

## CIRCOLARE MONOGRAFICA

## IMPOSTE DIRETTE

# L'Approfondimento: I disallineamenti da ibridi e il contrasto ai fenomeni elusivi internazionali

Finalità, contesto normativo, requisiti soggettivi e oggettivi e norme di reazione  
di Stefania Barsalini | 13 APRILE 2022

*Gli artt. da 6 a 11 del D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142, contengono la disciplina dei disallineamenti da ibridi, ossia i 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 UE o Stato terzo). Con la circolare 26 gennaio 2022, n. 2/E, l'Agenzia delle entrate ha diramato i primi chiarimenti in tema di disallineamenti da ibridi, analizzando nel dettaglio diversi strumenti finanziari a disposizione dei contribuenti e potenzialmente forieri di situazioni di doppia deduzione o di deduzione senza inclusione.*

## Premessa

La circolare dell'Agenzia delle entrate 26 gennaio 2022, n. 2/E, fornisce chiarimenti in merito alla disciplina dei "disallineamenti da ibridi", contenuta negli artt. da 6 a 11 del D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142, che ha dato attuazione alle previsioni della Dir. (UE) n. 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, e modificata dalla Dir. (UE) n. 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (ATAD 2).

Nel prosieguo, la direttiva ATAD 1, come modificata dalla direttiva ATAD 2, è indicata come "direttiva ATAD" (o "ATAD") e il D.Lgs. n. 142/2018 è indicato come "decreto ATAD".

Si ricorda che l'obiettivo delle disposizioni comunitarie (le quali fanno a loro volta seguito al Rapporto finale alla *Action 2* del progetto BEPS, rubricato "Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements") è quello di **reprimere** i comportamenti finalizzati all'ottenimento di **vantaggi indebiti non aggredibili con le norme in materia di divieto dell'abuso del diritto**, in quanto tali comportamenti, pur rispettando la *ratio* delle varie disposizioni, sfruttano i vari *mismatch* delle disposizioni coinvolte (al fine, tipicamente, di ottenere doppie deduzioni nei due Stati coinvolti, o una deduzione in uno Stato, non accompagnata dalla tassazione nell'altro).

Le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi, introdotte dal decreto ATAD, hanno ad oggetto esclusivamente i 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 UE o Stato terzo).



## Attenzione

La presente circolare monografica è predisposta in **parallelo alla circolare n. 2/E del 2022** dell'**Agenzia delle entrate** e ha lo scopo di agevolarne la lettura – tecnicamente molto complessa – evidenziando le fattispecie più frequenti di disallineamenti da ibridi, che le disposizioni introdotte dal decreto ATAD sono indirizzate a contrastare.

Le disposizioni del decreto ATAD si applicano con riguardo alle imposte sui redditi d'impresa (**IRPEF e IRES**) e 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 sui redditi sono quelle ivi individuate, nonché quelle di natura analoga, che siano intervenute successivamente in sostituzione di quelle individuate nella medesima convenzione. In **assenza di convenzione**, dovrà farsi riferimento alle **imposte gravanti sul reddito d'impresa**, di natura identica o analoga a quelle italiane, amministrate dal livello politico più elevato.

## La nozione di “ibridismo fiscale”

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).

La circolare n. 2/E del 2022 affronta anche la tematica della **duplicazione** (cd. “*double dip*” o “*foreign tax credit generator*”) del **credito d'imposta per redditi prodotti all'estero**, pur se tale tema non rientra in senso stretto nelle fattispecie dei disallineamenti da ibridi.

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 (in relazione sia alla configurabilità, sia all'attribuzione del reddito).

## 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.

### 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*, ecc., 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 (**debt**), sia di quelli di patrimonializzazione (**equity**).

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**).



### Attenzione

Detta 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.



### Esempio

Cessione a pronti di un bene (ad esempio, partecipazione) con prezzo differito (100).

L'acquirente (pagatore) scompone il corrispettivo:

- nella componente costo di acquisto (95)
- nella componente interesse passivo deducibile da dilazione di pagamento (5).

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 questo caso, 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*.

L'effetto tipico riconducibile agli strumenti finanziari ibridi è, quindi, quello di **deduzione senza inclusione**: da una parte i componenti di reddito dovuti in base allo strumento finanziario sono qualificati come:

- interessi fiscalmente **deducibili** nel Paese (Stato o giurisdizione) del **pagatore**;
- proventi **non tassabili** (ad esempio, in quanto qualificati come dividendi esclusi/esenti o corrispettivo unitario) nel Paese del **beneficiario**.

### I trasferimenti ibridi

I trasferimenti ibridi, in genere riconducibili a **contratti di pronti contro termine o di mutuo di titoli**, 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).

L'effetto di **multipla imputazione fiscale della remunerazione** dovuta in base allo strumento finanziario deriva tipicamente da un'**asimmetria nei criteri di qualificazione dell'operazione finanziaria** (ossia il trasferimento dello strumento finanziario) posta in essere tra le parti, inquadrabile, ai fini dell'imputazione fiscale della suddetta remunerazione (ad esempio, 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 finanziario.



### 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;
- nello Stato di residenza 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 (cd. *collateral*).

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

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 mutuuario delle azioni e pagatore), e tale componente di reddito:

i) è considerato deducibile nella giurisdizione del pagatore;

e

ii) è trattato come rendimento (dividendo) dei titoli oggetto del trasferimento e, quindi, soggetto a 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 derivante dai titoli sottostanti, accordando allo stesso l'esenzione/esclusione (propria dei dividendi distribuiti dallo strumento finanziario oggetto del trasferimento).

### Pagamenti sostitutivi di rendimenti finanziari

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.



### Esempio

Cfr. l'esempio 1.36 del Rapporto HMA 2015, descritto nella circolare n. 2/E del 2022, par. 1.1.3.

### Entità ibride

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

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;
- **"inverse"**, quando sono considerate soggetti fiscalmente "trasparenti" nello Stato di costituzione e fiscalmente "opache" in quello del socio/partecipante.

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).

### Effetto DD

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

### Effetto D/NI

Un effetto di "deduzione senza inclusione" (D/NI) si può avere come conseguenza di differenze nell'allocatione dei pagamenti effettuati all'**entità ibrida inversa** che, a fronte della deduzione di un componente negativo di reddito in capo a 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 che, quindi, attribuisce il componente positivo di reddito alla potestà impositiva dello Stato di costituzione di detta entità, considerandolo ivi tassabile).



### Esempio

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

## 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 possono essere sia di tipo D/NI, che di tipo DD e, in linea di principio, seguono le logiche delle operazioni che coinvolgono entità ibride (dirette o inverse).

### Effetto D/NI

Tale effetto può verificarsi a causa di divergenze tra due o più Stati nell'**attribuzione di componenti positivi di reddito** tra la stabile organizzazione e la casa madre. 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.

Se la divergenza riguarda l'attribuzione tra casa madre e la stabile organizzazione (esente) di un **bene immateriale** il cui sfruttamento dà luogo a *royalties* corrisposte all'impresa da un'altra società del gruppo (anche residente in uno Stato diverso da quello di localizzazione della stabile organizzazione o di residenza della casa madre), si avrà la deduzione del relativo componente negativo di reddito da parte del soggetto pagatore e la non inclusione del corrispondente componente positivo né nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione, che attribuisce il bene 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).

### Effetto D/D

Tale effetto 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, a 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, la **perdita** della stabile organizzazione sarebbe dedotta sia nello Stato di localizzazione della stabile organizzazione, che in quello di residenza della casa madre.

Stesso effetto si può produrre anche nel caso di **stabile organizzazione in esenzione**, quando lo stesso componente di reddito è deducibile sia nella giurisdizione della 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).

### *Gli ibridi importati*

Tale definizione non qualifica un'autonoma categoria di disallineamento da ibridi, ma, piuttosto, si riferisce a 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 importato 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.

L'Agenzia delle entrate precisa, al riguardo, che la fattispecie di ibrido importato **non assume rilevanza**, qualora l'effetto di deduzione senza inclusione o di doppia deduzione sia generato **all'interno di una medesima giurisdizione** (cd. 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 transnazionale**.».

Resta, comunque, salva la possibilità di contrastare aggiramenti delle disposizioni anti ibridi attraverso l'applicazione della **norma generale antiabuso** di cui all'art. 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212.

## **Profili sistematici della normativa anti ibridi**

### *Ambito soggettivo e attività di adempimento*

L'ambito soggettivo, definito dall'art. 6, comma 1, lett. t), del decreto ATAD, comprende:

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

I **soggetti passivi** sono chiamati a un'attività di adempimento, consistente:

- nell'**individuazione dei presupposti** rilevanti per l'applicazione delle disposizioni anti ibridi e
- nell'applicazione delle pertinenti **misure di contrasto**.

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) o
- del soggetto passivo "beneficiario" (nei casi di deduzione senza inclusione).



### Attenzione

In definitiva, il **contribuente italiano** che si qualifica soggetto passivo è chiamato a 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** (artt. 6 e 10 del decreto ATAD) e il ruolo in esse assunto (art. 7 del decreto ATAD).

In esito a tale attività, il contribuente **valuterà l'applicazione delle pertinenti disposizioni fiscali** (artt. 8, commi 1, 2 e 3, e 10 10, commi 1 e 2, del decreto ATAD).



### Attenzione

Il sistema di norme anti ibridi dà 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**.

Un disallineamento da strumento finanziario ibrido potrebbe essere rimosso sostituendo tale strumento con un **diverso strumento finanziario** non soggetto ad asimmetrie nella qualificazione tra due diverse giurisdizioni.



### Esempio

Si pensi al caso di un interesse passivo deducibile per il pagatore, cui dovrebbe corrispondere 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.



### Esempio

La finalità della disciplina non risiede nell'esigenza di raccogliere maggiore 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**.

## *Il sistema delle norme anti ibridi e il loro coordinamento*

Il decreto ATAD, in linea con le raccomandazioni dei Rapporti BEPS Azione 2 e con le 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 a **eliminare le cause** dei disallineamenti da ibridi (artt. 8, comma 4, e 9 del decreto ATAD);
2. norme di **reazione**, volte a **rimuovere gli effetti** dei disallineamenti da ibridi (artt. 8, commi 1, 2 e 3, e 10 del decreto ATAD), anche articolate secondo una **reazione primaria** e una **reazione secondaria**.

Per il funzionamento del sistema, che deve, tuttavia, garantire l'eliminazione di possibili fenomeni di doppia imposizione, è previsto che:

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



### **Attenzione**

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.



### **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'art. 8, comma 4, del decreto ATAD, per cui è tenuta a "disattivare" la *branch exemption* e a includere il componente positivo di reddito nella propria base imponibile.

Se un soggetto passivo italiano effettua 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'art. 9 del decreto ATAD, che rende la stessa autonomo soggetto passivo d'imposta ivi soggetto a tassazione.

## **Le norme di prevenzione**

Le norme di prevenzione sono disposizioni che mirano a eliminare alla radice la causa del disallineamento da ibridi.

Una prima disposizione rientrante in tale categoria è l'art. 8, comma 4, del decreto ATAD, secondo cui, 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**.

La stabile organizzazione esente considerata fiscalmente "opaca" nello Stato di residenza della casa madre e disconosciuta nello Stato di localizzazione, in virtù dell'applicazione di tale disposizione, sarà considerata **fiscalmente "trasparente" nello Stato di residenza della casa madre** con disattivazione del regime di esenzione.





### Attenzione

Tale disposizione, nel contesto dell'ordinamento italiano, si aggiunge a un'altra con più ampio campo di applicazione, già prevista in relazione al regime di esenzione delle stabili organizzazioni di cui all'art. 168-ter del TUIR. Infatti, il provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate 28 agosto 2017 subordina l'efficacia dell'opzione per la disciplina dell'esenzione degli utili e delle perdite delle stabili organizzazioni all'estero di imprese residenti (**regime BEX**) alla circostanza che la **giurisdizione di localizzazione della stabile organizzazione ne riconosca l'esistenza**.

Altra norma a carattere preventivo volta a eliminare le cause del disallineamento è anche l'art. 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 a imposizione in Italia** nella misura in cui quest'ultimo non è altrimenti soggetto a imposta a norma delle leggi dell'altro Stato.



### Attenzione

Nell'attuale contesto ordinamentale, tale disposizione 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'art. 23, comma 1, lett. g), del TUIR, fatta salva l'eventuale e circostanziata ipotesi in cui la convenzione contro le doppie imposizioni sul reddito e 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, di neutralizzazione del disallineamento.



### Ricorda

La misura di contrasto in questione **non si applica**, in ogni caso, per espressa previsione dell'art. 9, comma 2, agli **organismi di investimento collettivo del risparmio** istituiti, e quindi **residenti, in Italia**, di cui al comma 5-*quinquies* dell'art. 73 del TUIR.

Appartengono 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. In particolare:

- l'art. 44, comma 2, lett. a), del TUIR, secondo cui le **partecipazioni al capitale o al patrimonio**, nonché i **titoli** e gli **strumenti finanziari emessi da soggetti non residenti** si considerano **similari 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;
- l'art. 89, commi 3-*bis*, lett. b), e 3-*ter*, del TUIR, in caso di **strumenti finanziari ibridi emessi da soggetti non residenti** che abbiano accesso ai **benefici** previsti dalla **direttiva "madre-figlia"** (Dir. n. 90/435/CEE del Consiglio, del 23 luglio 1990, successivamente rifiuta nella Dir. n. 2011/96/UE del Consiglio del 30 novembre 2011), nella misura in cui genera proventi non dedotti fiscalmente nello Stato dell'emittente.

### Le norme di reazione

Le norme di reazione, disciplinate dagli artt. 8, commi 1, 2 e 3, e 10 del decreto ATAD, sono disposizioni 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.

Per il coordinamento delle disposizioni che mirano a eliminare gli effetti derivanti da disallineamenti da ibridi esiste una **gerarchia** nell'applicazione delle **reazioni primaria e secondaria** previste dall'art. 8, commi 1 e 2, del decreto ATAD, volta ad assicurare il necessario coordinamento tra le giurisdizioni coinvolte e a 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 difforni rispetto a quelli dell'altra giurisdizione), emergeranno i presupposti per l'applicazione della **reazione secondaria da parte dell'altra giurisdizione**.



### Attenzione

La **reazione secondaria non troverà applicazione** laddove l'ordinamento dell'altra giurisdizione coinvolta preveda un **appropriato obbligo di applicare la reazione primaria**.

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).

Qualora lo Stato estero abbia adottato soluzioni che non garantiscono un livello di protezione minimo coerente con quanto previsto dal decreto ATAD, eventuali disallineamenti potrebbero permanere e richiedere l'attivazione della reazione primaria o secondaria.



### Esempio

Tale situazione 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.



### Attenzione

Al fine di garantire l'integrità e l'effettività del sistema delle disposizioni anti ibridi, l'Agenzia delle entrate fa presente che l'attivazione degli **strumenti di cooperazione internazionale** è 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.

La **spontanea rimozione da parte del contribuente dell'effetto** derivante dall'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 assume rilevanza ai fini dell'applicazione delle norme di reazione**.

## 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 (art. 6, comma 1, lett. a);
- **presenza di una causa ibrida**, secondo le fattispecie tipiche previste dal decreto ATAD (art. 6, comma 1, lett. r, nn. da 1 a 8);
- **elemento soggettivo** (art. 6, comma 2, lett. c). Il disallineamento ibrido deve verificarsi:
  - tra "imprese associate";
  - tra un soggetto passivo e un'impresa associata;
  - tra la "sede centrale" e 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.



### Attenzione

Uno dei presupposti essenziali per l'applicazione delle norme di reazione è la presenza di un disallineamento, ossia un effetto di **doppia deduzione (DD)** o di **deduzione e non inclusione (D/NI)**.

### *Disallineamenti con effetti di doppia deduzione (DD)*

L'effetto di "doppia deduzione" (DD), in base all'art. 6, comma 1, lett. 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".

#### **Definizione di deduzione**

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** (art. 6, comma 1, lett. d, del decreto ATAD).

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 o un rapporto di integrazione organica, quale quello esistente tra casa madre e stabile organizzazione.

#### **Componente negativo di reddito ai fini degli effetti D/D: definizione**

Il concetto di componente negativo di reddito è definito dall'art. 6, comma 1, lett. z), del decreto ATAD.

Si tratta di una definizione ampia, che comprende **qualsiasi elemento di costo che sia correlato a una manifestazione finanziaria**, come, ad esempio, le spese per servizi, affitti, interessi, *royalties* e altre spese relative all'attività d'impresa, compresi i costi per l'acquisto di beni merce.

La circostanza che l'aspetto finanziario di un onere possa manifestarsi **anche in un periodo d'imposta anteriore o posteriore** consente di ricomprendere tra i componenti negativi di reddito rilevanti quelli connessi all'utilizzo di immobilizzazioni materiali e immateriali, come, ad esempio, svalutazioni e ammortamenti deducibili.



### Attenzione

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, l'Agenzia delle entrate ha precisato che **non rilevano**, ai fini dei disallineamenti in commento, gli **ammortamenti e le svalutazioni relativi a immobilizzazioni materiali o immateriali acquisite fino al periodo d'imposta in corso alla data del 28 dicembre 2018**, data di pubblicazione del decreto ATAD.

### Approccio di danno

L'effetto di DD di un componente negativo di reddito diviene rilevante solo nel **periodo d'imposta e nella misura in cui può essere considerato "effettivamente dannoso"**, quindi 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" (cd. approccio di danno, ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b, del decreto ATAD).

### Reddito a "doppia inclusione"

Per reddito a "doppia inclusione" si intende, in base all'art. 6, comma 1, lett. 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) (cfr. l'esempio nella circolare n. 2/E del 2022, par. 3.1.1).



### Attenzione

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

Tuttavia, affinché la disciplina CFC possa consentire la neutralizzazione del disallineamento in commento, è necessario che siano verificate precise **condizioni** (cfr. Esempio 6.4 del Rapporto HMA 2015).

### Neutralizzazione dei disallineamenti DD in dipendenza dell'effetto di "non deduzione e inclusione" riconducibile alla stessa causa ibrida cui è attribuibile l'effetto DD

Nel contesto dei disallineamenti che riguardano le stabili organizzazioni o le entità ibride (dirette), si consideri il caso in cui si abbia 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", a un ulteriore componente negativo di reddito (*internal dealing*) sostenuto:

- da una sede centrale in favore della propria stabile organizzazione con il credito d'imposta (e, quindi, soggetta al *world wide taxation principle*), ovvero;
- da un'entità partecipante nei confronti dell'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 e inclusione**” tra casa madre e stabile organizzazione o tra socio e partecipata, che si potrebbe **affiancare** a un effetto di “**doppia deduzione**”, tra le medesime entità.

In tale caso, nella prospettiva della giurisdizione della casa madre, il citato componente negativo di reddito è fiscalmente irrilevante (disconosciuto). Viceversa, nella prospettiva della giurisdizione della stabile organizzazione, il correlato componente reddituale è incluso nell'imponibile e, quindi, assoggettato a tassazione.



### Attenzione

Per risolvere tale effetto distorsivo, è necessario valorizzare il descritto effetto di “non deduzione e 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 a un effetto di doppia inclusione del componente positivo di reddito tassato dalla giurisdizione della stabile organizzazione (o entità ibrida diretta).

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

L'effetto di deduzione senza inclusione (D/NI), secondo l'art. 6, comma 1, lett. c), del decreto ATAD, deriva dalla 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** è qualsiasi giurisdizione in cui il **componente negativo di reddito è sostenuto** ovvero si ritiene sostenuto, indipendentemente dal luogo in cui si registri il flusso finanziario del corrispondente pagamento.

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 (cfr. l'esempio nel par. 3.1.2 della circolare n. 2/E del 2022).

### Natura dei componenti negativi di reddito

La natura dei componenti negativi di reddito riferibili ai disallineamenti **D/NI** è la stessa definita ai fini dell'effetto D/D (cfr. art. 6, comma 1, lett. z, del decreto ATAD).

Avranno, quindi, **rilevanza** 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.



### Attenzione

L'Agenzia delle entrate precisa che, anche in tale 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 a 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, si considerano anche i cd. **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 organizzazioni.

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".



### Attenzione

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 (ad esempio, per *participation exemption*), salve le ipotesi in cui il corrispettivo della cessione dello strumento contenga una componente finanziaria.

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.

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.

### Approccio di danno

L'effetto di deduzione assume una connotazione particolare nelle fattispecie contemplate nell'art. 6, comma 1, lett. r), nn. 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 a 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" (cd. approccio di danno, previsto dall'art. 6, comma 2, lett. b, del decreto ATAD).

### Effetto di "non deduzione e inclusione" riconducibile alla stessa causa ibrida cui è attribuibile l'effetto D/NI

Anche in tale caso, come già visto per i fenomeni con effetto DD, è necessario valorizzare l'effetto di "non deduzione e inclusione", che abbia la finalità di **neutralizzare l'effetto di D/NI**, a condizione e nella misura in cui l'effetto di "non deduzione e inclusione" trovi fondamento nella **stessa causa ibrida**, ossia nella 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".

Al fine di definire se una forma di tassazione possa rilevare o meno ai fini della **non attivazione della reazione primaria** di cui all'art. 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 alcuno specifico riferimento alla modalità con cui lo stesso è stato rimosso e, dunque, concede di fare rientrare nell'alveo delle inclusioni rilevanti anche quella determinata dall'applicazione di un **regime CFC**.

Il Rapporto HMA 2015, con riferimento specifico non solo ai disallineamenti da strumenti finanziari ibridi, precisa che, affinché un regime CFC possa rappresentare una forma alternativa di inclusione, lo stesso deve presentare determinati requisiti, volti a garantire l'effettività della **tassazione per trasparenza**.

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**;
- il secondo che detto componente sia soggetto a tassazione ad **aliquota piena**.

La verifica dei suddetti requisiti richiede una complessa analisi sia nell'*an*, che nel *quantum* (cfr. circolare n. 2/E del 2022, par. 3.1.2).

Sul versante dell'**inclusione**, l'art. 6, comma 1, lett. 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 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.

Per **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 (art. 6, comma 1, lett. c).

Del pari, nel caso in cui il titolare del diritto a ricevere un componente positivo di reddito sia un'entità fiscalmente trasparente nella giurisdizione di costituzione, potrà essere considerata giurisdizione del beneficiario anche quella in cui risiede fiscalmente il socio/partecipante.

L'Agenzia delle entrate esamina altre situazioni che possono assicurare l'effetto di neutralizzazione del disallineamento D/NI (cfr. circolare n. 2/E del 2022, par. 3.1.2).



### Riferimenti normativi

- D.Lgs. 29 novembre 2018, n. 142, artt. da 6 a 11;
- Dir. UE n. 2017/952 del Consiglio del 29 maggio 2017 (ATAD 2);
- Dir. UE n. 2016/1164 del Consiglio del 12 luglio 2016 (ATAD 1);
- D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, artt. 44, 89 e 168-ter;
- Agenzia delle entrate, circolare 26 gennaio 2022, n. 2/E;
- OCSE, Rapporti BEPS Azione 2.