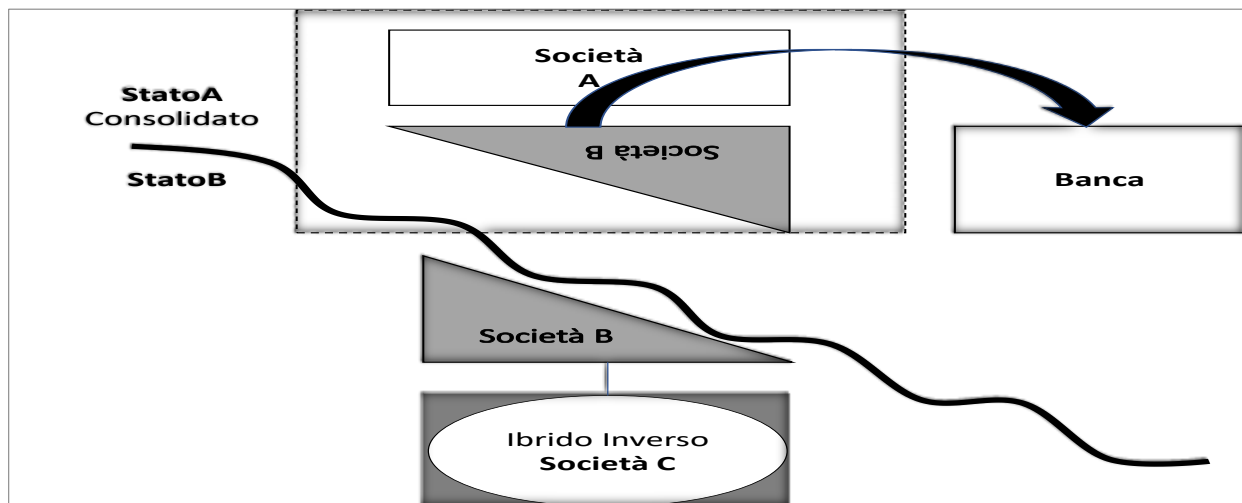
La società B è l'unico investitore della società C e dunque si viene a determinare una base imponibile unica in virtù della trasparenza della società C nello Stato B.

La società A e la società B partecipano al medesimo consolidato fiscale nello Stato A.

La società A, la società B e la società C sono qualificabili come imprese associate.

Ciò premesso, si consideri che la società B sostenga un costo deducibile per interessi (100) a favore di una banca. Essendo la società B fiscalmente residente sia nello Stato A sia nello Stato B, il costo da essa sostenuto è deducibile sia nell'ambito del consolidato fiscale nello Stato A che dalla base imponibile unitaria nello Stato B, producendo un effetto di doppia deduzione.

Tale effetto diviene rilevante nella misura in cui il componente negativo di reddito è doppiamente dedotto e la deduzione, in una delle giurisdizioni, non è compensata da un reddito a doppia inclusione.



Esempio 12

Ai fini dell'applicazione dell'articolo 10 del Decreto ATAD se lo Stato A è lo Stato italiano e lo Stato B è un altro Paese membro UE in cui è stata fissata convenzionalmente la residenza fiscale della società B, la deduzione verrà negata in Italia qualora il componente negativo di reddito sia considerato deducibile anche nello Stato estero e la deduzione non è ivi compensata da un reddito a doppia inclusione.

Diversamente, se lo Stato B non è appartenente all'Unione europea e la deduzione non è ivi compensata da un reddito a doppia inclusione, lo Stato italiano negherà in ogni caso la deduzione del componente negativo di reddito.

IL DIRETTORE DELL'AGENZIA

Ernesto Maria Ruffini

(firmato digitalmente)