

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

**SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI
DIPARTIMENTO DI ECONOMIA**

Corso di laurea in Amministrazione, Finanza e Controllo (AFC)



Elaborato scritto per la prova finale in
Diritto Tributario d'Impresa Interno e Internazionale

***I disallineamenti da ibridi nel diritto tributario
europeo e internazionale***

Docente di riferimento:

Paola Tarigo

Candidato:

Luca Costa

Anno accademico 2022-2023

Indice

Abstract	5
Introduzione	7
I. Il fenomeno dell'ibridismo fiscale nel diritto internazionale e comunitario	9
Premessa	9
§1.1 Il report BEPS Action 2. Presupposti, obiettivi, limiti.	10
§1.2 Le direttive europee di contrasto ai disallineamenti da ibridi: ATAD I e ATAD II.....	13
§1.3 Gli elementi costitutivi del disallineamento da ibridi	16
II. Il risultato del disallineamento da ibridi	19
Premessa	19
§2.1 Il “Single Tax Principle” nel diritto internazionale tributario	20
§2.2 Doppia deduzione e deduzione senza inclusione.....	23
§2.3 Disallineamenti temporali.....	26
§2.4 Eccessi di crediti d'imposta esteri	27
§2.5 Definizione di giurisdizione del pagatore e del beneficiario	28
III. L'ambito soggettivo del disallineamento da ibridi	33
Premessa	33
§3.1 Aspetti soggettivi generali. Approccio top-down vs bottom-up, natura giuridica.....	34
§3.2 L'ambito soggettivo delle deduzioni senza inclusione. Gruppi di controllo e parti correlate.	37
§3.3 Il test di azione congiunta	40
§3.4 L'estensione dell'ambito soggettivo tramite l'ipotesi degli accordi strutturati	43
§3.5 L'ambito soggettivo delle doppie deduzioni	46
IV. L'elemento ibrido	49
Premessa	49
§4.1 Strumenti finanziari ibridi nel BEPS Action 2. Definizione.	50
§ 4.2 Strumenti finanziari ibridi e disallineamenti temporali	53
§4.3 Trasferimenti ibridi.....	57
§4.4 La rilevanza dei termini dello strumento nei disallineamenti da strumenti finanziari ibridi e trasferimenti ibridi.....	59

§4.5 Entità ibride	63
§4.6 Stabili organizzazioni ibride. Profili generali.....	66
§4.7 Stabili organizzazioni ibride. Problemi interpretativi delle disposizioni ATAD.....	69
§4.8 Pagamenti nozionali alla stabile organizzazione. La Royalty Sara Creek Structure.....	72
§4.9 Disallineamenti da doppia residenza.	73
§4.10 Ibridi importati.....	74
V. Le misure di neutralizzazione del disallineamento.....	77
Premessa	77
§5.1 Le norme generali di contrasto agli ibridi. Aspetti generali.	78
§5.2 Le norme generali di contrasto agli ibridi. Alcune considerazioni interpretative.	81
§5.3 Entità ibride inverse.....	83
§5.4 Stabili organizzazioni ibride. Diverted permanent establishment e disregarded permanent establishment.	87
§5.5 Stabili organizzazioni ibride e trattati contro le doppie imposizioni	89
§5.6 Disallineamenti da doppia residenza	91
§5.7 Ibridi importati.....	92
§5.8 Ordinamento delle regole anti-ibridi	96
§5.9 L'applicazione delle regole anti-ibridi alle ritenute.....	98
VI. L'attuazione delle disposizioni anti-ibridi della direttiva ATAD negli stati membri dell'Unione Europea.....	101
Premessa	101
§6.1 Il livello minimo di protezione e la opt-out clause nella direttiva ATAD.....	103
§6.2 L'attuazione della direttiva ATAD in Italia. Aspetti generali.	105
§6.3 L'attuazione della direttiva ATAD in Italia. Problemi interpretativi.	107
§6.4 L'attuazione della direttiva ATAD in Germania	110
§6.5 L'attuazione della direttiva ATAD in Lussemburgo	112
§6.6 La compatibilità fra le norme generali anti-ibridi e le libertà fondamentali.....	115
Conclusione	121
Bibliografia.....	123

Abstract

I disallineamenti da ibridi sono stati oggetto, soprattutto nel contesto comunitario, di un'intensa attività da parte del legislatore. Sulla base delle principali fonti in ambito internazionale ed europeo e alla luce dei contributi della dottrina italiana e internazionale, il presente lavoro illustra i caratteri essenziali che definiscono la fattispecie giuridica di disallineamento e le disposizioni previste dalle suddette fonti per contrastare o prevenire i risultati fiscali del disallineamento stesso, soffermandosi in particolare sui principali problemi interpretativi e applicativi che tali disposizioni sollevano. Inoltre, il presente lavoro esplora l'attuazione della disciplina a livello comunitario in alcuni Stati membri UE.

Questa analisi mira a mettere in luce i contorni di una disciplina anti-ibridi i cui effetti, nel complesso, risultano essere molto più pervasivi, sotto il profilo applicativo, di quanto anticipato dagli intenti del *policy maker* internazionale e del legislatore europeo. In particolare, le differenze rilevate nell'attuazione della disciplina in ambito comunitario potrebbero produrre effetti negativi per i contribuenti, nonché potenzialmente in contrasto con le libertà fondamentali sancite dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Hybrid mismatch arrangements have been subject, especially in the Community context, to intense activity by the legislator. Based on the main European and international sources and in light of the contributions of Italian and international doctrine, the present work illustrates the main features that define hybrid mismatch arrangements and the provisions of said sources to counteract or prevent the tax outcomes of mismatches themselves, with particular attention to the main interpretative and applicative issues raised by said provisions. Furthermore, the present work explores the implementation of the regulation at the Community level in a few select EU Member States.

This analysis seeks to highlight the boundaries of an anti-hybrid regulation whose effects, overall, end up being much more pervasive, in terms of its application, than anticipated by

the intentions of the international policy maker and the European legislator. Particularly, the differences observed in the implementation of the regulation in the Community context could result in negative consequences for taxpayers and could potentially conflict with the fundamental freedoms enshrined in the Treaty on the Functioning of the European Union.

Introduzione

Il 16 dicembre 2015 il Parlamento europeo votò una risoluzione¹ in cui si evidenziava come l'inchiesta condotta dal consorzio internazionale dei giornalisti d'inchiesta ICIJ sui *ruling* fiscali e altre pratiche di *base erosion e profit shifting* (di seguito BEPS) che avevano il loro centro in Lussemburgo (cd. inchiesta "Luxleaks") avesse messo in luce un vasto sistema internazionale di elusione delle imposte sul reddito da parte di centinaia di società multinazionali (cd. MNE, *multinational enterprises*). Nella risoluzione, pertanto, il Parlamento invitava il legislatore comunitario a introdurre norme capaci di contrastare queste forme di pianificazione fiscale aggressiva. Fra queste, la raccomandazione C6 (rubricata "*Regolazioni ibride da disallineamento fiscale*") invitava la Commissione europea a presentare una proposta legislativa intesa ad «armonizzare le definizioni nazionali di debito, capitale, entità opache e trasparenti, armonizzare l'attribuzione delle voci dell'attivo e del passivo alla stabile organizzazione nonché armonizzare l'assegnazione di costi e utili tra le diverse entità all'interno dello stesso gruppo», oppure «impedire la doppia non imposizione nel caso di un disallineamento».

Da allora, significativi passi avanti sono stati compiuti dal legislatore europeo per implementare una disciplina di contrasto a questa tipologia di pratiche elusive - dapprima, nel 2016, con l'emanazione della direttiva UE 2016/1164 (cd. direttiva ATAD 1), e, nell'anno successivo, con la direttiva UE 2017/952 del 29 maggio 2017 (cd. direttiva ATAD 2), la quale è intervenuta in particolare sulla disciplina di contrasto ai suddetti disallineamenti estendendone significativamente la portata applicativa. In Italia, le disposizioni della direttiva ATAD 2 (incluse quindi quelle di contrasto ai disallineamenti) sono state attuate con il decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018.

¹ Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2015 recante raccomandazioni alla Commissione su come promuovere la trasparenza, il coordinamento e la convergenza nelle politiche sulle imposte societarie nell'Unione*, 2015/2010 (INL), Bruxelles, 2015.

Il fenomeno ha ricevuto significativa attenzione anche a livello internazionale. Benché infatti l'esistenza di tali condotte BEPS fosse nota almeno dagli anni '60 del secolo scorso², la loro entità è cresciuta considerevolmente in tempi più recenti³. E, anche in questo caso, fra le condotte BEPS passate al vaglio dei membri dell'OCSE, particolare rilievo hanno assunto i disallineamenti da ibridi (*hybrid mismatch arrangements*). A partire dal 2012, anno di pubblicazione del cd. *Hybrid Report*⁴, è pertanto iniziata una febbrile attività di *policy making* culminata, nel 2015, con la pubblicazione di quindici documenti (*items*) contenenti raccomandazioni agli stati membri OCSE per l'introduzione di norme di contrasto alle condotte BEPS. Fra questi documenti, il secondo (cd. BEPS Action 2) è specificatamente dedicato ai disallineamenti da ibridi. Tale documento è poi stato seguito, due anni dopo, dal cd. *Branch Report*⁵, che integra il BEPS Action 2 con ulteriori raccomandazioni *ad hoc* concernenti i disallineamenti da ibridi causati da stabili organizzazioni.

Obiettivo del presente lavoro è quindi, in prima istanza, quello di analizzare in dettaglio i caratteri essenziali dei disallineamenti da ibridi, a partire dalle iniziative che il *policy maker* OCSE e il legislatore comunitario hanno messo in campo per contrastare l'impatto negativo di queste pratiche sulle basi imponibili degli Stati coinvolti, e come queste iniziative si sono concretizzate negli ordinamenti tributari nazionali di alcuni Stati membri dell'Unione Europea.

² Cfr. BRAUNER Y., *What the BEPS*, in Fla. Tax Rev., 2014, 57.

³ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris, 2012 (di seguito *OECD Hybrid Report*), par. 5: «New Zealand settled in 2009 cases involving 4 banks for a combined sum exceeding NZD 2.2 billion (EUR 1.3 billion). Italy recently reported that it has settled a number of cases involving hybrids for an amount of approximately EUR 1.5 billion. In the United States, the amount of tax at stake in 11 foreign tax credit generator transactions has been estimated at USD 3.5 billion».

⁴ OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris, 2012.

⁵ OECD, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2017.

I. Il fenomeno dell'ibridismo fiscale nel diritto internazionale e comunitario

PREMESSA. – 1.1 IL REPORT BEPS ACTION 2. PRESUPPOSTI, OBIETTIVI, LIMITI – 1.2. LE DIRETTIVE EUROPEE DI CONTRASTO AI DISALLINEAMENTI DA IBRIDI: ATAD I E ATAD II – 1.3 GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL DISALLINEAMENTO DA IBRIDI.

Premessa

Una delle difficoltà in cui si può imbattere il legislatore tributario di uno stato, nell'individuazione del presupposto d'imposta⁶ con riguardo alle imposte sul reddito, è costituita da situazioni giuridicamente "di confine" fra fattispecie soggette a trattamento fiscale differente in un dato ordinamento tributario – ad esempio, componenti di reddito che possono alternativamente essere categorizzati come interessi piuttosto che dividendi. Nella misura in cui il legislatore tributario nazionale prevede criteri capaci di dirimere tali

⁶ Cfr. TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, vol. 1, 11° ed., Utet, Torino, 2011, p. 101: «La fattispecie che dà vita – in modo diretto o mediato – all'imposta è variamente denominata: presupposto, fatto imponibile, fatto generatore, situazione-base. Il termine presupposto è quello più usato in Italia; nelle direttive comunitarie si usa l'espressione fatto generatore (corrispondente alle espressioni usate in altre lingue europee)».

situazioni oggettivamente incerte, è possibile anche per queste situazioni giungere ad un trattamento fiscale omogeneo.

Tuttavia, laddove tali situazioni “di confine” abbiano dimensione transnazionale, ossia il loro trattamento fiscale coinvolga gli ordinamenti di due o più stati, è possibile, e spesso accade, che le diverse giurisdizioni qualifichino giuridicamente le stesse situazioni di fatto in maniera diversa, giungendo a trattamenti fiscali divergenti che, potenzialmente, possono aprire la porta a condotte di pianificazione fiscale aggressiva

Non deve quindi sorprendere che, nell’ambito della risposta da parte degli ordinamenti tributari nazionali a queste condotte, un ruolo centrale sia stato giocato da fonti di diritto internazionale e, per quanto concerne l’Italia e gli altri paesi dell’Unione Europea, da fonti di diritto comunitario. Prima di esaminare gli elementi costitutivi del fenomeno dell’ibridismo fiscale, è quindi opportuno riassumere brevemente i contributi che le fonti sovranazionali hanno portato alla definizione del fenomeno stesso.

§1.1 Il report BEPS Action 2. Presupposti, obiettivi, limiti.

Il *report* pubblicato nel 2015 dall’OCSE sotto il nome di *BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*⁷ (di seguito BEPS Action 2) è uno dei quindici cd. “*action items*” che costituiscono il punto di arrivo del progetto BEPS e che, collettivamente, sono conosciuti con il nome di BEPS Action Plan. Fra questi *items*, otto in particolare hanno quale obiettivo quello di contrastare condotte di *base erosion e profit shifting* (cd. condotte BEPS) facilitate da lacune sfruttabili in alcuni ambiti specifici dell’ordinamento tributario: *Action 3 (Strengthen CFC Rules)*, *Action 4 (Limit Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments)*, *Action 6 (Prevent Treaty Abuse)*, *Action 7 (Prevent the Artificial Avoidance of PE Status)*, *Action 8, 9, 10 e 13* (che affrontano

⁷ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015.

il problema del *trasfer pricing*), e naturalmente *Action 2*⁸. Quest'ultimo *item* rappresenta il punto di arrivo di un lavoro iniziato già nel 2012, con la pubblicazione del cd. *Hybrids Report*⁹, e fornisce una serie di linee guida, commenti e raccomandazioni che hanno appunto ad oggetto condotte BEPS basate su disallineamenti da ibridi.

Il BEPS Action 2 raccomanda, da un lato, l'integrazione delle disposizioni contenute nel modello OCSE di trattati contro le doppie imposizioni e, dall'altro lato, un nuovo insieme di norme interne con lo scopo di neutralizzare gli effetti di strumenti ed entità ibridi¹⁰. In particolare, il report riassume le raccomandazioni presentate sotto le seguenti categorie¹¹:

a) cambiamenti da apportare al modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni al fine di prevenire l'abuso dei benefici garantiti dai trattati attraverso forme di ibridismo fiscale;

b) norme di diritto interno che prevenivano forme di doppia deduzione o deduzione senza inclusione (§2.2);

c) norme di coordinamento e *tie-breaker rules* per situazioni in cui le disposizioni di neutralizzazione degli effetti di strumenti ed entità ibridi possano essere applicati da più di uno stato

In linea con l'orientamento seguito già dall'*Hybrid Report* del 2012, e come si può intuire altresì dalla elencazione delle cinque categorie di cui sopra, la prima parte – ossia

⁸ Cfr. BRAUNER Y., *What the BEPS*, in Fla. Tax Rev., 2014, 69.

⁹ OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris, 2012 (di seguito *OECD Hybrid Report*). Per una ricostruzione più approfondita del contesto che ha preceduto il BEPS Action 2, vedi OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2. Cfr. anche, fra gli altri, BRAUNER Y., *supra* nota n. 8; DE BOER R.- MARRES O., *BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*, in Intertax, 2015, 14; BURGERS I.-MOSQUERA I., *Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries*, in Erasmus L. Rev., 2017, 29; FETTERMANN B. C.-DOS SANTOS N., *BEPS Action 2 and the Non-Discrimination Rule Under the GATS*, in Intertax, 2021, 343.

¹⁰ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 3.

¹¹ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2.

quella dedicata alle nuove disposizioni interne anti-ibridi – è quella cui è dedicato di gran lunga lo spazio maggiore all'interno del BEPS Action 2¹².

Le ragioni a sostegno di una simile strategia sono molteplici. Anzitutto, la pragmatica constatazione della difficoltà implicita nel realizzare un più stretto coordinamento fra i diversi stati, rispetto ad un'azione unilaterale da parte degli stati medesimi sui rispettivi ordinamenti tributari. Inoltre, poiché le fattispecie di disallineamento da ibridi normalmente non contrastano con le norme interne (in quanto la rilevazione del disallineamento dipende dal trattamento fiscale della componente di reddito interessata nella giurisdizione di un altro stato), le norme generali anti-abuso (cd. “*General Anti Avoidance Rules*”, GAARs) risultano spesso inadeguate a contrastare le condotte BEPS associate a dette fattispecie¹³. Peraltro, le GAAR generalmente colpiscono negozi privi del requisito di sostanza economica, mentre i disallineamenti da ibridi sono spesso causati da strumenti ed entità che facilmente soddisferebbero tale requisito¹⁴. Alla luce di queste considerazioni, non dovrebbe quindi stupire che il BEPS Action 2 abbia finito per preferire la raccomandazione di norme anti-abuso specifiche (cd. “*Specific Anti Avoidance Rules*”, SAARs).

Questo approccio presenta tuttavia altresì un contrasto di fondo con alcuni degli assunti fondamentali del progetto BEPS, e alcuni profili di criticità applicativi conseguenti.

Una delle premesse essenziali del progetto BEPS, infatti, è un approccio cooperativo, piuttosto che competitivo, da parte degli stati coinvolti nel progetto all'architettura della tassazione internazionale¹⁵ – infatti, l'inadeguatezza delle misure unilaterali a fronteggiare le condotte BEPS è stata fra le motivazioni che hanno reso necessario il progetto stesso¹⁶. Al contrario, il BEPS Action 2 segue sostanzialmente lo stesso approccio suggerito dal *report* precedente del 2012, con un focus sull'adozione di correttivi interni *ad hoc* piuttosto che su

¹² Cfr. OECD, *Hybrid Report*, *supra* nota 2, 13: «*Although treaty-based rules may in some cases be effective, most hybrid mismatch arrangements exploit differences in domestic laws. Therefore, the impact of treaty-based provisions in these respects may be limited*».

¹³ Cfr. DE BOER R.- MARRES O., *supra* nota n. 4, 32.

¹⁴ Cfr. BRAUNER Y., *supra* nota n. 3, 84.

¹⁵ Cfr. OECD, *Taxing Multinational Enterprises. Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, 2013, disponibile su [https://web-archivio.oecd.org/2015-04-15/315119-PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-\(BEPS\)-Nov-2013.pdf](https://web-archivio.oecd.org/2015-04-15/315119-PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-(BEPS)-Nov-2013.pdf).

¹⁶ Cfr. BRAUNER Y., *supra* nota n. 3, 64.

un approccio più olistico al problema. Peraltro, manca nell'Action 2 una seria considerazione dei possibili disallineamenti che potrebbero conseguire da un'adozione differenziata, fra i vari stati, delle raccomandazioni contenute nel *report* stesso¹⁷. Come si avrà modo di illustrare nei capitoli successivi, questa lacuna ha risvolti significativi nel trattamento fiscale del fenomeno dell'ibridismo fiscale.

§1.2 Le direttive europee di contrasto ai disallineamenti da ibridi: ATAD I e ATAD II

Il dibattito in ambito europeo (e la successiva produzione normativa) con riguardo al fenomeno dell'ibridismo fiscale presenta evidenti parallelismi, sia cronologici che di contenuto, con il percorso seguito in ambito OCSE dal progetto BEPS. Infatti, nello stesso anno in cui veniva pubblicato il già menzionato *Hybrids Report*, in Europa era diffuso un *consultation paper* su fenomeni di doppia non tassazione¹⁸ e successivamente una comunicazione della Commissione Europea contenente alcuni suggerimenti di azioni operative sullo stesso argomento¹⁹. Analogamente, il 16 dicembre 2015 – pochi mesi dopo la pubblicazione dei BEPS *report* nello stesso anno – il parlamento europeo pubblicò una risoluzione²⁰ che disegnava sostanzialmente i contorni della direttiva UE 2016/1164 (cd. direttiva ATAD 1), emanata il 12 luglio 2016²¹.

In tale risoluzione, il parlamento europeo, sulla scia dello scandalo cd. LuxLeaks, formulò una serie di raccomandazioni alla Commissione europea finalizzate al contrasto di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva. In particolare, con riguardo ai disallineamenti

¹⁷ Cfr. *ibid*, 84.

¹⁸ Cfr. Commissione europea, *The Internal Market: Factual Examples of Double Non-Taxation Cases*, Consultation document, Bruxelles, 2012.

¹⁹ Cfr. Commissione europea, *Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases*, Bruxelles, 2012.

²⁰ Cfr. Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2015 recante raccomandazioni alla Commissione su come promuovere la trasparenza, il coordinamento e la convergenza nelle politiche sulle imposte societarie nell'Unione*, 2015/2010 (INL), Bruxelles, 2015.

²¹ Per un esame più approfondito del background storico delle direttive ATAD 1 e ATAD 2, cfr. FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in *EC Tax Review*, 2017, 154-155.

da ibridi, il parlamento «invita la Commissione europea a presentare una proposta legislativa intesa a: armonizzare le definizioni nazionali di debito, capitale, entità opache e trasparenti, armonizzare l'attribuzione delle voci dell'attivo e del passivo alla stabile organizzazione nonché armonizzare l'assegnazione di costi e utili tra le diverse entità all'interno dello stesso gruppo; oppure impedire la doppia non imposizione nel caso di un disallineamento;

Con questa raccomandazione, quindi, il Parlamento europeo ha sostanzialmente messo la Commissione di fronte a una scelta: da un lato, quella di contrastare il fenomeno dell'ibridismo fiscale agendo sulle cause del disallineamento, armonizzando le definizioni di quelle categorie (debito e capitale, trasparenza e opacità fiscale, attribuzione di costi e ricavi alle stabili organizzazioni, e così via) che più comunemente vengono a creare quelle situazioni “di confine” di cui si è detto nell'Introduzione al presente capitolo²²; dall'altro lato, quella di agire sulle conseguenze dell'ibridismo fiscale, neutralizzando i disallineamenti che eventualmente vengono a originarsi negli accordi transnazionali fra i residenti degli stati membri UE.

È interessante qui confrontare il diverso approccio seguito dalla Commissione nella proposta di direttiva pubblicata il 28 gennaio 2016²³ con la versione definitiva della direttiva emanata il 12 luglio dello stesso anno. Infatti, mentre la proposta di direttiva seguiva sostanzialmente il primo dei due approcci proposti dal parlamento Europeo²⁴, la direttiva

²² Per un esame più approfondito del ruolo di dette categorie nel causare il disallineamento, si rimanda al capitolo 4 del presente lavoro.

²³ Commissione europea, *Proposta di direttiva del consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, 2016/0011 (CNS), Bruxelles, 2016.

²⁴ Cfr. Commissione europea., *supra* nota 21, art. 10, rubricato “Disallineamenti da ibridi”: «Se due Stati membri danno una diversa qualificazione giuridica al medesimo contribuente (entità ibrida), comprese le sue stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri, e ciò porta a una situazione in cui lo stesso pagamento, le stesse spese o le stesse perdite sono dedotti sia nello Stato membro in cui il pagamento ha origine, le spese sono sostenute o le perdite sono subite sia in un altro Stato membro, o a una situazione in cui un pagamento è dedotto nello Stato membro in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione del medesimo pagamento nell'altro Stato membro, la qualificazione giuridica attribuita all'entità ibrida dallo Stato membro in cui il pagamento ha origine, le spese sono sostenute o le perdite sono subite è seguita dall'altro Stato membro.

Se due Stati membri danno una diversa qualificazione giuridica allo stesso pagamento (strumento ibrido) e ciò porta a una situazione in cui è applicata una deduzione nello Stato membro in cui il pagamento ha origine senza una corrispondente inclusione del medesimo pagamento nell'altro Stato membro, la qualificazione

ATAD 1 nella sua versione definitiva sposa decisamente il secondo approccio, come risulta evidente dal testo dell'art. 9, rubricato "Disallineamenti da ibridi", che dispone: «Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una doppia deduzione, la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto pagamento ha origine. Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una deduzione senza inclusione, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento».

Tale approccio è stato mantenuto altresì nella versione dell'art. 9 che recepisce le modifiche introdotte dalla direttiva UE 2017/952 del 29 maggio 2017 (cd. direttiva ATAD 2), la quale è intervenuta in modifica della ATAD 1 estendendo il campo di applicazione delle misure previste dalla direttiva precedente per comprendere anche i casi di negozi transnazionali che coinvolgono ordinamenti tributari di stati non membri UE. Ulteriori modifiche alla disciplina del contrasto ai disallineamenti da ibridi introdotte dalla direttiva ATAD 2 riguardano inoltre l'ambito oggettivo della disciplina stessa, ma di queste si dirà in maggiore dettaglio nel capitolo 5 del presente lavoro.

Per una valutazione della strategia seguita dalla direttiva ATAD (1 e 2), valgono qui considerazioni analoghe a quelle già espresse nel paragrafo precedente in merito al BEPS Action 2, sia in merito alle ragioni alla base di un approccio maggiormente incentrato su misure unilaterali, sia per quanto concerne le potenziali criticità insite in tale approccio. Inoltre, è opportuno sottolineare le ulteriori criticità che possono derivare dalla diversa natura dei due testi. Se, infatti, l'approccio più pragmatico seguito dal BEPS Action 2 trova, in una certa misura, fondamento nel suo essere una fonte di raccomandazioni agli stati coinvolti nel progetto BEPS piuttosto che una fonte normativa in senso proprio, la direttiva ATAD si inserisce nel contesto specifico dell'ordinamento giuridico comunitario, con evidenti conseguenze sul piano della compatibilità delle sue disposizioni – e delle disposizioni nazionali in attuazione della direttiva stessa – con la legge primaria dell'Unione,

giuridica data allo strumento ibrido dallo Stato membro in cui il pagamento ha origine è seguita dall'altro Stato membro».

particolarmente per quanto concerne le libertà fondamentali quali la non discriminazione e la libera circolazione dei capitali (§6.6).

§1.3 Gli elementi costitutivi del disallineamento da ibridi

Nonostante le differenze fra la direttiva ATAD e il BEPS Action 2 su diversi aspetti di dettaglio nella definizione del fenomeno dell'ibridismo fiscale, è rintracciabile una sostanziale convergenza fra i due testi almeno per quanto concerne gli elementi costitutivi della fattispecie in oggetto, a partire dal contesto di internazionalità – o, più precisamente, di transnazionalità – in cui tale fenomeno assume rilevanza.

Al di là del contesto, tuttavia, ciò che qui preme porre in rilievo sono tre elementi costitutivi che, tanto nel contesto dei documenti OCSE quanto nella sua trattazione in sede europea, sono essenziali nell'occorrenza della fattispecie dell'ibridismo fiscale sotto le sue diverse forme, e che pertanto saranno oggetto di analisi nei capitoli immediatamente successivi.

Il primo di questi elementi che il presente lavoro analizzerà è ciò in cui si risolve, sotto il profilo fiscale, l'accordo che realizza la fattispecie di disallineamento. Solo in presenza di detti risultati fiscali, infatti, la situazione configura una fattispecie di disallineamento da ibridi²⁵.

Potrebbe suscitare perplessità la scelta di iniziare la trattazione degli elementi costitutivi del fenomeno da quello che, sostanzialmente, costituisce l'esito “a valle” dell'occorrenza del disallineamento. Tuttavia, il risultato del disallineamento stesso ha rappresentato, tanto nella trattazione in sede OCSE quanto in sede comunitaria, un punto di

²⁵ Cfr. COOPER G. S., *Some Thoughts on the OECD's Recommendations on Hybrid Mismatches*, in Bull. Int'l Tax'n, 2014, 341.

partenza centrale, se non una vera e propria ragione a fondamento del contrasto all'ibridismo fiscale²⁶, costituendo infatti un presupposto applicativo dell'intera disciplina.

Il secondo elemento costitutivo della fattispecie di disallineamento è l'elemento soggettivo, ossia l'ambito personale di applicazione delle misure di contrasto a tali disallineamenti. Ambito che, come si avrà modo di illustrare in maggiore dettaglio nel successivo capitolo 3, è definito sia dal BEPS Action 2 sia dalle direttive ATAD non tanto, o quantomeno non principalmente, sulla base della natura giuridica dei soggetti coinvolti – essendo le misure anti-ibridi ivi descritte per lo più applicabili a qualsiasi soggetto passivo di imposta sul reddito delle società – bensì con riguardo a due fondamentali tipologie: parti correlate (*related parties*) e accordi strutturati (*structured arrangements*).

Un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie di disallineamento, di carattere oggettivo come il primo, è dato dall'elemento ibrido, ossia la situazione di fatto che causa il risultato di disallineamento: strumenti di debito piuttosto che strumenti di capitale, entità fiscalmente trasparenti piuttosto che opache, stabili organizzazioni, etc.. Il BEPS Action 2, in particolare, illustra un'ampia casistica di tali situazioni oggettive, ed esplicito riferimento a tale casistica è rinvenibile sia nel testo della direttiva ATAD 2²⁷ che nella prassi delle amministrazioni finanziarie degli stati membri UE. Tuttavia, tale riferimento non è privo di potenziali problemi interpretativi (§5.8).

²⁶ Ad esempio, l'introduzione dell'*Hybrid Report* (*supra* nota 4, 5-6) dedica ampio spazio agli effetti che il disallineamento produce in termini di “doppia non tassazione” e, più in generale, in termini di perdita di gettito fiscale per gli stati interessati.

²⁷ Cfr. *considerandum* 28 della direttiva ATAD 2: «Nell'attuare la presente direttiva gli Stati membri dovrebbero avvalersi delle spiegazioni e degli esempi applicabili riportati nella relazione dell'OCSE BEPS relativa all'azione 2 sia come fonte illustrativa o interpretativa nella misura in cui essi sono coerenti con le disposizioni della presente direttiva e con il diritto dell'Unione».

II. Il risultato del disallineamento da ibridi

PREMESSA. – 2.1 IL “SINGLE TAX PRINCIPLE” NEL DIRITTO INTERNAZIONALE TRIBUTARIO – 2.2. DOPPIA DEDUZIONE E DEDUZIONE SENZA INCLUSIONE – 2.3 DISALLINEAMENTI TEMPORALI – 2.4 ECCESSI DI CREDITI D’IMPOSTA ESTERI – 2.5 DEFINIZIONE DI GIURISDIZIONE DEL PAGATORE E DEL BENEFICIARIO.

Premessa

Tanto le raccomandazioni del BEPS Action 2 quanto l’articolo 9 della direttiva ATAD (così come modificato dalla direttiva ATAD 2) e l’articolo 9-ter recentemente introdotto dalla direttiva ATAD 2 pongono, quale condizione per l’applicazione delle misure di contrasto al disallineamento da ibridi, che alla ricorrenza di tale situazione siano correlati precisi risultati sotto il profilo fiscale¹. Tali risultati costituiscono quindi sostanzialmente condizioni necessarie perché si realizzi la fattispecie del disallineamento da ibridi nel senso giuridico del termine.

Prima di esaminare in dettaglio tali conseguenze, tuttavia, è opportuno un passo indietro. Come rilevato nel precedente capitolo 1 del presente lavoro, i risultati fiscali del disallineamento da ibridi assumono, sia nel contesto OCSE che in quello europeo, un ruolo

¹ Piuttosto diverso, anche in tale senso, risulta essere invece l’art. 9-bis della direttiva (§5.3).

determinante, centrale, fra le diverse condizioni necessarie alla ricorrenza del disallineamento, rappresentando la ragione, se non vera e propria giustificazione, dell'insieme di misure di contrasto all'ibridismo fiscale avanzato in tali contesti, facendo dell'ibridismo fiscale il caso forse più esemplare, accanto agli abusi del *transfer pricing*, di condotta BEPS².

Tuttavia, il fatto che i benefici fiscali associati ai risultati del disallineamento da ibridi siano, *ipso facto*, giustificazione di misure volte ad evitare tali conseguenze non è tanto ovvio quanto possa sembrare, ed è stato infatti oggetto di ampio dibattito all'interno della dottrina, soprattutto in ambito anglo-sassone.

§2.1 Il “Single Tax Principle” nel diritto internazionale tributario

In una conferenza del 1998 negli Stati Uniti, H. D. Rosenbloom criticò l'idea di un sistema di tassazione internazionale, sostenendo che *«there does not appear to be any clear reason why U.S. tax policy should take account of the fact that the taxpayer or a related party enjoys benefits under the tax laws of another country with respect to income or activities not subject to U.S. taxation. The treatment of that income or those activities is not obviously our business, and there is no clear reason why we should make it our business - any more than the rules of that other country applicable to its own citizens and residents on its own soil with respect to anticompetitive behavior, corrupt practices, or the price of water»*³.

Oggetto della critica di Rosenbloom è l'idea stessa che esista un insieme di principi sovraordinati della tassazione internazionale a cui l'ordinamento tributario statunitense sarebbe ispirato – idea che, secondo Rosenbloom, non solo è discutibile per le ragioni di cui sopra ma stride altresì con la constatazione che non solo vi è una persistente e profonda diversità fra gli ordinamenti tributari dei diversi stati, ma anche che gli stessi Stati Uniti

² Cfr. BRAUNER Y., *What the BEPS*, in Fla. Tax Rev., 2014, 79-80.

³ ROSENBLUM H. D., *The David R. Tillinghast Lecture International Tax Arbitrage and the International Tax System*, in Tax L. Rev., 2000, 154-155.

hanno talvolta adottato regimi fiscali (quale ad esempio il cd. *Check-The-Box*) che non hanno paralleli nella maggior parte degli altri stati del mondo⁴. Non vi sarebbe dunque un ordinamento tributario internazionale, bensì una varietà di ordinamenti nazionali, ciascuno con le sue regole e le sue ragioni, e la convergenza che pure si riscontra, a livello internazionale, su alcuni concetti quali quelli di “residenza”, “società” e “strumento di capitale” sarebbe l’eccezione e non la regola.

Contrapposto a questa tesi esiste da tempo un orientamento alternativo, che riconosce l’esistenza di almeno due principi: il “principio dei benefici” (*benefits principle*) e il “principio della singola tassazione” (*single tax principle*)⁵. Il principio dei benefici afferma che il reddito attivo (*active income*), riconducibile generalmente all’esercizio di un’attività d’impresa, dovrebbe essere tassato principalmente nello stato della fonte, mentre il reddito passivo (*passive income*) – quali ad esempio dividendi, interessi e canoni – dovrebbero essere principalmente tassati nello stato di residenza⁶. Il principio della singola tassazione, invece, afferma che i redditi transnazionali dovrebbero essere tassati una, e una sola volta, all’aliquota determinata in base al primo dei due principi – ossia, a seconda dei casi, solo dallo stato della fonte o dallo stato di residenza. Una enunciazione esplicita di tale principio può essere rintracciata già in un *report* del 1927, predisposto dalla commissione di esperti della Lega delle Nazioni incaricata di gettare le basi di uno dei primi modelli di convenzione contro le doppie imposizioni: «*The most elementary and undisputed principles of fiscal justice, therefore, required that the experts should devise a scheme whereby all incomes would be taxed once and only once*»⁷.

Perché quindi vi sia effettivamente una e una sola imposizione, è necessario che, laddove lo stato individuato dal principio dei benefici non tassi i redditi in questione, l’altro

⁴ Cfr. *ibid.*, 139.

⁵ Per un’esposizione più articolata di questa tesi, cfr. AVI-YONAH R. S., *International Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax L. Rev.*, 1997, 517-23.

⁶ Questo principio è ispirato a un compromesso raggiunto nel 1923 da G.W.K. Bruins, L. Einaudi, E. R. A. Seligman e J. Stamp. Cfr. VOGEL K., *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, Berkeley J. Int’l L., 1986, 10.

⁷ Lega delle Nazioni, *Report prepared by the Committee of Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Doc. C.216 M.85, League of Nations Publications, 1927, 23.

stato “subentri” al fine di evitare una doppia non imposizione⁸. In altri termini, tale principio è da leggersi sia in antitesi a fenomeni di doppia imposizione che di doppia non imposizione⁹. Tuttavia, storicamente, gli sforzi dei *policy makers* a livello internazionale si sono concentrati maggiormente sul contrasto alla doppia imposizione, piuttosto che a impedire fenomeni di doppia non imposizione¹⁰. Solo più recentemente, a partire dagli anni '80 negli Stati Uniti e a partire dalla prima decade del nuovo millennio a livello internazionale, la doppia non imposizione ha assunto maggior rilievo, tanto in dottrina quanto negli interventi dei legislatori nazionali e internazionali¹¹.

Non è questa la sede opportuna per cercare una soluzione al dibattito in dottrina su tale principio. Tuttavia, la sua importanza quale fondamento normativo delle misure di contrasto a condotte BEPS, nella misura in cui queste ultime danno luogo a fenomeni di doppia non tassazione, non può essere trascurata¹². Importanza che assume ancor maggiore rilievo alla luce della natura non poi così indiscussa del principio stesso, considerato non solo il dibattito di cui sopra, ma anche le disposizioni interne e le fonti di diritto internazionale che, nel corso del tempo, si sono discostate in misura anche significativa da tale principio¹³.

⁸ Si noti come questo principio non escluda a priori l'idea di una tassazione concorrente, posto che essa non sfoci in una doppia tassazione o in una doppia non tassazione.

⁹ Cfr. AVI-YONAH R. S., *Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy*, in N. Y. L. Sch. L. Rev., 2015, 309-310.

¹⁰ Cfr. AULT H. J., *Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles*, in Tax Notes Int'l, 2013, 1195.

¹¹ Per un esame più approfondito della storia del principio della singola tassazione, cfr. AVI-YONAH R. S., *supra* nota 9.

¹² Sull'importanza del “single tax principle” nel contesto del progetto BEPS, cfr. AULT H. J., *supra* nota 10; AULT H. J.-SCHOEN W.-SHAY S. E., *Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform*, in Bull. Int'l Tax'n, 2014, 275; BRAUNER Y., *supra* nota 2.

¹³ Basti ricordare, a titolo di esempio, come la disposizione dell'art. 15 co. 3 del trattato fra Italia e Francia, in base a cui «*se [lo Stato nel quale è situata la sede della direzione effettiva dell'impresa] non preleva imposte su [le remunerazioni percepite in corrispettivo di un lavoro subordinato svolto a bordo di navi o di aeromobili utilizzati in traffico internazionale], le stesse sono imponibili nello Stato di cui i beneficiari sono residenti*», rappresenta l'eccezione piuttosto che la regola nei trattati stipulati dall'Italia, anche rispetto a quelli di più recente ratifica.

Peraltro, come osservato in dottrina, l'ipotesi che un ordinamento tributario possa “subentrare” ad un altro nell'imposizione di un soggetto sembra *prima facie* confliggere con la potestà tributaria dell'altro stato e con la sua autonomia nel valutare, in base alle proprie clausole antielusive, se la propria base imponibile è stata o meno erosa dalla condotta del contribuente. Cfr. ad es. COOPER G. S., *Some Thoughts on the OECD's Recommendations on Hybrid Mismatches*, in Bull. Int'l Tax'n, 2014, 345.

§2.2 Doppia deduzione e deduzione senza inclusione

Le espressioni di doppia deduzione (D/D) e deduzione senza inclusione (D/NI) trovano definizione autonoma, tanto nel progetto BEPS Action 2 quanto nella direttiva ATAD 2. Queste definizioni presentano differenze rilevanti sotto il profilo delle conseguenze sul piano giuridico, tali da giustificare una trattazione separata.

Per quanto concerne il BEPS Action 2, la D/D è definita come la situazione (di fatto) che si viene a produrre «*if the payment is deductible under the laws of more than one jurisdiction*». Parallelamente, la D/NI è definita come la situazione (di fatto) che si verifica «*to the extent the payment is deductible under the laws of the payer jurisdiction but is not included in ordinary income by any person in the payee jurisdiction*»¹⁴.

Entrambe le definizioni sono pertanto strettamente connesse, nel BEPS Action 2, al concetto di pagamento (*payment*). La definizione che ne fornisce il BEPS Action 2 è estremamente ampia, e comprende «*any transfer of value*», ovvero più precisamente «*an amount that is capable of being paid such as a future or contingent obligation to make a payment*»¹⁵. Altrove, il *report* definisce la medesima nozione di pagamento come «*any amount capable of being paid including (but not limited to) a distribution, credit, debit, accrual of money but it does not extend to payments that are only deemed to be made for tax purposes and that do not involve the creation of economic rights between parties*»¹⁶.

L'esclusione riguarda i pagamenti nozionali (*deemed payments*), ossia pagamenti a cui non sono associati diritti economici fra le parti e la cui esistenza il legislatore tributario assume solo a fini fiscali (si pensi ad esempio al rendimento figurativo del capitale proprio riconosciuto dall'agevolazione fiscale prevista dal DL 201/2011, cd. "ACE"). La definizione

¹⁴ OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015, raccomandazione 12. La definizione di D/NI include anche un'ulteriore considerazione relativa al profilo temporale del disallineamento, su cui si tornerà più avanti in questo lavoro.

¹⁵ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 14, par. 28.

¹⁶ *Ibid*, raccomandazione 12.

del BEPS Action 2 mira infatti a escludere forme di remunerazione che, nella sostanza, hanno più la natura di sgravi o esenzioni fiscali che di pagamenti nel senso proprio del termine¹⁷. Inoltre, per evitare che tale esclusione dia luogo a forme di doppia tassazione che sfuggono alle definizioni di cui sopra, il BEPS Action 2 raccomanda che, anche nel caso di D/D originata da elementi non monetari, quali svalutazioni o ammortamenti, tale situazione sia riconosciuta come disallineamento da ibridi a prescindere dalla circostanza che essa sia o meno attribuibile a pagamenti¹⁸.

Tuttavia, anche nei casi di D/NI possono originarsi problemi analoghi, laddove essi si verificano con riguardo a specifici elementi oggettivi, quali ad esempio gli strumenti finanziari ibridi. In base al BEPS Action 2, infatti, «*a financial instrument should be treated as hybrid where a payment under the instrument gives rise to a mismatch in tax outcomes and the mismatch can be attributed to the terms of the instrument*»¹⁹.

Limitare il concetto di deduzione a quello di pagamento, in questo caso, significa escludere il riconoscimento della fattispecie giuridica di disallineamento a tutta una serie di situazioni di fatto che, nella sostanza, producono risultati, sotto il profilo fiscale, analoghi a quelli dei disallineamenti oggetto delle misure di contrasto raccomandate dal BEPS Action 2 – ma senza includere alcun tipo di pagamento, così come definito dal *report*.

Si consideri ad esempio la circostanza in base a cui Alfa, persona giuridica residente nello Stato S1, emetta uno *zero coupon bond* (ZCB) ad un valore nominale di 100. Si assuma che Beta, persona giuridica residente in un secondo stato S2, acquisti detto ZCB ad un prezzo pari al valore nominale. Si assuma inoltre che, in meno di un anno (prima cioè della scadenza del titolo), Beta venda lo ZCB in questione a Gamma, anch'esso persona giuridica residente nello stesso Stato S1 di Alfa, per un prezzo di mercato di 110. Infine, si assuma che detto

¹⁷ Cfr. *ibid*, par. 11.: «*Rules that entitle taxpayers to a unilateral tax deduction for invested equity without requiring the taxpayer to make a payment, such as regimes that grant deemed interest deductions for equity capital, are economically closer to a tax exemption or similar taxpayer specific concessions and do not produce a mismatch in tax outcomes in the sense contemplated by Action 2*». Cfr. anche COOPER G. S, *supra* nota 13, 342.

¹⁸ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 14, par. 192.

¹⁹ *Ibid*, par. 14.

ZCB sia trattato come uno strumento di debito nella giurisdizione di S1, e come uno strumento di capitale nella giurisdizione di S2²⁰.

In base alla giurisdizione di S2, Beta avrebbe realizzato una plusvalenza – che, assumiamo, è esclusa da imposta in base a una *participation exemption*. Tuttavia, in base alla giurisdizione di S1, la differenza fra valore nominale di 100 e prezzo di acquisto di 110 è considerata un interesse passivo deducibile per Gamma. Si realizza pertanto, di fatto, una deduzione senza inclusione.

Sotto il profilo giuridico, tuttavia, se si seguono le raccomandazioni del BEPS Action 2, è difficile sostenere che si sia realizzata una situazione di D/Ni così come definita nell’Action 2, in quanto nessun pagamento, nel senso che tale termine assume nell’Action 2, è stato effettuato “in base allo strumento”, poiché lo strumento finanziario è soltanto l’oggetto della transazione²¹.

Alternativamente, nello stesso scenario, è possibile giungere ad un esito di D/Ni nel caso in cui Beta e Gamma realizzino una fusione, con conseguente compensazione dei debiti e dei crediti reciproci. Sebbene infatti le raccomandazioni del BEPS Action 2 menzionino gli accordi di fusione fra le situazioni che possono causare un disallineamento da ibridi²², il testo della direttiva ATAD non contiene disposizioni in merito a questa precisa circostanza se non nella disposizione anti-abuso generale (GAAR) dell’art. 6 – la quale, tuttavia, a differenza della raccomandazione BEPS prevede un test di sostanza economica affinché le misure anti-ibridi possano trovare applicazione²³.

Inoltre, con riguardo alla direttiva ATAD, è rilevante notare che, nonostante il ruolo significativo ricoperto dalla nozione di “pagamento” anche nelle disposizioni della direttiva,

²⁰ L’esempio in questione è ripreso da COOPER G. S, *supra* nota 13, 342-343. Cfr. anche PATTI G. F., *ATAD II – Overview and Open Issues – Part I*, in *Dir. Prat. Trib. int.* 2019, 364-365.

²¹ Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD*, in *Intertax*, 2020, 25: «If a person pays for the transfer of an existing financial instrument (e.g. the payment to acquire a bond), this payment is a ‘payment for the disposal of the instrument’ rather than a ‘payment under a financial instrument’».

²² Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 14, par. 136.

²³ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 20, 365.

tuttavia l'art. 2, punto 9), della direttiva stessa non fornisce alcuna definizione esplicita del termine²⁴.

§2.3 *Disallineamenti temporali*

Nel paragrafo precedente, è stato implicitamente assunto che i risultati sotto il profilo fiscale del disallineamento da ibridi - siano essi deduzioni senza inclusione (D/NI) o doppie deduzioni (D/D) - avessero carattere definitivo. Tuttavia, talvolta detti disallineamenti sono di natura meramente temporale (*timing mismatch*). Ad esempio, è possibile che, a fronte della iniziale non inclusione di una componente di reddito dedotta da un soggetto passivo d'imposta, tale componente trovi inclusione nel reddito di un altro soggetto passivo ma in un momento successivo dello stesso periodo d'imposta, o anche in un periodo d'imposta futuro.

In linea generale, il BEPS Action 2 raccomanda di non considerare situazioni di D/NI o di D/D dovuti a disallineamenti temporanei²⁵, in quanto dette situazioni eventualmente risultano in una doppia inclusione (*dual inclusion*) del pagamento precedentemente dedotto²⁶. Parimenti, l'articolo 9, par. 1, della direttiva ATAD, con riguardo a disallineamenti con D/D, dispone che «la deduzione è ammissibile alla compensazione a fronte di un reddito a doppia inclusione, generato nel periodo d'imposta di riferimento o successivo». Tuttavia, è interessante notare come una simile disposizione non sia prevista per le D/NI, nel

²⁴ Cfr. AICARDI M., *La disciplina domestica di contrasto agli hybrid mismatch arrangements aventi per oggetto strumenti finanziari: spunti interpretativi e di riflessione critica alla luce delle indicazioni contenute nelle relazioni del BEPS action 2*, in Riv. dir. trib., 2020, 46. Cfr. anche HASLEHNER W.-PANTAZATOU K., *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures (ATAD & DAC 6)*, Doc. PE 703.353, European Union, 2022, 22.

²⁵ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 14, par. 196: «Differences in timing should not affect the amount treated as giving rise to a DD outcome. [...] The hybrid mismatch rules are not generally intended to impact on mismatches in the timing of income and expenditure. Equally the operation of the rules is not dependant on the timing of the deduction on the timing of the deduction or receipt in the other jurisdiction», e *ibid*, raccomandazione 12: «A D/NI outcome is not generally impacted by questions of timing in the recognition of payments or differences in the way jurisdictions measure the value of that payment».

²⁶ Cfr. *ibid*, par. 196: «If a payment will be deductible under the laws of the other jurisdiction (or if an item of income will be included under the laws of another jurisdiction) it will be treated as a double deduction (or dual inclusion income) at the moment it is treated as incurred (or derived) under local law».

successivo par. 2 del medesimo art. 9²⁷. È altresì interessante rilevare che, nel commentare la suddetta disposizione dell'art. 9, par. 1, la presidenza del consiglio UE ha affermato: «*This reflects a MS comment that it should be made clear that loss carry-forwards are allowed under the Directive in respect of DD outcomes*»²⁸. Non solo, quindi, tale spiegazione sembra confermare la volontà del legislatore comunitario di non prevedere analoga disposizione per situazioni di D/NI temporanea, ma, come osservato in dottrina²⁹, tale spiegazione contrasta con il dettato letterale della disposizione, in base a cui la compensazione è ammessa anche in una situazione di doppia inclusione originatasi «nel periodo d'imposta di riferimento». In tale circostanza, infatti, non vi sarebbe alcun riporto di perdite in quanto la compensazione avverrebbe nello stesso periodo d'imposta.

L'approccio fin qui presentato, con riguardo ai disallineamenti temporali, trova tuttavia un'importante eccezione con riguardo agli strumenti finanziari ibridi (§4.2).

§2.4 Eccessi di crediti d'imposta esteri

Nel descrivere le possibili conseguenze del disallineamento da ibridi, il BEPS Action 2 considera tre possibili scenari: situazioni di doppia deduzione (D/D) e deduzione senza inclusione (D/NI), di cui si è detto nel paragrafo precedente, e situazioni di D/NI indirette, di cui si dirà più avanti del presente lavoro con riguardo agli ibridi importati (§4.10). Minore attenzione, in termini relativi, è prestata invece agli eccessi di crediti d'imposta esteri³⁰.

²⁷ Per un commento più esteso su questo punto, cfr. FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in *EC Tax Review*, 2017, 159; cfr. anche PATTI G. F., *supra* nota 20, 374-376.

²⁸ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – draft Presidency compromise*, WK 1022/2016 INIT, 2016, 11.

²⁹ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 20, 375-376.

³⁰ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris, 2012, 7 (di seguito *OECD Hybrid Report*). Si noti la differenza, al riguardo, fra il BEPS Action 2 e l'*Hybrid Report*, che trattava i "foreign tax credit generators" come una categoria di effetto del disallineamento separata rispetto a DD e D/NI.

Nel contesto dell'Action 2, i crediti d'imposta esteri sono sostanzialmente equiparati, come altre tipologie di agevolazione fiscale, a una forma di deduzione sui dividendi nell'ambito di schemi di D/NI, specialmente per quanto riguarda gli strumenti finanziari ibridi³¹ e i trasferimenti ibridi³² (cfr. §4.2).

Tale equiparazione alle *dividend exemptions* suscita peraltro perplessità sotto il profilo applicativo, in quanto il meccanismo del credito d'imposta estero presuppone generalmente un calcolo aggregato del reddito di fonte estera e non analitico come sembra essere presupposto dalle raccomandazioni del BEPS Action 2 in proposito³³.

Il BEPS Action 2 non presta invece specifica considerazione alla possibilità di doppia fruizione di crediti d'imposta esteri da parte di entità ibride³⁴, al di là di raccomandazioni circa la limitazione dei crediti d'imposta relativamente ai trasferimenti ibridi di cui si è precedentemente detto. Simili esiti di doppie fruizioni di crediti d'imposta esteri possono tuttavia creare difficoltà di interpretazione delle raccomandazioni del BEPS Action 2. Prescindendo da quanto già si è detto con riguardo al problema di calcolo del reddito di fonte estera, infatti, tali scenari possono provocare difficoltà alla luce della limitazione della fattispecie di disallineamento da ibridi ai soli pagamenti, di cui si è detto nel precedente paragrafo, in quanto scenari di doppia fruizione di crediti d'imposta possono verificarsi anche senza che alcun pagamento sia effettuato fra le parti³⁵.

§2.5 Definizione di giurisdizione del pagatore e del beneficiario

Una delle differenze fondamentali che emerge fra la definizione di doppia deduzione (D/D) e la definizione di deduzione senza inclusione (D/NI), così come presentate dal BEPS

³¹ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 14, par. 35. Vedi anche *ibid*, esempio 1.4.

³² Cfr. *ibid*, 108.

³³ Cfr. OECD, *Comments received on Public Discussion drafts. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD Publishing, Paris, 2014, 58.

³⁴ Cfr. CIOOPER G. S., *supra* nota 13, 339-340.

³⁵ Cfr. *ibid*, 342

Action 2 (cfr §2.2), ha a che vedere con il concetto di giurisdizione³⁶, ed in particolare con l'individuazione delle giurisdizioni delle parti coinvolte nell'accordo che origina il disallineamento.

Nella definizione di D/D non rileva quale sia specificatamente la giurisdizione in questione, essendo sufficiente che due o più giurisdizioni siano coinvolte in quanto giurisdizioni all'interno di cui vigono le leggi che consentono la doppia (o multipla) deduzione dello stesso pagamento³⁷. Al contrario, la definizione di D/NI presuppone la necessità di individuare la giurisdizione del pagatore e la giurisdizione del beneficiario. Individuazione che, per quanto specificatamente concerne la giurisdizione del beneficiario, segue logiche diverse nel BEPS Action 2 e nella direttiva ATAD 2³⁸.

In base al BEPS Action 2, il concetto di giurisdizione del beneficiario include qualsiasi giurisdizione in cui il beneficiario è un contribuente³⁹. Al contrario, l'articolo 1, par. 2, della direttiva ATAD 2 dispone che «la giurisdizione del beneficiario è qualsiasi giurisdizione in cui il pagamento (o pagamento nozionale) è ricevuto o si ritiene ricevuto a norma delle leggi di qualsiasi altra giurisdizione»⁴⁰.

³⁶ In realtà, come sottolineato in CARBONE S. M. *et al*, *Istituzioni di diritto internazionale*, 5° ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2016, 184-185, il termine italiano “giurisdizione” non coincide con quello inglese di “*jurisdiction*”, in quanto quest’ultimo «comprende infatti, oltre la funzione giurisdizionale in senso proprio, anche tutto quanto la tradizione europeo-continentale esprime con la nozione di amministrazione, ricollegandosi con ciò verosimilmente, alla nozione medioevale di “*jurisdictio*” intesa come comprensiva di ogni forma di potere pubblico. Con lo stesso termine di “*jurisdiction*” la tradizione anglosassone indica spesso anche il potere legislativo dello Stato, designato allora come “*legislative jurisdiction*” o “*jurisdiction to prescribe*”, contrapposta a ciò che si indica come “*jurisdiction to adjudicate*” e “*jurisdiction to enforce*”». Tuttavia, anche in italiano l’uso del termine “giurisdizione” ha recentemente iniziato a esorbitare dall’ambito giurisdizionale propriamente detto. Lo stesso legislatore italiano, nel D.Lgs. 142/2018 con cui è stata data attuazione alle disposizioni della direttiva ATAD in Italia, ha impiegato il termine “giurisdizione” nella sua accezione più ampia di derivazione anglosassone. Anche il presente lavoro, dunque, si allinea alla nuova “prassi linguistica” recentemente invalsa.

³⁷ Situazioni di doppia deduzione possono tuttavia porre problemi di individuazione, diversi da quelli qui considerati, quando la doppia deduzione è causata da un’entità con doppia residenza (§5.6).

³⁸ Cfr. FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *supra* nota 27, 163. Cfr. anche PATTI G. F., *supra* nota 20, 367-368.

³⁹ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 14, raccomandazione 12: «*Investor jurisdiction is any jurisdiction where the investor is a taxpayer*».

⁴⁰ Peraltro, manca nella direttiva ATAD, a differenza del BEPS Action 2, una definizione esplicita di “beneficiario” (*investor*) nel presente contesto.

In base alla definizione contenuta nella direttiva ATAD 2, quindi, le giurisdizioni del beneficiario non sono solo quelle in cui il beneficiario è considerato un contribuente, ma tutte quelle in cui il beneficiario è considerato quale “ricevente” del pagamento stesso – anche in base a norme non tributarie, se tale disposizione della direttiva fosse interpretata in senso letterale⁴¹. L’ampiezza di questa definizione è peraltro rafforzata dalla definizione stessa di D/NI in base alla suddetta direttiva ATAD 2, in base a cui, perché vi sia D/NI, è sufficiente che la deduzione del pagamento sia effettuata dal pagatore «senza una corrispondente inclusione, a fini fiscali, dello stesso pagamento (o pagamento nozionale) nella giurisdizione del beneficiario». In altri termini, in presenza di più giurisdizioni che soddisfano la definizione di “giurisdizione del beneficiario”, sarebbe sufficiente che una sola di esse rilevasse la non inclusione perché vi fosse disallineamento.

Un possibile scenario, descritto in dottrina⁴², in cui tale interpretazione potrebbe condurre a esiti problematici, riguarda i casi che coinvolgono soggetti con doppia residenza. Si supponga, ad esempio, che Alfa sia una società fiscalmente residente in due diversi stati membri UE, S1 e S2. Beta, invece, è una società fiscalmente residente in uno stato extra-UE, S3. Beta è considerata fiscalmente opaca sia da S3 che da S1, ma è considerata fiscalmente trasparente da S2. Si assuma, quindi, che Beta effettui un pagamento nei confronti di Alfa – pagamento che è trattato come un interesse (passivo) da Beta e come la percezione di un dividendo da Alfa.

In base a quanto detto, il pagamento oggetto dell’accordo sopra illustrato sarebbe soggetto a imposizione, in quanto alla deduzione operata da Beta nella giurisdizione di S3 corrisponderebbe l’inclusione del pagamento nella base imponibile di Alfa ai sensi della giurisdizione di S1, che considera Beta fiscalmente opaca. Tuttavia, se si segue l’interpretazione letterale della disposizione della direttiva ATAD di cui sopra, anche S2 dovrebbe essere considerata giurisdizione del beneficiario, e in base al suo punto di vista vi sarebbe inevitabilmente un disallineamento da ibridi poiché S2 considera Beta fiscalmente

⁴¹ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 20, 372.

⁴² Cfr. *ibid*, 371-372.

trasparente. Se S2 si muovesse per neutralizzare il disallineamento così originatosi⁴³, Alfa si troverebbe a subire una doppia imposizione sul pagamento ricevuto da Beta⁴⁴.

D'altro canto, la Presidenza della Commissione Europea ha sottolineato, già in un *working paper* del novembre 2016, come la vaghezza dell'espressione "pagamento ricevuto" avrebbe anche potuto portare ad esiti di doppia (o multipla) non tassazione, con riguardo a fattispecie di D/NI che coinvolgono entità ibride inverse⁴⁵

⁴³ Si rimanda al capitolo 5 del presente lavoro per un esame delle misure di reazione al disallineamento da ibridi nella direttiva ATAD.

⁴⁴ Come sottolineato da PATTI G. F., *supra* nota 20, 372, «*a possible solution (that would have also been compliant with the "tax once approach" of the BEPS) could have been to amend the definition of "deduction without inclusion" to include the relevance of the inclusion "of that payment or deemed payment in any payee jurisdiction" instead of "in the payee jurisdiction"*».

⁴⁵ Cfr. Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – draft Presidency compromise*, WK 1181/2016 INIT, 2016, 3: «*The definition of 'payee jurisdiction' in the case of a 'deduction without inclusion' may be problematic as it refers to 'any other jurisdiction where the payment is treated as received'. The problem is that the payment may not be treated as received anywhere when it comes to a (reverse) hybrid entity and hybrid permanent establishment (PE) mismatch arrangements. The Presidency has tried to address this point but based on the latest addition there could be two (or more) payee jurisdictions if a treatment of a payment in a jurisdiction as being received by any other jurisdictions, also entails that the first mentioned jurisdiction should be treated as the payee jurisdiction. The core of the problem is that "as being received" does not seem to address what is intended*».

III. L'ambito soggettivo del disallineamento da ibridi

PREMESSA. – 3.1 ASPETTI SOGGETTIVI GENERALI. APPROCCIO TOP-DOWN VS BOTTOM-UP, NATURA GIURIDICA – 3.2. L'AMBITO SOGGETTIVO DELLE DEDUZIONI SENZA INCLUSIONE. GRUPPI DI CONTROLLO E PARTI CORRELATE – 3.3 IL TEST DI AZIONE CONGIUNTA – 3.4 L'ESTENSIONE DELL'AMBITO SOGGETTIVO TRAMITE L'IPOTESI DEGLI ACCORDI STRUTTURATI – 3.5 L'AMBITO SOGGETTIVO DELLE DOPPIE DEDUZIONI.

Premessa

L'identificazione, sotto il profilo giuridico, di una fattispecie di disallineamento da ibridi pone inevitabilmente problemi relativi all'ambito soggettivo delle disposizioni in esame, soprattutto con riguardo all'applicazione di misure di contrasto a detti disallineamenti che siano efficaci e, come si avrà a dire più avanti nel presente capitolo, proporzionate rispetto allo scopo delle misure stesse.

Come illustrato nel precedente capitolo, infatti, affinché possa riconoscersi la ricorrenza di una fattispecie di disallineamento è necessario che vi sia, in linea generale, un pagamento – pagamento che normalmente presuppone l'esistenza di almeno due parti, una pagatrice e l'altra beneficiaria del pagamento stesso. Poiché tuttavia l'esistenza o meno di un

disallineamento dipende normalmente dal trattamento fiscale in capo a una qualsiasi delle parti coinvolte, possono sorgere difficoltà significative nel raccogliere le informazioni necessarie a valutare le condizioni di sussistenza del disallineamento stesso quando, ad esempio, una parte pagatrice entra in un accordo, potenzialmente causa di disallineamento da ibridi, con una moltitudine di parti percettrici. Sia il pagatore che i beneficiari, infatti, potrebbero trovarsi nell'oggettiva impossibilità di verificare il trattamento fiscale a cui l'altra parte (o le altre parti) è soggetta, soprattutto laddove si tiene conto della dimensione transnazionale di tali accordi e della possibilità che i diritti associati a tali accordi (e i pagamenti ad essi correlati) siano trasferibili a terzi.

Sia le raccomandazioni del BEPS Action 2 che le disposizioni della direttiva ATAD, pertanto, introducono una serie di limitazioni all'ambito soggettivo dei disallineamenti da ibridi – limitazioni che riguarderanno quindi non tanto la natura giuridica dei soggetti coinvolti, bensì le relazioni che intercorrono fra i soggetti stessi. Inoltre, come si avrà a dire nei successivi paragrafi del presente capitolo, questo è un punto su cui sono rilevabili significative differenze fra l'approccio seguito a livello OCSE e quello adottato in ambito comunitario.

§3.1 Aspetti soggettivi generali. Approccio top-down vs bottom-up, natura giuridica.

Prima di considerare l'ambito soggettivo del disallineamento da ibridi in base al BEPS Action 2, è importante chiarire la strategia adottata dal *report* OCSE nel definire i confini di tale ambito.

Nel *public discussion draft* che ha preceduto la pubblicazione del BEPS Action 2¹, sono definite due possibili strategie che il *report* avrebbe potuto seguire nel definire l'ambito di applicazione delle proprie raccomandazioni in materia di disallineamenti da ibridi. Una

¹ OECD, *Public Discussion Draft. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, Paris, 2014.

prima strategia avrebbe potuto essere quella di partire da una definizione quanto più possibile inclusiva di ambito di applicazione, per poi restringere tale ambito attraverso l'individuazione di eccezioni specifiche – un approccio *top-down* in base alla definizione dello stesso *draft*.

La seconda strategia, invece, sarebbe stata quella di identificare esplicitamente un ambito soggettivo di applicazione delle raccomandazioni, e di escludere qualsiasi soggetto non rientrante in tale ambito così come esplicitamente definito nel *report*. Tale approccio, definito *bottom-up* nel *public discussion draft*, è quello che è stato poi effettivamente adottato in sede del *report* finale del 2015.

È pertanto in questa prospettiva, di definizione esplicita dell'ambito di applicazione, che occorre chiarire i confini dell'ambito di applicazione soggettivo della fattispecie di disallineamento in base al BEPS Action 2.

Da un esame delle raccomandazioni dell'Action 2 *report*, non risulta un esplicito riferimento alla natura dei soggetti coinvolti quale elemento discriminante per definire l'ambito di applicazione delle regole ivi suggerite. Come si avrà modo di illustrare nel paragrafo successivo, infatti, il discrimine fondamentale in base all'Action 2, soprattutto per quanto concerne le fattispecie di D/NI, non pertiene tanto alla natura giuridica dei soggetti coinvolti, ma alle relazioni fra essi intercorrenti.

Detto ciò, emerge comunque in maniera evidente, fin dall'introduzione del *report* in questione, come l'ambito all'interno del quale il *report* individua i maggiori rischi di creazione intenzionale di disallineamenti da ibridi sia quello dei soggetti passivi di imposte sul reddito delle società (*corporate income tax*). Non solo, ma la definizione di contribuente (*taxpayer*) del BEPS Action 2 specifica che «*A person established in a jurisdiction that does not impose a corporate income tax will not be treated as a taxpayer of that jurisdiction*»², confermando implicitamente la lettura in base a cui sono i soggetti passivi delle imposte sul

² OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015, par. 425.

reddito delle società a rientrare, in prima istanza, nell'ambito soggettivo di applicazione delle raccomandazioni OCSE.

Al contrario, sia l'articolo 1 della direttiva ATAD 1 che l'articolo 1 della direttiva ATAD 2 affermano esplicitamente che le disposizioni delle suddette direttive si applicano «a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri». Anche qui, come nel BEPS Action 2, le ragioni di tale scelta sono principalmente da ricercare nella percezione, da parte del legislatore comunitario, che i disallineamenti da ibridi pongano un problema, in termini di condotte BEPS (§1.1), soprattutto per quanto riguarda le imposte sul reddito delle società³. Unica eccezione è costituita dalle disposizioni relative alle entità ibride inverse (§4.5 e §5.3), per le quali il legislatore comunitario ha previsto, con il par. 2 del medesimo art. 1, l'estensione dell'ambito di applicazione anche «a tutte le entità trattate come trasparenti a fini fiscali da uno Stato membro».

Che la direttiva ATAD abbia esplicitamente indicato nei soggetti passivi dell'imposta sul reddito delle società l'ambito di applicazione soggettivo delle proprie disposizioni costituisce una differenza, rispetto al BEPS Action 2, minore di quanto potrebbe *prima facie* apparire, se si tiene conto di quanto precedentemente detto circa la diversa natura della direttiva UE rispetto al documento OCSE (§1.2). A differenza delle raccomandazioni del BEPS Action 2, le disposizioni della direttiva ATAD sono pensate dal legislatore comunitario quale standard minimo, o *baseline*, per gli stati membri UE, i quali restano liberi, entro i limiti fissati dalla legislazione primaria dell'Unione, di estendere ulteriormente l'ambito di applicazione delle disposizioni in attuazione di quelle della direttiva (§6.1). Un'apertura nei confronti di ulteriori platee di soggetti, al di là dei soggetti passivi delle imposte sul reddito delle società, è quindi già implicita nel testo della direttiva stessa⁴.

³ Cfr. *considerandum* 1 della direttiva ATAD 1. Cfr. anche §1.2, con particolare riferimento alla risoluzione del Parlamento Europeo ivi discussa (Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2015 recante raccomandazioni alla Commissione su come promuovere la trasparenza, il coordinamento e la convergenza nelle politiche sulle imposte societarie nell'Unione*, 2015/2010 (INL), Bruxelles, 2015).

⁴ Ad esempio, il decreto di attuazione delle disposizioni della direttiva ATAD in Italia ha esteso l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina anche alle persone fisiche che svolgono attività d'impresa, nonostante queste non siano soggetti passivi IRES per l'ordinamento italiano (§6.2).

§3.2 *L'ambito soggettivo delle deduzioni senza inclusione. Gruppi di controllo e parti correlate.*

Come anticipato nell'introduzione al presente capitolo, la natura giuridica delle parti coinvolte riveste un'importanza secondaria nella definizione dell'ambito soggettivo della fattispecie di disallineamento da ibridi, tanto nel BEPS Action 2 quanto nella direttiva ATAD. Al contrario, come si vedrà, assumono maggiore rilievo altri criteri, che attengono più precisamente alle relazioni intercorrenti fra le parti coinvolte e che differiscono in misura significativa a seconda delle conseguenze fiscali del disallineamento - ossia a seconda che esse risultino in una deduzione senza inclusione (D/NI) piuttosto che una doppia deduzione (D/D).

Il BEPS Action 2 giustifica questa scelta sulla base del bisogno di contemperare l'esigenza di regole sufficientemente comprensive da coprire le diverse forme di ibridismo fiscale con la necessità pragmatica di pervenire a regole mirate e non eccessivamente difficili da applicare⁵. Non deve quindi sorprendere che la definizione dell'ambito soggettivo delle raccomandazioni dell'Action 2 segua una logica “*case-by-case*”, logica che trova la sua principale discriminante appunto nell'effetto di D/NI, piuttosto che di D/D, del disallineamento.

Con riguardo alle fattispecie di disallineamento risultanti in D/NI, il BEPS Action 2 *report* limita l'ambito di applicazione soggettivo a tre principali categorie di soggetti: gruppi di controllo (*control groups*), parti correlate (*related parties*), e accordi strutturati (*structured arrangements*). In particolare, l'Action 2 raccomanda di estendere il riconoscimento della fattispecie di disallineamento a tutte e tre le categorie per quanto concerne le D/NI causate da strumenti finanziari ibridi, e ai soli gruppi di controllo e accordi strutturati per tutte le altre fattispecie di D/NI.

⁵ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 16.

La prima delle tre categorie sopra citate, ossia i gruppi di controllo, è definita dal BEPS Action 2 sulla base di quattro condizioni (relative al rapporto che intercorre fra le parti coinvolte nell'accordo), ciascuna delle quali sufficiente a configurare il rapporto fra le parti come gruppo di controllo: (1) le parti coinvolte sono incluse nello stesso consolidato contabile; (2) una delle parti coinvolte ha un investimento nelle altre che le garantisce l'effettivo controllo delle altre, oppure tutte le parti coinvolte sono sotto l'effettivo controllo di un terzo; (3) una delle parti coinvolte possiede almeno il 50% dei diritti di voto o del capitale delle altre parti, oppure esiste un terzo che possiede almeno il 50% dei diritti di voto o del capitale di tutte le parti coinvolte; (4) le parti coinvolte sono considerate imprese associate in base all'articolo 9 del modello di convenzione OCSE contro le doppie imposizioni⁶.

La seconda categoria, ossia quella delle parti correlate, include non solo tutte le fattispecie che soddisfano la definizione di gruppi di controllo di cui sopra, ma include anche tutte quelle situazioni in cui una delle parti coinvolte possiede almeno il 25% dei diritti di voto o del capitale delle altre parti, oppure esiste un terzo che possiede almeno il 25% dei diritti di voto o del capitale di tutte le parti coinvolte⁷ - di fatto un'estensione della condizione (3) di cui sopra. La scelta di estendere, tramite la nozione più ampia di parti correlate, l'ambito soggettivo della fattispecie di disallineamento da strumenti finanziari ibridi, rispetto alle altre fattispecie di D/Ni, è stata spiegata dalla dottrina sulla base della diversa posizione informativa delle parti coinvolte nel caso degli strumenti finanziari ibridi rispetto agli altri⁸. Nel caso di strumenti finanziari ibridi, infatti, le conseguenze di D/Ni sono originate dallo strumento finanziario stesso (cfr. §4.1), e quindi ciascuna parte coinvolta può essere ragionevolmente ritenuta a conoscenza dell'esistenza del disallineamento, il che sarebbe giustificazione sufficiente a ridurre la soglia dell'investimento sopra il quale il

⁶ Cfr. *ibid*, par. 351.

⁷ Cfr. *ibid*, par. 350.

⁸ Cfr. DE BOER R.- MARRES O., *BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*, in *Intertax*, 2015, 19; PATTI G. F., *ATAD II – Overview and Open Issues – Part I*, in *Dir. Prat. Trib. int.* 2019, 361.

disallineamento da ibridi può ritenersi intenzionale⁹. Al contrario, le altre fattispecie di D/NI prevedono il coinvolgimento di un'entità ibrida, la cui conoscenza per le parti coinvolte è di più difficile presunzione senza la sussistenza di un rapporto più stretto fra le parti e l'entità ibrida medesima.

Analoga delimitazione dell'ambito soggettivo dei disallineamenti da ibridi può rintracciarsi altresì nella direttiva ATAD 2. In particolare, il *considerandum* 13 prevede che «I disallineamenti che in particolare derivano dalla natura ibrida delle entità dovrebbero essere affrontati solo nel caso in cui una delle imprese associate abbia almeno il controllo effettivo sulle altre imprese associate. Di conseguenza, in questi casi si dovrebbe esigere che un'impresa associata sia detenuta o detenga l'impresa contribuente o un'altra impresa associata attraverso la partecipazione in termini di diritti di voto, proprietà del capitale o titolo a ricevere profitti pari almeno al 50 per cento». Il *considerandum* 14, inoltre, raccomanda che «Per elaborare una definizione comune e sufficientemente esaustiva di «impresa associata» ai fini delle norme sui disallineamenti da ibridi, tale definizione dovrebbe comprendere anche un'entità che faccia parte del medesimo gruppo consolidato ai fini di contabilità finanziaria, un'impresa nella quale il contribuente esercita un'influenza significativa sulla gestione e, a contrario, un'impresa che esercita un'influenza significativa sulla gestione del contribuente». Al netto dell'assenza del riferimento al concetto di impresa associata di cui all'art. 9 del modello OCSE di trattato contro le doppie imposizioni, pertanto, la definizione di “impresa associata” fornita dalla direttiva ATAD riprende sostanzialmente le stesse condizioni (consolidamento contabile, soglia di investimento del 50%, controllo effettivo) illustrate dal BEPS Action 2.

Tuttavia, benché dette definizioni di gruppo di controllo (o imprese associate) e persone correlate siano state concepite evidentemente per limitare la portata applicativa della

⁹ Cfr. OECD, *Public Discussion Draft*, *supra* nota 1, 34. In effetti, il *Public Discussion Draft* aveva originariamente previsto una soglia del 10% per la definizione di parti correlate. Tuttavia, le reazioni negative a tale soglia, ritenuta troppo bassa e quindi eccessivamente inclusiva, nelle risposte al *Draft* hanno probabilmente contribuito all'innalzamento della soglia nel *Final Report* del 2015 (cfr., ad es., *Comments received on Public Discussion drafts. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD Publishing, Paris, 2014, 4, 7, 18, 41, 52, 85).

fattispecie di disallineamento da ibridi, in realtà è stato evidenziato in dottrina come tali definizioni siano di interpretazione sufficientemente ampia da consentire un effetto opposto rispetto a quello voluto dal legislatore¹⁰. Ad esempio, la nozione di “controllo” utilizzata in suddette definizioni non approfondisce in maniera esplicita le attività o funzioni il cui controllo rileva ai fini della definizione dell’ambito soggettivo della fattispecie di disallineamento, il che può rendere incerta l’applicazione della disciplina a situazioni dove le diverse funzioni tipicamente associate alla nozione di controllo (controllo degli investimenti, controllo delle distribuzioni di utili, e così via) sono distinte fra diversi soggetti, come nel caso di un trust¹¹.

§3.3 *Il test di azione congiunta*

Alla luce del requisito di possesso dei diritti di voto o di quote di capitale previsti dalle definizioni di gruppo di controllo e parte correlata, sarebbe facile per i contribuenti aggirarle attraverso la cessione di tali diritti o quote a soggetti terzi che, tuttavia, agiscono sostanzialmente nell’interesse dei contribuenti stessi. Alternativamente, un insieme di contribuenti, ciascuno dei quali in possesso di una percentuale minoritaria dei suddetti diritti o quote, potrebbero formare un accordo (o agire collettivamente nell’interesse di un terzo) al fine di conseguire un disallineamento da ibridi.

Per scongiurare queste condotte elusive, il BEPS Action 2 raccomanda di includere, nell’applicazione delle condizioni di qualificazione di gruppi di controllo e parti correlate, un test di azione congiunta (“*acting together test*”) volto a coprire anche queste situazioni. Più precisamente, tale test si sostanzia in un elenco di situazioni soggettive, caratterizzate da una frammentazione di diritti di voto o quote di capitale, che il BEPS Action 2 raccomanda di considerare unitariamente al fine di valutare l’applicabilità delle definizioni di gruppi di controllo o persone correlate di cui sopra. In particolare, il BEPS Action 2 suggerisce di

¹⁰ Cfr. PARADA L., *Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach*, in Intertax, 2018, 982-983.

¹¹ Cfr. BRABAZON M., *BEPS Action 2: Trusts as Hybrid Entities*, in Brit. Tax Rev., 2018, 229.

aggregare i diritti o quote di due persone (fisiche o giuridiche) se: (1) dette persone sono membri della stessa famiglia¹²; (2) una persona agisce abitualmente in accordo con le intenzioni dell'altra persona¹³; (3) dette persone partecipano a un accordo che ha un impatto significativo sul valore o sul controllo di tali diritti o quote¹⁴; (4) il possesso o controllo di tali diritti o quote è gestito dalla stessa persona o gruppo di persone¹⁵.

Di queste situazioni, quella che fin dal principio ha suscitato maggiore attenzione, sia presso i commentatori del *Public Discussion Draft* che in dottrina, è certamente la (4), per via della sua potenziale applicazione ai fondi di investimento. Lo stesso *Public Discussion Draft*, nel commentare la definizione di parti correlate, osservava che «*Parties that have entered into shareholders or voting agreements, joint ventures and private equity funds under the control of a common manager all raise relationship issues that are similar to those presented by related parties and should therefore be treated in a similar manner*»¹⁶. Per contro, diversi commentatori hanno sottolineato come, da un lato, nei fondi di investimento, la mera esistenza di un unico *fund manager* non sia sufficiente a giustificare una presunzione di “azione congiunta” dal momento che gli investitori tipicamente non sono nella posizione di poter controllare il veicolo di investimento¹⁷, e che quindi le quote dei fondi di investimento siano piuttosto assimilabili agli strumenti finanziari ad ampia diffusione (*widely held*) di cui si è accennato nell'Introduzione del presente capitolo; e come, dall'altro lato, l'introduzione di un “test di azione congiunta” non strettamente definito, come quello proposto dal *Public Discussion Draft*, avrebbe accresciuto significativamente l'incertezza in materia di *compliance* con riguardo a simili strumenti finanziari¹⁸. Tale incertezza potrebbe essere poi ulteriormente esacerbata dalle difficoltà in cui le amministrazioni finanziarie potrebbero cadere laddove sia necessario applicare il test di azione congiunta a persone

¹² Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 371.

¹³ Cfr. *ibid*, par. 372.

¹⁴ Cfr. *ibid*, par. 373-376.

¹⁵ Cfr. *ibid*, par. 377-378.

¹⁶ OECD, *Public Discussion Draft*, *supra* nota 1, par. 128.

¹⁷ Cfr. OECD, *Comments received on Public Discussion drafts*, *supra* nota 9, 4, 100, 206.

¹⁸ Cfr. OECD, *Comments received on Public Discussion drafts*, *supra* nota 9, 174, 185, 318-322.

residenti in diverse giurisdizioni, con quel che ne conseguirebbe in termini di necessità di scambio di informazioni¹⁹.

È pur vero che, nel *final report* del 2015, è stata prevista una clausola di esclusione per i fondi di investimento, ma solo con riguardo alla situazione in cui due o più fondi di investimento abbiano un manager comune (e le circostanze in cui tali fondi effettuano i propri investimenti non giustificano una presunzione di azione congiunta). Tale clausola non trova quindi applicazione, ad esempio, al singolo fondo di investimento, con riguardo agli investitori stessi. Non può dunque dirsi che il test di azione congiunta, così come descritto nel BEPS Action 2 nella sua versione finale, abbia superato le obiezioni avanzate nei commenti al *Public Discussion Draft* di cui sopra.

Né tali obiezioni trovano soluzione nella direttiva ATAD II, in quanto essa, pur riferendosi alla necessità di un test di azione congiunta nell'applicazione della definizione di impresa associata²⁰, non fornisce una definizione autonoma di tale espressione, richiamando implicitamente, in base al *considerandum* 28 della direttiva, il test di azione congiunta così come illustrato nel *report* OCSE del 2015. L'applicazione di questo test nel contesto comunitario potrebbe tuttavia risultare gravoso sotto il profilo della *compliance*, soprattutto laddove alcune situazioni come quelle che coinvolgono entità ibride inverse (§4.5, §5.3) richiedono di effettuare questo test per investitori di minoranza situati in giurisdizioni extracomunitarie con cui potrebbero non esservi un adeguato scambio di informazioni²¹.

Inoltre, nell'attuazione della direttiva, il test di azione congiunta ha conosciuto significative differenze di applicazione fra i diversi stati membri, il che può essere fonte di ulteriori situazioni di disallineamento che la disciplina avrebbe invece dovuto contrastare. Su questo punto si tornerà nel capitolo 6.

¹⁹ PATTI G. F., *supra* nota 8, 362.

²⁰ Cfr. *considerandum* 13 della direttiva ATAD II.

²¹ Cfr. TOMAZELA SANTOS R., *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, in Bull. Int'n Tax'n, 2018, 507.

§3.4 L'estensione dell'ambito soggettivo tramite l'ipotesi degli accordi strutturati

Benché la definizione di parti correlate catturi un numero rilevante di soggetti entro l'ambito di applicazione soggettivo della fattispecie di disallineamento con deduzione senza inclusione (D/NI), soprattutto in congiunzione con il test di azione congiunta, resterebbero fuori tutte quelle situazioni di fatto in cui, pur non essendo soddisfatte le condizioni che qualificerebbero due o più persone come parti correlate o unite in un'azione congiunta, nondimeno formano accordi con il preciso scopo di trarre vantaggio fiscale da un disallineamento da ibridi. Per contrastare questa condotta elusiva, sia il BEPS Action 2²² che la direttiva ATAD 2²³ estendono l'ambito soggettivo della fattispecie di disallineamento con D/NI attraverso la clausola degli accordi strutturati.

La definizione di accordo strutturato contenuta nella raccomandazione del *report* OCSE e nella direttiva UE sono sostanzialmente equivalenti, e includono nell'ambito soggettivo della disciplina anti-ibridi tutti gli accordi fra due o più parti che producono un disallineamento con D/NI e che soddisfano le tre seguenti condizioni: (1) i benefici, per le singole parti, del disallineamento sono riflessi nei termini dell'accordo raggiunto (ad esempio in un prezzo pattuito per l'eventuale transazione); (2) l'accordo è stato progettato al fine (o anche al fine) di produrre un disallineamento da ibridi; (3) le parti sono ragionevolmente in una posizione tale da essere consapevoli del disallineamento, oppure beneficiano degli effetti del disallineamento. Benché l'applicazione di tale definizione richieda, necessariamente, una valutazione dei profili oggettivi dell'accordo, la sua natura di clausola anti-elusiva e i suoi effetti di estensione dell'ambito soggettivo ne giustificano la trattazione in questa sede.

Come già osservato per quanto concerne il test di azione congiunta, anche qui le condizioni previste per la definizione di accordo strutturato pongono alcune difficoltà interpretative con riguardo alla potenziale estensione applicativa della definizione stessa. In particolare, la valutazione della seconda condizione, in base alla raccomandazione del BEPS

²² Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 318.

²³ Cfr. art. 2, punto 11), della direttiva ATAD.

Action 2, impone di considerare «*the facts and circumstances (including the terms) of the arrangement*», al fine di giudicare se l'accordo è stato o meno progettato per produrre un disallineamento da ibridi²⁴. Il *report* non presenta tuttavia una definizione chiara di quali “fatti e circostanze” possano o debbano essere valutati, limitandosi invece a una lista di esemplificazioni che tuttavia, per ammissione dello stesso *report*, non è da intendersi esaustiva²⁵. Lista che, comunque, non chiarisce alcune criticità di carattere più generale relative all'identificazione di detti “fatti e circostanze”.

Uno dei punti che ha maggiormente attirato l'attenzione della dottrina, in particolare, è se tale valutazione relativa ai “fatti e circostanze” dell'accordo sia o meno da intendersi come una valutazione oggettiva²⁶. Da un lato, infatti, il BEPS Action 2 sostiene esplicitamente il carattere oggettivo di questa valutazione: «*It applies, regardless of the parties' intentions, whenever the facts and circumstances would indicate to an objective observer that the arrangement has been designed to produce a mismatch in tax outcomes*»²⁷, specificando inoltre che tale valutazione «*should not impose an obligation on a taxpayer to undertake additional due diligence on a commercial transaction over and above what would be expected of a reasonable and prudent person*»²⁸.

Se, tuttavia, è ragionevole sostenere che siano oggettivi i fattori citati dal report OCSE quali esempi di “fatti e circostanze” dell'accordo che indicherebbero la natura intenzionale del disallineamento prodotto (ad esempio il fatto che l'accordo sia pubblicizzato come

²⁴ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, raccomandazione 11. È pur vero che, a differenza del BEPS Action 2, l'art. 2, punto 11), della direttiva ATAD si limita ad affermare che l'accordo strutturato è tale quando «*il disallineamento è valutato nei termini dell'accordo o un accordo elaborato per produrre un disallineamento da ibridi*». Questo potrebbe portare a ritenere che, in base al testo della direttiva, la valutazione dell'accordo dovrebbe essere compiuta solo sulla base dei termini dell'accordo stesso e non anche dei “fatti e circostanze” in cui esso è stato raggiunto (cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD*, in Intertax, 2020, 21). In realtà, il *considerandum* 28 della direttiva ATAD II consente agli ordinamenti tributari e alle amministrazioni finanziarie nazionali di seguire la definizione del BEPS Action 2 su questo punto (cfr. ad es. la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 2022 [cd. “Circolare ATAD n. 2”], pp. 56-57). Sul *considerandum* 28, cfr. §5.8.

²⁵ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 319.

²⁶ Cfr. PARADA L., *supra* nota 10, 983; PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 24, 21.

²⁷ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 319.

²⁸ *Ibid*, par. 343.

prodotto “fiscamente vantaggioso”, laddove il vantaggio fiscale risieda almeno in parte nel disallineamento, oppure il fatto che esso sia principalmente pubblicizzato ai contribuenti di un ordinamento tributario in cui sorge il disallineamento), altrettanto non può dirsi del punto di vista in base a cui tali fattori dovrebbero essere giudicati. Quale sarebbe, infatti, il livello di *due diligence* che, ad esempio, un’amministrazione finanziaria potrebbe attendersi da un contribuente in quanto “persona ragionevole e prudente” al fine di verificare il rischio di un eventuale disallineamento? È difficile sostenere la natura non soggettiva di una simile valutazione, così come negare le possibili complessità che potrebbero discendere da una sua applicazione pratica²⁹.

Parimenti, il BEPS Action 2 non chiarisce la dimensione temporale entro cui effettuare dette valutazioni - ad esempio il momento in cui occorre valutare se il disallineamento è stato o meno riflesso nel prezzo dell’accordo, o se l’accordo include termini o transazioni mirati a produrre il disallineamento³⁰.

Se quindi, come fin qui visto, le prime due condizioni che qualificano un negozio come un accordo strutturato pongono criticità, anche la terza condizione risulta essere problematica. Detta condizione è da intendersi come una condizione esimente, che esclude dall’ambito soggettivo della fattispecie di disallineamento quei soggetti che, pur essendo parti di un negozio qualificabile come un accordo strutturato per le caratteristiche oggettive di quest’ultimo, tuttavia non sono nella posizione di essere ragionevolmente consapevoli del disallineamento, né beneficiano del risultato, sotto il profilo fiscale, di tale disallineamento. Questa condizione può quindi essere intesa come la combinazione di un “*knowledge test*” e di un “*tax benefit test*”³¹.

Di alcune potenziali difficoltà interpretative del “*knowledge test*”, con riguardo alla sua oggettività, già si è detto in precedenza. Tuttavia, un ulteriore profilo di criticità è

²⁹ Cfr. PARADA L., *supra* nota 10, 984.

³⁰ Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 24, 21. Per un’analisi più approfondita dell’impatto della dimensione temporale nella fattispecie di disallineamento da ibridi sul piano oggettivo, con riguardo agli strumenti finanziari ibridi, cfr. §4.2.

³¹ Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 24, 21.

rappresentato dall'applicabilità di questo test a gruppi di società. Infatti, in base al BEPS Action 2, «A taxpayer will not be treated as a party to a structured arrangement, however, where neither the taxpayer nor any member of the same control group was aware of the mismatch in tax outcomes or obtained any benefit from the mismatch»³². Il “knowledge test” del *report*, quindi, è da intendersi applicabile non solo al singolo soggetto ma anche a tutti gli altri soggetti cui esso è legato da una relazione di gruppo di controllo (cfr. §3.2). Se, da un lato, è comprensibile la natura antielusiva di tale previsione, la determinazione del grado di consapevolezza dei soggetti in un ambito di gruppo, alla luce anche di quanto già detto circa i requisiti informativi in capo al singolo soggetto nonché della natura transnazionale del fenomeno di ibridismo fiscale in generale, può andare incontro a maggiori incertezze³³.

§3.5 *L'ambito soggettivo delle doppie deduzioni*

Per quanto riguarda i disallineamenti da ibridi con doppia deduzione (D/D), il BEPS Action 2 prevede un ambito soggettivo di applicazione significativamente più ampio di quanto osservato a proposito dei disallineamenti con deduzione senza inclusione (D/NI). Infatti, mentre nel caso delle D/NI il *report* OCSE raccomanda di limitare l'ambito personale a soggetti che intrattengono relazioni particolari (gruppi di controllo, parti correlate, accordi strutturati), indipendentemente da quale soggetto sia pagatore piuttosto che beneficiario, nel caso di disallineamenti con D/D il BEPS Action 2 prevede limitazioni all'ambito soggettivo di applicazione solo nell'ordinamento tributario del pagatore. Al contrario, nell'ordinamento tributario del beneficiario (investitore), non è previsto alcun limite soggettivo di applicazione della fattispecie di disallineamento, al di là di quanto osservato riguardo la natura giuridica dei soggetti stessi (§3.1).

³² OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 2, par. 342.

³³ Cfr. ASCOLI G.-PELLECCHIA M., *Primi chiarimenti sulla disciplina anti-ibridi*, in *Il fisco*, 2022, 150.

Tale diverso approccio è stato giustificato, tanto in dottrina³⁴ quanto nel *Public Discussion Draft* che ha preceduto il *report* del 2015³⁵, sulla base dell'assunto che gli scenari di D/D non presentano, per le parti coinvolte, le stesse difficoltà di acquisire le informazioni necessarie a riconoscere il disallineamento che hanno giustificato la limitazione dell'ambito personale per quanto invece concerne gli scenari di D/NI. Nei disallineamenti con D/NI, infatti, la limitazione dell'ambito soggettivo a gruppi di controllo, parti correlate e accordi strutturati è giustificata dalla considerazione che una relazione sufficientemente stretta tra pagatore e beneficiario è necessaria affinché sia ragionevole assumere che quest'ultimo sia consapevole del disallineamento stesso³⁶, e possa quindi procedere all'inclusione dell'elemento di reddito dedotto dal pagatore. Al contrario, in uno scenario di D/D, la deduzione operata dal beneficiario presuppone, in una certa misura, una conoscenza da parte di quest'ultimo della situazione contabile dell'altra parte tale da non far ritenere eccessivamente gravoso, per il beneficiario, acquisire altresì informazioni al fine di confermare la sussistenza o meno del disallineamento da ibridi.

Ciononostante, la direttiva ATAD non ha seguito la stessa impostazione suggerita dal BEPS Action 2, con riguardo all'ambito soggettivo delle situazioni di D/D. Infatti, ai sensi dell'art. 2, punto 9), della direttiva ATAD I (così come introdotto dall'art. 1, punto 2), della direttiva ATAD II), «un disallineamento non è ritenuto un disallineamento da ibridi a meno che si verifichi tra imprese associate, tra un contribuente e un'impresa associata, tra la sede centrale e una stabile organizzazione, tra due o più stabili organizzazioni della stessa entità o nell'ambito di un accordo strutturato». In base alla definizione fornita dalla direttiva ATAD, quindi, la limitazione dell'ambito soggettivo alle sole fattispecie in cui sussiste una qualche relazione più stretta fra le parti riguarda qualsiasi disallineamento, a prescindere dal fatto che il risultato dello stesso, sotto il profilo fiscale, assuma la forma di una D/D piuttosto che di una D/NI.

³⁴ Cfr. DE BOER R.- MARRES O., *supra* nota 8, 19.

³⁵ Cfr. OECD, *Public Discussion Draft*, *supra* nota 1, 53-55.

³⁶ Al netto di quanto detto con riguardo al test di azione congiunta (§3.3).

IV. L'elemento ibrido

PREMESSA. – 4.1 STRUMENTI FINANZIARI IBRIDI NEL BEPS ACTION 2. DEFINIZIONE – 4.2. STRUMENTI FINANZIARI IBRIDI E DISALLINEAMENTI TEMPORALI – 4.3 TRASFERIMENTI IBRIDI – 4.4 LA RILEVANZA DEI TERMINI DELLO STRUMENTO NEI DISALLINEAMENTI DA STRUMENTI FINANZIARI IBRIDI E TRASFERIMENTI IBRIDI – 4.5 ENTITÀ IBRIDE – 4.6 STABILI ORGANIZZAZIONI IBRIDE. PROFILI GENERALI – 4.7 STABILI ORGANIZZAZIONI IBRIDE. PROBLEMI INTERPRETATIVI DELLE DISPOSIZIONI ATAD – 4.8 PAGAMENTI NOZIONALI ALLA STABILE ORGANIZZAZIONE. LA ROYALTY SARA CREEK STRUCTURE – 4.9 DISALLINEAMENTI DA DOPPIA RESIDENZA – 4.10 IBRIDI IMPORTATI.

Premessa

Il contenuto del presente capitolo è strettamente collegato al discorso tracciato nel precedente capitolo 2, e ne è idealmente una prosecuzione. Nel capitolo 2, infatti, sono stati analizzati i risultati del disallineamento sotto il profilo fiscale, risultati che possono assumere la forma di una doppia deduzione (D/D), di una deduzione senza inclusione (D/NI) e così via.

Viceversa, in questo capitolo si analizza quello che il BEPS Action 2 definisce l'elemento ibrido (*hybrid element*) del disallineamento, ossia quella situazione di fatto che, per via della sua connessione causale con il risultato fiscale del disallineamento¹ concorre a definire l'ambito oggettivo della fattispecie di disallineamento. Conseguentemente a tale definizione, l'approccio seguito dal BEPS Action 2, così come dalla direttiva ATAD, nell'individuazione dell'ambito oggettivo del disallineamento si sostanzia in un'elencazione di situazioni di fatto che trovano la loro ragione di inclusione nel risultato di D/D o D/NI ad esse associato.

Si tratta quindi di un approccio che, come sottolineato in dottrina², manca per molti versi di sistematicità. Tale approccio, infatti, definisce l'ambito oggettivo del disallineamento a partire dalle conseguenze, dai "sintomi" del disallineamento stesso, approccio che contrasta con la visione più olistica dei problemi e delle soluzioni che avrebbe dovuto essere fra i principi a fondamento del progetto BEPS³. Nondimeno, essendo questo l'approccio seguito sia dal *policy maker* internazionale che dal legislatore comunitario, un'impostazione analoga informerà il presente capitolo nell'esame dei diversi elementi ibridi da questi individuati.

§4.1 Strumenti finanziari ibridi nel BEPS Action 2. Definizione.

Il primo elemento ibrido considerato, tanto nel BEPS Action 2 quanto nella direttiva ATAD, è costituito dagli strumenti finanziari ibridi. In base alla definizione fornita dal BEPS Action 2, sono da intendersi come strumenti finanziari tutti gli «*arrangements that are*

¹ Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015, par. 13: «*While cross-border mismatches arise in other contexts (such as the payment of deductible interest to a tax exempt entity, the only types of mismatches targeted by this report are those that rely on a hybrid element to produce such outcomes [...]);*»; *ibid*, par 14: «*In most cases the causal connection between the hybrid element and the mismatch will be obvious [...]*». Analogo rapporto di connessione causale fra elemento ibrido e D/D o D/NI si evince altresì dall'attuale formulazione dell'art. 9 della direttiva ATAD.

² Cfr. BRAUNER Y., *What the BEPS*, in Fla. Tax Rev., 2014, 83-84. Cfr. anche PEETERS B.-VANNESTE L., *The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD*, in Intertax, 2020, 17.

³ Cfr. BRAUNER Y., *supra* nota n. 2, 55.

treated as debt, equity or derivative contracts under local law»⁴. Specificatamente, è da intendersi come strumento finanziario ibrido «*any arrangement that is taxed under the rules for taxing debt, equity or derivatives under the laws of both the payee and payer jurisdictions and includes a hybrid transfer*»⁵. Entrambe queste definizioni si prestano a molteplici considerazioni, e meritano pertanto di essere enucleate in maggiore dettaglio.

Innanzitutto, entrambe le definizioni di cui sopra fanno riferimento al concetto di accordo (*arrangement*), definito dal BEPS Action 2 come «*an agreement, contract, scheme, plan, or understanding, whether enforceable or not, including all steps and transactions by which it is carried into effect. An arrangement may be part of a wider arrangement, it may be a single arrangement, or it may be comprised of a number of arrangements*»⁶. Si tratta quindi di una nozione estremamente ampia, all'interno della quale rientrano non solo i contratti propriamente detti, ma anche accordi di natura più informale. Inoltre, un *arrangement* può avere ad oggetto anche prestazioni, quali ad esempio *leasing* operativi e assicurazioni contro rischi di natura non finanziaria, che lo stesso BEPS Action 2 precisa essere al di fuori dell'ambito delimitato dalla definizione di strumento finanziario⁷.

Al contrario, mentre il termine “*arrangement*” trova una definizione autonoma all'interno del *report* OCSE, per quanto concerne le categorie di debito (*debt*), capitale (*equity*), e contratti derivati (*derivative contracts*), la definizione generale di strumento finanziario opera un richiamo alla normativa interna⁸, e questo nonostante il fatto che lo stesso BEPS Action 2 fornisca altrove una definizione autonoma di “*equity return*” e di “*financial return*”⁹. È pertanto possibile che uno stesso accordo sia caratterizzato, ad

⁴ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, par. 18, lett. (a).

⁵ *Ibid*, raccomandazione 2.2, lett. (a).

⁶ *Ibid*, raccomandazione 12.

⁷ *Ibid*, par. 64.

⁸ Cfr. *ibid*, par. 62 e 64.

⁹ Cfr. *ibid*, raccomandazione 12. Cfr. anche *ibid*, par. 63: «*The definitions of “equity return” and “financing return” set out in Recommendation 12.1 provide further detail on the types of payments that should be brought within the hybrid financial instrument rule under domestic implementing legislation. These terms are intended to be in line with those used in international and generally recognised accounting standards and to capture any instrument issued by a person that provides the holder with a return based on the time-value of money or enterprise risk*».

esempio, come uno strumento finanziario di debito in una giurisdizione e come uno strumento finanziario di capitale in un'altra. Non solo, ma è altresì possibile che lo stesso accordo sia caratterizzato come uno strumento finanziario in solo una delle due giurisdizioni, in quanto nell'altra l'accordo non soddisfa le definizioni di debito, capitale o contratto derivato in base alla normativa interna di quella giurisdizione¹⁰.

In quest'ultimo caso, tuttavia, l'accordo sembrerebbe cadere al di fuori dell'ambito oggettivo di strumento finanziario ibrido in base al BEPS Action 2, in quanto la definizione di strumento finanziario ibrido ivi contenuta include «*any arrangement [...] under the laws of both the payee and payer jurisdictions*»¹¹. Ciononostante, il *report* OCSE suggerisce che, anche nell'ipotesi in cui una delle due giurisdizioni non considera l'*arrangement* come uno strumento finanziario, l'*arrangement* debba essere comunque considerato un disallineamento da ibridi e quindi neutralizzato nella giurisdizione in cui esso è invece considerato quale strumento finanziario, benché precisando che in questo caso «*the amount of the adjustment under the rule will be restricted to the amount of equity or financing return under the instrument*»¹².

Un secondo rilievo alla definizione di strumento finanziario, e più specificatamente quella di strumento finanziario ibrido, riguarda invece la nozione di accordo «*taxed under the rules for taxing debt, equity or derivatives*». Benché infatti la definizione sembri suggerire che sia lo stesso *arrangement* ad essere soggetto a imposizione, in realtà sono generalmente i flussi (di debito o di capitale) da questo generati ad essere inclusi nell'ambito delle norme nazionali sull'imposizione del reddito¹³.

¹⁰ Cfr. *ibid*, par. 67.

¹¹ Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 2, 24.

¹² OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, par. 68.

¹³ Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 2, 23.

§ 4.2 Strumenti finanziari ibridi e disallineamenti temporali

Come si è avuto modo di illustrare in precedenza (§2.3), il BEPS Action 2 prevede in linea generale che, laddove le situazioni di doppia deduzione (D/D) o deduzione senza inclusione (D/NI) abbiano natura meramente temporale (*timing mismatch*), non si sia in presenza di una fattispecie di disallineamento da ibridi. Tuttavia, lo stesso principio non vale per quanto concerne gli strumenti finanziari ibridi.

In effetti, disallineamenti temporali di lunga durata, che assumono sostanzialmente i caratteri di una vera e propria tassazione differita, rappresentano comunque un'erosione della base imponibile non diversamente dai disallineamenti "permanenti", e pertanto il BEPS Action 2 raccomanda di includere anche questo tipo di risultati fiscali entro l'ambito della fattispecie di disallineamento da ibridi. Tale differenza di trattamento, rispetto ad altre forme di disallineamento da ibridi, trova probabilmente giustificazione nel fatto che gli strumenti finanziari ibridi, più di altri elementi ibridi, si prestano ad abusi che, in pratica, si riflettono in un differimento indefinito dell'imposizione¹⁴.

D'altro canto, come sottolineato in dottrina, è plausibile che disallineamenti temporali possano altresì sorgere semplicemente perché i termini del periodo d'imposta variano da una giurisdizione all'altra, e diverse giurisdizioni possono prevedere diverse regole per decidere in quale periodo d'imposta rilevi un determinato componente di costo o di ricavo (si pensi ad esempio all'applicazione dei principi di cassa e di competenza nell'ordinamento italiano)¹⁵.

Al fine di contemperare queste opposte considerazioni, il BEPS Action 2 raccomanda pertanto, con riguardo agli strumenti finanziari ibridi, di non ricondurre alla fattispecie di

¹⁴ Cfr. Council of the European Union, *Consistency of the ATAD 2 proposal with OECD BEPS Action 2 recommendations*, WK 594/2016 INIT, 2016, 5.: «*The BEPS Action Plan noted that hybrid mismatch arrangements can give rise to long-term deferral and that such arrangements pose the same risk to the tax base as permanent mismatches. Therefore, while the Action 2 Report did not target timing mismatches per se, it did bring such arrangements within scope of the hybrid financial instrument rules where there was an unreasonable delay between the recognition of the deduction and the inclusion of the payment in income*».

Cfr. anche PATTI G. F., *ATAD II – Overview and Open Issues – Part I*, in *Dir. Prat. Trib. int.* 2019, 378.

¹⁵ Cfr. TOMAZELA SANTOS R., *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, in *Bull. Int'n Tax'n*, 2018, 511.

disallineamento disallineamenti meramente temporali, nella misura in cui la durata di tale disallineamento sia “ragionevole”¹⁶. In particolare, affinché non si dia una fattispecie di disallineamento da ibridi, il periodo d’imposta in cui il beneficiario include il pagamento nel suo reddito deve iniziare entro 12 mesi dalla conclusione del periodo d’imposta in cui il pagatore ha operato la deduzione.

Nel caso invece in cui l’inclusione non avvenga entro i termini di questo “periodo di grazia” (*safe harbour*), il pagatore deve provare¹⁷ altrimenti all’amministrazione finanziaria che il pagamento dedotto sarà incluso nel reddito del beneficiario entro un “periodo di tempo ragionevole” (*reasonable period of time*)¹⁸, dove con tale locuzione è da intendersi «*the time period that might be expected to be agreed between unrelated parties acting at arm’s length*», in base ai termini dello strumento e ad altre contingenze o fattori commerciali che possono influenzare il pagamento stesso¹⁹. Un simile criterio è contenuto nell’art. 2, punto 9), della direttiva ATAD, a seguito delle modifiche all’art. 2 introdotte dalla direttiva ATAD II nel 2017.

Benché questi criteri aiutino certamente ad esplicitare il concetto di “periodo di tempo ragionevole”²⁰, non di meno essi si prestano ad alcune critiche e perplessità, sia sulla loro interpretazione che sulla loro applicabilità.

¹⁶ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, par. 55.

¹⁷ La prova in questione potrebbe essere un “*tax certificate*”, analogo ai certificati di residenza richiesti per ottenere i benefici fiscali di un trattato contro le doppie imposizioni. Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., supra nota 2, 30.

¹⁸ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, par. 56.

¹⁹ Cfr. *ibid*, par. 58.

²⁰ In effetti, la presidenza del consiglio UE aveva manifestato, nel Working Paper 1, perplessità sul fatto che un’espressione come “periodo di tempo ragionevole” potesse essere sufficientemente precisa nel contesto di una direttiva (Cfr. Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – draft Presidency compromise*, WK 1181/2016 INIT, 2016, 3). Cfr. anche TOMAZELA SANTOS R., *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, in Bull. Int’n Tax’n, 2018, 511: «*the more ambiguous, vaguer and indeterminate a rule is, the greater the risk that the tax authorities and the national courts arrive at different results in their interpretation. With regard to the European Union, a directive must be applied in as uniform manner as possible by the Member States to ensure a level playing field for market participants, as well as a common standard in countering tax arbitrage with third countries*».

Ad esempio, l'*Australian Board of Taxation* ha sostenuto che il *safe harbour* di 12 mesi raccomandato dall'OCSE fosse troppo breve alla luce delle condizioni del mercato dei capitali, laddove gli strumenti finanziari spesso prevedono termini di durata superiore. Inoltre, pur riconoscendo che il BEPS Action 2 prevede la possibilità, per il singolo contribuente, di provare all'amministrazione finanziaria nazionale la necessità di un'estensione, il *Board* ha osservato come tale regola aggiungerebbe significativi oneri per l'amministrazione finanziaria, e creerebbe incertezza per i contribuenti. Il *Board* ha pertanto suggerito un *safe harbour* di 3 anni, quale miglior compromesso fra la necessità di evitare differimenti di imposta eccessivamente lunghi e quella di ridurre l'incertezza e gli oneri di *compliance* per i contribuenti²¹.

Un secondo problema concerne l'applicazione delle regole volte alla neutralizzazione del disallineamento (cfr. §5.1), e a come queste rischiano, inevitabilmente, di creare i presupposti per una doppia tassazione nel caso in cui il disallineamento sia di natura meramente temporale, a meno che non siano previste disposizioni volte ad annullare la neutralizzazione operata. Questo problema è chiaramente considerato nel BEPS Action 2, che con riguardo agli strumenti finanziari ibridi precisa che la rettifica operata dalla suddetta neutralizzazione «*should be no more than is necessary to neutralise the instrument's hybrid effect and should result in an outcome that is proportionate and that does not lead to double taxation*»²².

Al contrario, il testo della direttiva ATAD non fornisce menzione esplicita della questione, né dispone meccanismi volti a prevenire che una simile situazione di doppia tassazione possa verificarsi²³, benché sia stato osservato in dottrina come il richiamo alle raccomandazioni del BEPS Action 2, contenuto nel *considerandum* 28 della direttiva (§5.8),

²¹ The Board of Taxation of the Australian Government, *Implementation of the OECD Hybrid Mismatch Rules. A Report to the Treasurer*, 2016, 26.

²² OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, par. 55.

²³ Cfr. TOMAZELA SANTOS R., *supra* nota 15, 511, e PATTI G. F., *supra* nota 14, 380-381; cfr. anche HASLEHNER W.-PANTAZATOU K., *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures (ATAD & DAC 6)*, Doc. PE 703.353, European Union, 2022, 24.

possa giustificare l'introduzione di un simile meccanismo nei testi di attuazione della direttiva nei singoli ordinamenti nazionali²⁴.

Tuttavia, anche nell'ipotesi che un simile meccanismo trovi diffusa attuazione negli ordinamenti nazionali degli stati membri UE, questioni ulteriori possono sorgere rispetto all'applicazione pratica delle suddette regole. Infatti, nel silenzio della direttiva sull'argomento, non è chiaro se l'annullamento della neutralizzazione del disallineamento, precedentemente operata al verificarsi della deduzione senza inclusione, debba avvenire nella giurisdizione del pagatore o del beneficiario. Da un lato, infatti, l'art. 9, par. 2, lett. (a) della direttiva ATAD prevede che, in caso di D/NI, la deduzione sia negata nella giurisdizione del pagatore - e quindi, come suggerito in dottrina²⁵, sembrerebbe ragionevole che nel momento in cui il pagamento trova inclusione nel reddito del beneficiario sia la giurisdizione del pagatore ad annullare la misura di neutralizzazione del disallineamento precedentemente applicata, ad esempio attraverso un meccanismo di riporto in avanti (*carry-forward*) della componente non dedotta. Dall'altro lato, la giurisdizione del beneficiario è in una posizione migliore per rilevare se e quando il pagamento viene incluso nel reddito del beneficiario "dopo un periodo di tempo ragionevole"²⁶. Esiste quindi il rischio che, in assenza di disposizioni uniformi fra gli stati membri UE con riguardo alle regole di collegamento (*linking rules*) che devono dirimere dette situazioni, possano venirsi a creare situazioni di "circolarità" in cui nessuna delle due giurisdizioni nazionali fornisce disposizioni chiare su quale debba essere la giurisdizione ad annullare la neutralizzazione del disallineamento²⁷. Un rischio analogo esiste altresì nell'ipotesi in cui uno o più paesi membri, ai sensi dell'art. 3

²⁴ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 14, 381

²⁵ Cfr. ad es. TOMAZELA SANTOS R., *supra* nota 15, 512: «*the ATAD 2 should have provided for a carry-forward mechanism, under which the payer would have been permitted to deduct the expense whose deduction was previously denied by the anti-hybrid rule. This deferred deduction designed to avoid economic double taxation would be permitted when the corresponding income is taxed in the payee jurisdiction. This solution would have relieved economic double taxation if the timing mismatch was eliminated*».

²⁶ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 14, 382: «*The payee jurisdiction is the jurisdiction in which the income will be subject to tax "after a reasonable period of time". Such jurisdiction will immediately be able to detect the double taxation and apply a remedy.*

²⁷ Cfr. PARADA L., *Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach*, in Intertax, 2018, 985.

della direttiva ATAD, decida per un “periodo di tempo ragionevole” più breve dei 12 mesi previsti dalla direttiva stessa²⁸.

§4.3 Trasferimenti ibridi

In un tipico caso di disallineamento da strumenti finanziari ibridi, il disallineamento si origina a causa della diversa caratterizzazione dello strumento nelle giurisdizioni delle rispettive parti. Al contrario, nei trasferimenti ibridi la causa del disallineamento è da rintracciarsi nella diversa attribuzione, in base alle giurisdizioni delle rispettive parti, della proprietà dell’attività trasferita fra le parti stesse.

Un caso tipico di trasferimento ibrido è il seguente²⁹. La società Alfa, residente nello stato S1, intende prendere a prestito una determinata somma dalla società Beta, residente nello stato S2. Su suggerimento di Beta, Alfa struttura l’operazione come un prestito obbligazionario. Beta acquisisce la proprietà di un portafoglio di obbligazioni P, impegnandosi a restituire questo portafoglio ad Alfa al termine del periodo del prestito. Inoltre, per tutta la durata del prestito, ogniqualvolta Beta riceverà un pagamento per interessi in base al portafoglio P, Beta pagherà ad Alfa una somma equivalente all’interesse percepito (al netto di eventuali ritenute alla fonte).

In un simile scenario, il disallineamento può verificarsi allorquando S1 ed S2 adottano criteri diversi per individuare la proprietà di P. Ad esempio, si ipotizzi che S1 adotti un approccio sostanziale all’accordo fra Alfa e Beta, considerando quindi l’operazione come un accordo di finanziamento garantito da un sottostante. Al contrario, si ipotizzi che S2 adotti un approccio formale all’accordo fra Alfa e Beta, considerandolo quindi come una cessione di titoli obbligazionari accompagnata da un obbligo di retrocessione a termine.

²⁸ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 14, 383.

²⁹ Lo scenario descritto di seguito riprende fedelmente l’esempio 2.2 descritto nel BEPS Action 2 (*supra* nota 1).

Stante queste condizioni, potrebbero esservi i presupposti affinché S1 e S2 attribuiscono, sotto il profilo fiscale, i rendimenti di P (ossia gli interessi pagati) rispettivamente ad Alfa e Beta. Pertanto, sia Alfa che Beta potrebbero vantare un credito d'imposta estero pari alla ritenuta subita, con conseguente duplicazione dello sgravio fiscale a fronte di un'unica ritenuta alla fonte sugli interessi maturati su P.

Per questo, nonostante il disallineamento non sia imputabile alla “natura” dei flussi sottostanti lo strumento, così come nel caso degli strumenti finanziari ibridi, il BEPS Action 2 raccomanda di includere anche i trasferimenti ibridi nell'ambito oggettivo della fattispecie di disallineamento³⁰. Analogamente, la nuova versione dell'art. 9 della direttiva ATAD, introdotta dalla direttiva ATAD 2, prevede al par. 6 l'inclusione dei trasferimenti ibridi fra le situazioni oggetto della disciplina di contrasto ai disallineamenti da ibridi.

Valgono qui considerazioni analoghe a quanto osservato nel paragrafo precedente con riguardo ai disallineamenti di natura meramente temporale (§ 4.1). In aggiunta ad esse, tuttavia, merita attenzione una previsione specifica della direttiva ATAD, che ha ad oggetto gli operatori finanziari. Fra gli accordi che potrebbero essere qualificati quali trasferimenti ibridi, infatti, potrebbero rientrare anche le attività di prestito titoli (*securities lending*), in quanto queste attività prevedono il temporaneo trasferimento di attività finanziarie a una controparte, con diritto di retrocessione a termine, non diversamente dall'esempio di prestito obbligazionario precedentemente considerato. Poiché queste attività giocano un ruolo importante nel funzionamento del mercato dei capitali³¹, il legislatore comunitario si è preoccupato di prevedere all'art. 2, punto 9), una specifica eccezione, alla disposizione sui trasferimenti ibridi, «qualora il pagamento sia effettuato da un operatore finanziario a titolo di un trasferimento ibrido sul mercato», laddove la figura di “operatore finanziario” è definito

³⁰ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, par. 112.

³¹ Cfr. Banca d'Italia, *Attività di prestito titoli (securities lending)*: «Le Banche centrali dell'Eurosistema hanno pertanto intensificato l'attività di prestito titoli (*securities lending*), che rappresenta un complemento essenziale ai programmi di acquisto di attività finanziarie poiché sostiene la liquidità complessiva del mercato», disponibile su <https://www.bancaditalia.it/compiti/polmon-garanzie/cspp/index.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=102>).

dalla direttiva come «una persona o entità impegnata regolarmente nell'attività di acquisto o vendita di strumenti finanziari per proprio conto a scopo di lucro»³².

Una simile eccezione non è esplicitamente prevista dal BEPS Action 2, il quale tuttavia rileva che eventuali misure volte a neutralizzare il disallineamento causato da trasferimenti ibridi non dovrebbero avere un impatto sulla posizione fiscale di un operatore finanziario³³, in quanto tali operatori generalmente includono nel loro reddito tutti i pagamenti ricevuti in base al trasferimento dell'attività finanziaria. Analogamente, l'art. 2, punto 9), della direttiva ATAD limita la suddetta eccezione al solo caso in cui «la giurisdizione del pagatore imponga all'operatore finanziario di includere nel suo reddito tutti gli importi ricevuti in relazione allo strumento finanziario trasferito».

§4.4 La rilevanza dei termini dello strumento nei disallineamenti da strumenti finanziari ibridi e trasferimenti ibridi

Sia i pagamenti effettuati in base a strumenti finanziari ibridi che i pagamenti effettuati in base ai trasferimenti ibridi rientrano nell'ambito oggettivo della fattispecie di disallineamento da ibridi solo nella misura in cui il disallineamento può essere attribuito ai termini dello strumento finanziario stesso³⁴. Vale tuttavia la pena ricordare che, in base alle raccomandazioni del BEPS Action 2, questo principio non vale nel caso in cui il trasferimento ibrido includa un “pagamento sostitutivo”, ossia una somma corrisposta dal detentore temporaneo dell'asset al prestatore a titolo di sostituzione degli interessi pagati dai titoli obbligazionari (o dei dividendi pagati dai titoli azionari) oggetto del trasferimento ibrido in

³² Cfr. Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries (ATAD 2) – Explanation of Changes to Article 9(4)(b) and (c)*, doc. 15308/16 FISC 230 ECOFIN 1168, 2016, 4: «*In order to avoid unintended impacts in respect of the securities lending market the directive provides that Member States may exclude from the scope of the directive, a payment that is made by a financial trader under a hybrid transfer where that hybrid transfer has been entered into in the ordinary course of a business of borrowing or lending securities*». Sul punto cfr. anche PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 2, 36-37.

³³ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, esempi 1.32 e 1.33.

³⁴ Cfr. *ibid*, par. 14.

questione. In questo caso, infatti, il BEPS Action 2 raccomanda di includere il pagamento sostitutivo nell'ambito oggettivo della fattispecie di disallineamento a prescindere dal fatto che esso sia o meno attribuibile ai termini dello strumento finanziario³⁵, a condizione che il pagamento diretto a titolo dello strumento finanziario (ossia quello sostituito dal pagamento sostitutivo) avrebbe causato una deduzione senza inclusione (D/NI) o, comunque, un disallineamento³⁶.

Al fine di verificare se il disallineamento è o meno attribuibile ai termini dello strumento finanziario, il BEPS Action 2 suggerisce di confrontare il trattamento fiscale del pagamento nella situazione in esame con quello che sarebbe il trattamento fiscale del pagamento stesso in condizioni "normali", attraverso un test controfattuale³⁷. Se da questo test emerge che il disallineamento è attribuibile non ai termini dello strumento finanziario bensì ad altri termini (ad esempio allo status delle parti sotto il profilo fiscale), allora la situazione in oggetto non è da ritenersi inclusa nell'ambito oggettivo della fattispecie di disallineamento.

Si consideri, a titolo illustrativo, la seguente situazione³⁸. Alfa, una società residente nello stato S1, possiede l'intero capitale di Beta, società residente nello stato S2. Alfa presta denaro a Beta, e conseguentemente Beta corrisponde ad Alfa un tasso d'interesse di mercato pagato in via posticipata con cadenza semestrale. La giurisdizione di S2 considera i pagamenti di interesse come una spesa deducibile per Beta, mentre la giurisdizione di S1 segue un principio di tassazione puramente territoriale (non *worldwide*) e non assoggetta ad

³⁵ Cfr. *ibid*, par. 26.

³⁶ Cfr. *ibid*, raccomandazione 1.2, lett. e).

³⁷ Cfr. *ibid*, par. 95: «*One way of testing for whether a mismatch is attributable to the terms of the instrument is to pose a counterfactual test that asks whether the terms of the instrument were sufficient to bring about the mismatch in tax outcomes. This can be done by contrasting the parties' actual tax treatment with what it would have been if the instrument had been held directly and both the payer and payee were ordinary taxpayers that computed their income and expenditure in accordance with the ordinary rules applicable to taxpayers of the same type*».

³⁸ Cfr. *ibid*, esempio 1.7

imposta redditi di fonte estera, quale ad esempio il dividendo pagato ad Alfa dalla sua controllata Beta³⁹.

L'accordo fra Alfa e Beta realizza certamente un disallineamento, in quanto alla componente di reddito dedotta da Beta non fa seguito alcuna inclusione della componente medesima nel reddito di Alfa. Tuttavia, tale disallineamento non è attribuibile ai termini dello strumento finanziario stesso, come sarebbe invece se, ad esempio, S1 adottasse un principio di *worldwide taxation* ma considerasse il prestito da Alfa a Beta come uno strumento di capitale invece che di debito. Al contrario, il disallineamento è causato dal regime fiscale puramente territoriale di S1, che non assoggetta i redditi di Alfa di fonte estera a prescindere dalla loro natura. In altri termini, anche applicando il test controfattuale di cui sopra, il trattamento fiscale in capo ad Alfa non cambierebbe.

È importante rilevare tuttavia come, in base al BEPS Action 2, il test controfattuale è superato (ossia il disallineamento è ritenuto attribuibile ai termini dello strumento finanziario) anche se il disallineamento è attribuibile *non solo* ai termini dello strumento finanziario. In altri termini, perché il test possa ritenersi non superato, è necessario che il disallineamento sia attribuibile *soltanto* ad altri termini (ad esempio, allo status delle parti sotto il profilo fiscale). Riprendendo l'esempio di cui sopra, se S1 adottasse un regime fiscale territoriale "spurio", che preveda l'assoggettamento ad imposta dei redditi di fonte estera solo a certe condizioni dipendenti dai termini dello strumento finanziario in oggetto, allora il pagamento da Beta ad Alfa ricadrebbe nell'ambito oggettivo della fattispecie di disallineamento da ibridi in base al BEPS Action 2⁴⁰.

Anche la direttiva ATAD contiene una disposizione simile con riguardo agli strumenti finanziari ibridi e ai trasferimenti ibridi, ma la definizione adottata si discosta dal *report* OCSE e, per certi versi, introduce ulteriori ambiguità. Infatti, in base all'art. 2, punto 9), della direttiva ATAD, un pagamento effettuato in base a uno strumento finanziario ibrido o a un

³⁹ Si assuma inoltre che Alfa non abbia stabili organizzazioni in S2 a cui il pagamento di Beta potrebbe essere attribuito.

⁴⁰ Cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 2, 27.

trasferimento ibrido rientra nell'ambito oggettivo della direttiva solo se «il disallineamento è imputabile a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del pagamento effettuato a tale titolo».

Questa definizione, come anticipato, introduce profili di ambiguità almeno sotto due aspetti. Da un lato, infatti, sarebbe probabilmente stato preferibile il ricorso ad un'espressione come “trattamento fiscale” (*tax treatment*) piuttosto che “qualificazione” (*characterisation*) nel contesto della direttiva. Dall'altro lato, mentre la raccomandazione del BEPS Action 2 stabilisce che le regole previste per strumenti finanziari ibridi e trasferimenti ibridi «*only apply where and to the extent the mismatch is attributable to the terms of the instrument*»⁴¹, il testo della direttiva fa riferimento a differenze nella qualificazione dello strumento finanziario o del pagamento effettuato a tale titolo, aprendo alla possibilità che, anche nel caso in cui le differenze nella qualificazione del pagamento non sono, esse stesse, attribuibili ai termini dello strumento finanziario, il pagamento possa comunque essere considerato un disallineamento da ibridi⁴². È pur vero che, in base ai *consideranda* della direttiva ATAD 2, non dovrebbero rientrare nell'ambito oggettivo della direttiva i disallineamenti dovuti «esclusivamente allo status fiscale del beneficiario o al fatto che lo strumento è soggetto ai termini di un regime speciale»⁴³, così come le «differenze di risultati fiscali imputabili alle sole differenze nel valore attribuibile a un pagamento, anche mediante l'applicazione di prezzi di trasferimento»⁴⁴. Queste esclusioni non hanno tuttavia trovato esplicita menzione nell'articolato della direttiva stessa.

Manca inoltre nella direttiva ATAD un riferimento esplicito al concetto di “pagamento sostitutivo”, e alle condizioni ulteriori previste dalla Raccomandazione 1.2 del BEPS Action 2 con riguardo al pagamento sostituito⁴⁵.

⁴¹ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, par. 26.

⁴² Su entrambi gli aspetti, cfr. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 2, 38-39.

⁴³ *Considerandum* 16 della direttiva ATAD 2.

⁴⁴ *Considerandum* 22 della direttiva ATAD 2.

⁴⁵ Cfr. MAZZA N.-SENCAR D., *I disallineamenti da ibridi*, in AVOLIO D. (a cura di), *Fiscalità internazionale e dei gruppi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 1034-1035.

§4.5 Entità ibride

Il BEPS Action 2 introduce il *report* con la seguente affermazione: «*Hybrid mismatch arrangements exploit differences in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to achieve double non-taxation, including long-term deferrals*»⁴⁶. Se quindi è possibile, come descritto nei paragrafi precedenti del presente capitolo, realizzare una fattispecie di disallineamento attraverso strumenti finanziari ibridi, risultati analoghi possono essere prodotti anche da *entità ibride*.

Una definizione esplicita del termine non è riscontrabile nel BEPS Action 2. Al contrario, l'articolo 2, punto 9), della direttiva ATAD, così come modificato dalla ATAD 2, definisce "entità ibrida" «qualsiasi entità o accordo considerato, a norma delle leggi di una giurisdizione, un'entità imponibile e i cui redditi e spese sono considerati redditi o spese di un'altra o di varie altre persone a norma delle leggi di un'altra giurisdizione».

In linea generale, quindi, le entità ibride sono entità la cui classificazione a fini fiscali - ossia la cui qualificazione sotto il profilo della soggettività passiva tributaria⁴⁷ - è differente in due o più giurisdizioni⁴⁸. In particolare, si distinguono generalmente due tipologie di entità ibrida: *entità ibride dirette* (o "in senso proprio"), ossia quelle entità considerate fiscalmente opache nello stato di residenza o costituzione dell'entità e fiscalmente trasparenti nello stato di residenza dell'investitore; ed *entità ibride inverse*, ossia quelle entità considerate

⁴⁶ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, 11.

⁴⁷ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 2022, 11.

⁴⁸ Cfr. BREUER A.-VERHOOG M., *Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties*, in *Intertax*, 2016, 684; KAHLBERG C., *Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief – Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?*, in *Intertax*, 2016, 148. In senso analogo cfr. anche l'art. 6 co. 1 lett. i) del DLgs. 142/2018 (cd. "Decreto ATAD"), che definisce l'entità ibrida come «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» (cfr. §6.2).

fiscalmente trasparenti nello stato di residenza o costituzione dell'entità e fiscalmente opache nello stato di residenza dell'investitore⁴⁹.

Alla luce di questa distinzione, potrebbe sembrare normale ipotizzare una disciplina comune per tutte le entità ibride, siano esse dirette o inverse. Ed in effetti questo era l'approccio seguito dall'articolo 9 della direttiva ATAD nella sua formulazione originale, che prevedeva una suddivisione dell'ambito oggettivo della disciplina fra disallineamenti con doppia deduzione (D/D) e disallineamenti con deduzione senza inclusione (D/NI), senza prevedere disposizioni specifiche per disallineamenti causati da entità ibride dirette piuttosto che entità ibride inverse.

L'approccio del BEPS Action 2 presenta ulteriori sfumature ma, in ultima analisi, non si discosta significativamente dall'approccio seguito dalla direttiva ATAD 1. Più precisamente, il BEPS Action 2 distingue, nella sua trattazione, entità ibride dirette ed entità ibride inverse, sulla base della considerazione, sviluppata nel *Public Draft* che ha preceduto il *Final Report*, che l'elemento ibrido assume una forma diversa nelle due diverse situazioni. Sebbene in entrambi i casi si possa pervenire a un esito di deduzione senza inclusione (D/NI), infatti, tale esito è realizzato in maniera differente nelle entità ibride dirette e in quelle inverse.

Nel caso di un'entità ibrida diretta, infatti, la D/NI è generalmente causata da un pagamento effettuato dall'entità ibrida all'investitore. Si assuma, a titolo esemplificativo⁵⁰, che Alfa, una società residente nello stato S1, presti una somma alla società Beta, residente nello stato S2. Beta è considerata un'entità fiscalmente opaca in S2, ma è considerata

⁴⁹ La realtà del fenomeno può tuttavia talvolta rivelare ulteriori sfumature e complessità. Ad esempio, esistono giurisdizioni che ammettono forme di “trasparenza fiscale parziale”, in base a cui solo una parte del reddito dell'entità è soggetto a imposizione in capo all'entità stessa, mentre la restante parte è attribuita per trasparenza ai soci o investitori dell'entità stessa. Sul punto cfr. PARADA L., *supra* nota 27, 974. Infatti, una delle raccomandazioni del BEPS Action 2 con riguardo alle modifiche dei trattati contro le doppie imposizioni riguarda appunto le entità parzialmente trasparenti, cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, par. 435.

⁵⁰ L'esempio che segue riprende quello illustrato in OECD, *Public Discussion Draft. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, Paris, 2014, par. 175-176.

un'entità fiscalmente trasparente per la giurisdizione di S1. Poiché Beta è fiscalmente opaca nel suo stato di residenza, essa potrà portare in deduzione gli interessi passivi sul prestito da Alfa. Tuttavia, poiché S1 considera Beta un'entità trasparente, Alfa ignorerà tanto il prestito effettuato nei confronti di Beta, quanto gli interessi corrisposti da Beta, senza includerli nel proprio reddito.

Al contrario, nel caso di un'entità ibrida inversa, la causa del disallineamento è generalmente un pagamento effettuato all'entità ibrida, non dall'entità ibrida stessa. Si considerino le società Alfa e Beta dell'esempio precedente. Questa volta, tuttavia, Beta presta una somma ad una terza società Gamma, situata in un altro stato S3 e fiscalmente opaca per la giurisdizione di S3. A differenza dell'esempio precedente, si assuma inoltre che questa volta Beta sia fiscalmente trasparente nel suo stato di residenza S2, e che sia invece considerata fiscalmente opaca dalla giurisprudenza di S1 dove è residente Alfa. Gli interessi pagati da Gamma saranno da questa dedotti, ma a tale deduzione non corrisponderà un'inclusione di tale componente di reddito, né in Beta (in quanto soggetto fiscalmente trasparente per la propria giurisdizione), né in Alfa (la cui giurisdizione, considerando Beta un soggetto fiscalmente opaco, assumerà che detta componente sia già inclusa nel reddito di Beta)⁵¹.

Detto ciò, tuttavia, le raccomandazioni del BEPS Action 2 assimilano, sostanzialmente, le due diverse tipologie di entità ibride alla generalità dei disallineamenti da ibridi, ossia senza prevedere disposizioni specifiche bensì applicando ad esse le regole generali previste per D/D e D/NIF⁵², come già visto per quanto concerne la direttiva ATAD 1.

In realtà, tuttavia, un approccio comune alle due situazioni risulta difficilmente perseguibile nel contesto della direttiva ATAD, alla luce del suo ambito di applicazione soggettivo. L'articolo 1 della direttiva ATAD, infatti, limita l'ambito soggettivo della disciplina anti-ibridi ai soli soggetti passivi d'imposta sulle società (§3.1). Non solo, ma il

⁵¹ Cfr. *ibid*, par. 198-199.

⁵² Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, par. 144 e 183. Per una trattazione più approfondita delle regole generali di neutralizzazione dei disallineamenti, cfr. §5.1.

considerandum 4 della direttiva ATAD 1 escludeva esplicitamente che le disposizioni della direttiva potessero applicarsi ad altri soggetti: «Considerando che ciò comporterebbe la necessità di coprire una gamma più ampia di imposte nazionali, non è auspicabile estendere l'ambito di applicazione della presente direttiva alle categorie di entità non assoggettate all'imposta sulle società in uno Stato membro ovvero, in particolare, le entità trasparenti». Di qui quindi il dubbio, sollevato in dottrina, che le entità ibride inverse sfuggissero all'ambito soggettivo della direttiva ATAD 1⁵³.

Pertanto, non solo la direttiva ATAD 2 ha introdotto una disposizione - l'articolo 9-bis - specificatamente per disciplinare le situazioni che coinvolgono entità ibride inverse, ma il *considerandum* 8 della stessa direttiva sottolinea esplicitamente che «Le norme sui disallineamenti da ibridi inversi dovrebbero applicarsi a tutte le entità trattate come trasparenti a fini fiscali da uno Stato membro». L'unicità di questa norma, rispetto alle norme generali disposte per i disallineamenti da ibridi, è peraltro evidenziata dalla stessa Commissione nei documenti di lavoro che hanno preceduto la direttiva ATAD 2: «*Reverse hybrid rules are special rules within the OECD report on Action 2 that do not fall within hybrid mismatch rules: for this reason a separate Article is clearer*»⁵⁴. Sulle disposizioni dell'articolo 9-bis della direttiva e sul loro rapporto con le raccomandazioni del BEPS Action 2 si tornerà nel successivo capitolo 5 del presente lavoro.

§4.6 Stabili organizzazioni ibride. Profili generali.

Può accadere che alcuni degli elementi ibridi fin qui esaminati siano il risultato di una decisione dell'amministrazione finanziaria, piuttosto che di una volontà delle parti risultante da un accordo stipulato fra le stesse - si pensi, ad esempio, al caso delle società di fatto. In generale, tuttavia, tanto gli strumenti finanziari ibridi quanto le entità ibride, dirette o inverse

⁵³ Cfr. . FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in EC Tax Review, 2017, 157.

⁵⁴ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, WK 1254/2016 INIT, 2016, 15.

che siano, sono il prodotto di un accordo fra le parti interessate - tipicamente sotto forma di contratto⁵⁵.

Al contrario, una stabile organizzazione è qualcosa che necessariamente non nasce mai quale esclusivo prodotto della volontà delle parti, bensì sono una fattispecie attribuita dall'amministrazione finanziaria di una giurisdizione a una situazione di fatto sulla base di norme interne, spesso di fonte convenzionale. È certamente possibile che sia volontà delle parti pervenire a detta situazione di fatto - ad esempio, le parti potrebbero tenere conto dello status di stabile organizzazione e dei suoi effetti fiscali previsti nei pagamenti sottostanti a uno o più accordi raggiunti fra essi. Tuttavia, in linea generale, un contratto non può esplicitamente costituire una stabile organizzazione nello stesso senso giuridico in cui esso può costituire, ad esempio, una società a responsabilità limitata di diritto italiano.

Questa premessa è utile per comprendere in quale senso, e in quali modalità, una stabile organizzazione può essere causa di disallineamenti da ibridi. Anche in questo caso, infatti, il disallineamento si realizza in un contesto transnazionale che coinvolge due soggetti - che ai fini di analisi identifichiamo come Alfa e Beta- residenti in due giurisdizioni diverse, rispettivamente S1 ed S2. La differenza, rispetto alle situazioni precedente considerate in questo capitolo, è duplice. Da un lato, uno dei due soggetti - ossia Alfa, negli esempi di seguito - ha una presenza in una terza giurisdizione S3, che può o meno costituire una stabile organizzazione di Alfa in S3. Dall'altro lato, il disaccordo fra le giurisdizioni S1 ed S2 non verte, come nel caso degli strumenti finanziari o delle entità, sulla qualificazione dell'elemento ibrido, bensì su: (1) l'esistenza, o meno, della stabile organizzazione di Alfa sotto il profilo giuridico-fiscale, e (2) l'attribuibilità a detta stabile organizzazione, piuttosto che alla casa madre Alfa, di un determinato pagamento.

⁵⁵ Sugli strumenti finanziari ibridi, cfr. ad es. PEETERS B.-VANNESTE L., *supra* nota 2, 22.: «*the scope of the hybrid mismatch rules particularly seems to focus on 'contracts' between two or more parties that are legally binding and enforceable in front of a Court*».

Sia in dottrina che nella direttiva ATAD⁵⁶⁵⁷, sono identificate tre principali tipologie di situazioni, che coinvolgono una stabile organizzazione, suscettibili di causare un disallineamento da ibridi.

Una prima situazione (cd. *disregarded permanent establishment*) può verificarsi allorquando, nello scenario precedentemente delineato, Alfa effettua un prestito a favore di Beta tramite la sua presenza in S3, a fronte di cui Beta corrisponde un interesse ad Alfa. Tuttavia, se da un lato la giurisdizione di S1 considera la presenza di Alfa in S3 come una stabile organizzazione di Alfa, S3 al contrario valuta tale presenza insufficiente a configurare una stabile organizzazione di Alfa sulla base delle proprie norme interne. Pertanto, da un lato, Alfa non includerà gli interessi pagati da Beta nel proprio reddito in quanto, in base alle norme di S1, tale interesse è attribuito alla stabile organizzazione in S3. Dall'altro lato, S3 non riconosce l'esistenza di una stabile organizzazione di Alfa sul proprio territorio, e pertanto non considera l'interesse pagato da Beta imponibile nella propria giurisdizione.

Una seconda situazione di disallineamento (cd. *diverted permanent establishment*) può verificarsi nelle stesse condizioni di cui sopra se invece il disaccordo fra la giurisdizione di Alfa e quella della sua stabile organizzazione non riguarda l'esistenza o meno di una stabile organizzazione di Alfa in S3, bensì l'attribuibilità (ad Alfa piuttosto che alla stabile organizzazione) dell'interesse pagato da Beta - ad esempio, nel caso in cui S1 ritenga che l'interesse in questione sia da attribuire alla stabile organizzazione in S3 mentre S3 ritiene che detto pagamento sia da attribuire alla casa madre Alfa in S1. In ogni caso, l'esito è

⁵⁶ Cfr. art. 2, punto 9, lett. c), d), f), così come modificato dalla direttiva ATAD 2.

⁵⁷ A differenza dei disallineamenti causati da strumenti finanziari ibridi ed entità ibride, i disallineamenti causati da stabili organizzazioni ibride non sono oggetto di una trattazione diretta all'interno del BEPS Action 2, benché tali situazioni possano produrre deduzioni senza inclusione e doppie deduzioni in maniera analoga a quanto già visto con riguardo a strumenti finanziari ibridi ed entità ibride. Invece, i disallineamenti causati da stabili organizzazioni sono stati oggetto di un documento successivo (OECD, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2017). Dato che tuttavia le raccomandazioni OCSE in questo caso non si discostano significativamente dalle disposizioni della direttiva ATAD, si è scelto in questa sede di focalizzare la trattazione sulla normativa comunitaria.

analogo al caso precedente: l'interesse pagato è dedotto da Beta, ma non incluso nel reddito di Alfa, né in quello della sua stabile organizzazione.

Infine, è possibile altresì che la causa del disallineamento sia non un pagamento effettuato dal soggetto terzo Beta, bensì un pagamento nozionale (*deemed payment*) effettuato dalla stabile organizzazione di Alfa alla casa madre. Un esempio tipico di questo genere di situazione si verifica nel caso in cui Alfa eroghi un servizio a Beta attraverso la propria stabile organizzazione e detta stabile organizzazione sfrutti *asset* immateriali di Alfa per fornire il servizio a Beta. La stabile organizzazione, conseguentemente, corrisponde alla casa madre Alfa un pagamento nozionale a titolo di *royalty*. Tuttavia, si assuma che la giurisdizione in cui Alfa è residente attribuisca invece la proprietà degli *asset* in questione alla stabile organizzazione, disconoscendo quindi il pagamento figurativo in questione. Il risultato, anche qui, è una deduzione dal reddito della stabile organizzazione di Alfa della *royalty* a fronte di nessuna inclusione di detto pagamento nel reddito della casa madre.

Poiché tuttavia quest'ultima tipologia solleva problematiche, e richiede soluzioni, sostanzialmente diverse rispetto a quelle di un *diverted* o *disregarded permanent establishment*, si rinvia ad un paragrafo separato (§4.9) per la trattazione delle stesse.

§4.7 Stabili organizzazioni ibride. Problemi interpretativi delle disposizioni ATAD.

Le disposizioni della direttiva ATAD con riguardo alle stabili organizzazioni prestano il fianco ad alcune criticità interpretative. Due in particolare meritano considerazione in questa sede: l'individuazione della giurisdizione del beneficiario e l'applicabilità di dette disposizioni nel caso in cui una o più delle giurisdizioni coinvolte siano di stati non membri UE.

Con riguardo al primo punto, si noti anzitutto come tanto i disallineamenti causati da un *diverted permanent establishment* quanto quelli causati da un *disregarded permanent establishment* si concretizzano in una deduzione senza inclusione (D/NI), la cui definizione,

in base alla direttiva ATAD così come alle raccomandazioni del BEPS Action 2, necessita l'individuazione della giurisdizione del pagatore e della giurisdizione del beneficiario (§2.5). Tuttavia, in un caso di *diverted* o *disregarded permanent establishment* come quelli sopra considerati, se da un lato è pacifica l'individuazione in Beta del pagatore, altrettanto non può dirsi dell'individuazione del beneficiario, che potrebbe essere tanto Alfa quanto la sua stabile organizzazione.

Né è di aiuto la definizione di “giurisdizione del beneficiario” fornita dalla direttiva stessa, ossia «qualsiasi giurisdizione in cui il pagamento [...] è ricevuto o si ritiene ricevuto a norma delle leggi di qualsiasi altra giurisdizione», poiché manca un accordo fra le giurisdizioni di S1 ed S3 su quale sia il beneficiario del pagamento effettuato da Beta.⁵⁸ L'applicazione della definizione in questione resta pertanto ambigua, con il rischio di una non tassazione o di una doppia tassazione del pagamento effettuato da Beta (§5.4).

Venendo invece al secondo punto precedentemente anticipato, occorre considerare l'ipotesi in cui una o più delle giurisdizioni S1, S2 ed S3 di cui agli esempi precedenti (§4.6) siano di stati non membri UE. Da un lato, se ad essere situate al di fuori dell'Unione fossero le giurisdizioni S2 (giurisdizione del pagatore Beta) ed S3 (giurisdizione della stabile organizzazione di Alfa), è pacifico ritenere che questo caso rientrerebbe nell'ambito di applicazione oggettivo dell'art. 9, par. 5, della direttiva ATAD, in quanto essa richiede che, a neutralizzare il disallineamento, sia lo stato di residenza del contribuente la cui stabile organizzazione è disconosciuta (ossia Alfa nell'esempio di cui sopra)⁵⁹.

Diverso è il caso in cui le uniche giurisdizioni comunitarie siano S2 ed S3 - ossia il caso in cui l'unica giurisdizione extra UE coinvolta nel disallineamento sia quella della casa madre Alfa. È evidente che, in questo caso, non può trovare applicazione l'art. 9, par 5, della direttiva in quanto esso si applica solo allo stato in cui è residente la casa madre. Tuttavia,

⁵⁸ Cfr. PANCHAM S., *Permanent Establishment Mismatches under ATAD II*, in PISTONE P.-WEBER D., *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, Amsterdam, 2018, 422. A tale riguardo, l'autore osserva: «From a civil law perspective, it can be argued that the head office state is the payee jurisdiction because the entity legally receiving the interest income will generally be subject to the laws of that state. However, it is unclear whether this should be regarded as the correct approach».

⁵⁹ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 14, 407.

occorre altresì ricordare che ciò non esclude l'applicazione delle disposizioni generali di cui al par. 2 del medesimo art. 9. Come infatti illustrato nel *considerandum* 29 della direttiva ATAD 2⁶⁰, gli ambiti di applicazione oggettivi dei due paragrafi possono sovrapporsi. E se, da un lato, il *considerandum* in questione precisa la prevalenza della disposizione di cui al par. 5, dall'altro non esclude che, nel caso in cui la situazione in esame ricada al di fuori dell'ambito del par. 5, non possano invece trovare applicazione le disposizioni generali del suddetto par. 2⁶¹.

Più difficile è pervenire a una risposta se, al contrario, la sola giurisdizione comunitaria nell'esempio di cui sopra è S3, ossia la giurisdizione della stabile organizzazione, mentre le giurisdizioni della casa madre Alfa e del pagatore Beta sono entrambe extra UE. Un'interpretazione letterale dell'art. 1, par. 1, della direttiva ATAD («La presente direttiva si applica a tutti i contribuenti che sono soggetti all'imposta sulle società in uno o più Stati membri, comprese le stabili organizzazioni situate in uno o più Stati membri di entità residenti a fini fiscali in un paese terzo») suggerirebbe una risposta affermativa alla questione.

D'altro canto, occorre ricordare quanto detto circa la natura non pattizia della stabile organizzazione (§4.6), la quale esiste solo nella misura in cui la sua esistenza è riconosciuta dalla giurisdizione di uno stato. L'art. 1 della direttiva ATAD, tuttavia, non chiarisce in base alla giurisdizione di quale stato la stabile organizzazione è ritenuta sussistente, e in dottrina sono stati sollevati dubbi circa l'applicabilità di detto articolo al caso in cui la stabile organizzazione non sia riconosciuta in base alle disposizioni di alcuno stato membro UE. Anche nel caso in cui si concedesse che tale caso ricada nell'ambito di applicazione della direttiva, infatti, non è chiaro come uno stato membro possa applicare le eventuali misure di

⁶⁰ «Le norme sui disallineamenti da ibridi di cui all'articolo 9, paragrafi 2 e 2, si applicano solo nella misura in cui la situazione in cui il contribuente è coinvolto genera un disallineamento. Non dovrebbe verificarsi un disallineamento se l'accordo è soggetto ad adeguamento a norma dell'articolo 9, paragrafo 5, o dell'articolo 9 *bis* e, di conseguenza, gli accordi soggetti ad adeguamento a norma di tali parti della presente direttiva non dovrebbero essere assoggettati ad alcun ulteriore adeguamento ai sensi delle norme sui disallineamenti da ibridi.

⁶¹ Cfr. Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 14, 407.

neutralizzazione (§5.4) ad un contribuente la cui esistenza (e, conseguentemente, la cui base imponibile) non è riconosciuta dalla propria giurisdizione⁶².

Infine, un'ulteriore difficoltà al riguardo può sollevarsi se, fra gli stati S1 ed S3, è stato stipulato un trattato contro le doppie imposizioni. Poiché tuttavia le difficoltà interpretative in questo caso sono correlate all'applicazione delle misure di neutralizzazione del disallineamento, più che ai confini dell'ambito oggettivo della disciplina, si rimanda per una loro discussione al successivo capitolo (§5.4).

§4.8 Pagamenti nozionali alla stabile organizzazione. La Royalty Sara Creek Structure.

Come osservato in precedenza (§4.6), una stabile organizzazione può causare un disallineamento anche nella circostanza in cui essa versi alla casa madre un pagamento nozionale (*deemed payment*) per servizi resi a un terzo soggetto per mezzo di *asset* di proprietà della casa madre. Tuttavia, sebbene l'art. 2, punto 9), lett. f) della direttiva ATAD sembri considerare questo scenario solo nell'ipotesi in cui il pagamento fra stabile organizzazione e casa madre abbia natura meramente nozionale, potrebbe darsi il caso che tale pagamento sia effettivamente effettuato dalla stabile organizzazione, e non è chiaro se una simile situazione ricadrebbe comunque nell'ambito di applicazione oggettivo della direttiva.

Un esempio in tal senso è stato offerto dalla cd. "*Royalty Sara Creek Structure*". In questo tipo di scenario, la casa madre Alfa è ancora la proprietaria degli *asset* intangibili utilizzati dalla stabile organizzazione per fornire servizi a un terzo soggetto Beta. Tuttavia, la stabile organizzazione non è di Alfa, bensì di una società Gamma controllata, residente nella stessa giurisdizione S1 di Alfa, controllata da Alfa e inclusa da quest'ultima in un consolidato fiscale. Si assuma inoltre, come è il caso nella struttura in questione, che a seguito del consolidamento fiscale Gamma sia considerata fiscalmente trasparente nella

⁶² Cfr. *ibid*, p. 408.

giurisdizione di residenza, ma che resti un'entità fiscalmente opaca dal punto di vista della giurisdizione in cui è sita la stabile organizzazione.

Dal punto di vista della giurisdizione in cui risiede la stabile organizzazione, Gamma è fiscalmente opaca, per cui il pagamento corrisposto a titolo di *royalty* dalla stabile organizzazione è considerato deducibile. Tuttavia, la giurisdizione di residenza della casa madre considera Gamma fiscalmente trasparente, e quindi non considera il pagamento da Gamma ad Alfa rilevante a fini fiscali. Il risultato è che, alla deduzione operata dalla stabile organizzazione di Gamma, non corrisponde alcuna inclusione nel reddito del consolidato fiscale. Tuttavia, poiché il pagamento effettuato dalla stabile organizzazione non è meramente nozionale, sembrerebbe che questo caso non rientrerebbe nell'ambito di applicazione oggettivo della direttiva.

D'altro canto, è stato giustamente osservato in dottrina⁶³ come tale situazione potrebbe essere considerata un caso di entità ibrida diretta piuttosto che di stabile organizzazione ibrida, in quanto il disallineamento è effettivamente causato dal fatto che le giurisdizioni S1 (di residenza di Alfa e Gamma) e S3 (di residenza della stabile organizzazione) sono in disaccordo sulla qualificazione di Gamma sotto il profilo fiscale.

§4.9 Disallineamenti da doppia residenza.

In linea generale, la doppia residenza di un soggetto può essere causa di disallineamento allorquando entrambe le giurisdizioni degli stati di residenza del soggetto consentano a quest'ultimo di operare una deduzione su un pagamento effettuato e a tale doppia deduzione non consegua una successiva doppia inclusione in un reddito imponibile.

Ad esempio⁶⁴, si supponga che la società Alfa e la società Beta siano entrambe residenti nello stato S1 e che siano fiscalmente consolidate dal punto di vista della giurisdizione di S1. Tuttavia, Beta è anche residente nello stato S2. Beta, inoltre, controlla interamente la società

⁶³ Cfr. PANCHAM S, *supra* nota 58, 435.

⁶⁴ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 1, esempio 7.1.

Gamma, anch'essa residente in S2. Gamma è una società fiscalmente trasparente per S2, ma fiscalmente opaca per S1 (ossia è un'entità ibrida inversa dal punto di vista di S1).

Si assuma quindi che Beta prenda a prestito una somma di denaro da una banca e che conseguentemente corrisponda alla stessa un pagamento a titolo di interessi. In S1, Beta è fiscalmente consolidata con Alfa, per cui Alfa potrà dedurre il pagamento dalla propria base imponibile. In S2, Beta potrà a sua volta dedurre il pagamento dalla base imponibile di Gamma, poiché Gamma è fiscalmente trasparente in S2. Si realizza quindi una doppia deduzione (D/D) del pagamento di interessi effettuato da Beta - interessi che tuttavia non troveranno una doppia inclusione nel reddito della banca che ha effettuato il prestito a favore di Beta.

Tuttavia, le misure raccomandate dal BEPS Action 2 per la neutralizzazione delle doppie deduzioni, così come le disposizioni della direttiva ATAD in proposito, non si prestano ad un'applicazione al caso dei disallineamenti da doppia residenza. Sia il *policy maker* OCSE che il legislatore comunitario hanno quindi previsto una disciplina separata per questa tipologia di elemento ibrido. Si rimanda la trattazione di questo punto al capitolo successivo (§5.6).

§4.10 Ibridi importati

In tutte le situazioni fin qui considerate nel presente capitolo, le giurisdizioni coinvolte nel disallineamento causato dall'accordo transnazionale che ha ad oggetto l'elemento ibrido considerato sono: la giurisdizione del pagatore, la giurisdizione del beneficiario, e - nel caso dei disallineamenti provocati da una stabile organizzazione ibrida - la giurisdizione della stabile organizzazione.

L'individuazione dell'ambito di applicazione (oggettivo piuttosto che soggettivo) della fattispecie di disallineamento è prodromica all'applicazione delle misure finalizzate alla neutralizzazione di detto disallineamento (§5.1 e ss.). Tuttavia, occorre considerare che, da un lato, le raccomandazioni contenute nel BEPS Action 2 non sono vincolanti, neppure nei

confronti degli stati membri OCSE; dall'altro lato, le disposizioni della direttiva ATAD sono vincolanti solo nei confronti degli stati membri UE. In assenza di disposizioni specifiche, sarebbe pertanto possibile che, ad esempio, il contribuente di uno stato membro UE ottenesse il beneficio di un disallineamento da ibridi senza che l'accordo transnazionale che ha direttamente ad oggetto l'elemento ibrido causa del disallineamento coinvolga la giurisdizione di uno stato membro UE.

A titolo illustrativo, si consideri un semplice caso di disallineamento da strumento finanziario ibrido: la società Alfa, residente nello stato S1, finanzia la società Beta, residente nello Stato S2 attraverso uno strumento finanziario F. In base ai termini di F, Beta corrisponde un pagamento ad Alfa. La giurisdizione di S1 considera F uno strumento di capitale, mentre quella di S2 considera F uno strumento di debito, per cui Beta deduce il pagamento (assimilando detto pagamento a un interesse passivo), mentre Alfa non include il pagamento nella sua base imponibile (assimilando detto pagamento a un dividendo esente). Tuttavia, che né S1 né S2 abbiano adottato disposizioni anti-ibridi e, pertanto, il disallineamento così causato non è neutralizzato. Beta, a sua volta, utilizza la somma ricevuta per finanziare, attraverso un prestito, una terza società Gamma, residente nello stato S3, che a differenza di S1 ed S2 ha adottato disposizioni anti-ibridi. Gamma corrisponderà a Beta un pagamento a titolo di interesse sul prestito stesso.

L'accordo fra Beta e Gamma di cui sopra cade chiaramente al di fuori dell'ambito di applicazione oggettivo degli elementi ibridi fin qui considerati - il pagamento effettuato da Gamma nei confronti di Beta è infatti dedotto da Gamma e conseguentemente incluso nella base imponibile di Beta. D'altro canto, se una simile operazione non fosse oggetto di specifiche disposizioni, sarebbe possibile per i contribuenti di uno stato, che ha adottato disposizioni anti-ibridi, realizzare nella sostanza gli effetti fiscali di un disallineamento senza violare le disposizioni di detto stato, semplicemente trasferendo l'elemento ibrido in giurisdizioni dove il disallineamento non è oggetto di neutralizzazione. A tutti gli effetti, Gamma "importa" il disallineamento, originariamente prodotto nelle giurisdizioni S1 ed S2, nella propria giurisdizione S3.

Il BEPS Action 2 ha pertanto previsto raccomandazioni specifiche per neutralizzare questi cd. “ibridi importati” (*imported mismatches*)⁶⁵, nella misura in cui tali disallineamenti si realizzano fra membri dello stesso gruppo di controllo (§3.2) o come parte di un accordo strutturato (§3.4). Allo stesso modo, la direttiva ATAD 2 ha introdotto, all’art. 9, par. 3, della direttiva, una specifica disposizione con riguardo agli ibridi importati nella misura in cui essi coinvolgono imprese associate (§3.2) o accordi strutturati.

Se, però, la *ratio* sottostante l’introduzione di dette raccomandazioni o disposizioni è *prima facie* di immediata condivisione⁶⁶, la neutralizzazione del disallineamento nel caso degli ibridi importati pone difficoltà applicative specifiche che meritano approfondimento (§5.7).

⁶⁵ Cfr. *ibid*, raccomandazione 8.

⁶⁶ Cfr. *considerandum* 25 della direttiva ATAD 2: «I disallineamenti importati spostano l’effetto di un disallineamento da ibridi fra le parti in paesi terzi verso la giurisdizione di uno Stato membro attraverso il ricorso a uno strumento non ibrido, compromettendo l’efficacia delle norme per neutralizzare i disallineamenti da ibridi. Un pagamento deducibile in uno Stato membro può essere usato per finanziare spese connesse a un disallineamento da ibridi».

V. Le misure di neutralizzazione del disallineamento

PREMESSA. – 5.1 LE NORME GENERALI DI CONTRASTO AGLI IBRIDI. ASPETTI GENERALI – 5.2. LE NORME GENERALI DI CONTRASTO AGLI IBRIDI. ALCUNE CONSIDERAZIONI INTERPRETATIVE – 5.3 ENTITÀ IBRIDE INVERSE – 5.4 STABILI ORGANIZZAZIONI IBRIDE. DIVERTED PERMANENT ESTABLISHMENT E DISREGARDED PERMANENT ESTABLISHMENT – 5.5 STABILI ORGANIZZAZIONI IBRIDE E TRATTATI CONTRO LE DOPPIE IMPOSIZIONI – 5.6 DISALLINEAMENTI DA DOPPIA RESIDENZA – 5.7 IBRIDI IMPORTATI – 5.8 ORDINAMENTO DELLE REGOLE ANTI-IBRIDI – 5.9 L'APPLICAZIONE DELLE REGOLE ANTI-IBRIDI ALLE RITENUTE.

Premessa

Nei precedenti capitoli 2, 3, e 4, sono stati tracciati i confini dell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo della fattispecie di disallineamento da ibridi, sulla base delle raccomandazioni OCSE e della direttiva ATAD. In questo capitolo, invece, si esaminano le regole che tanto il *policy maker* OCSE quanto il legislatore comunitario hanno previsto per la neutralizzazione dei disallineamenti riconducibili alla fattispecie in questione.

Queste misure possono essere suddivise in linea generale in due categorie principali: da un lato, misure di carattere generale, volte a neutralizzare il disallineamento a seconda che

il risultato, sotto il profilo fiscale, di detto disallineamento assuma la forma di una doppia deduzione (D/D) o di una deduzione senza inclusione (D/NI) (§2.2). Dall'altro lato, misure specifiche sono previste per la neutralizzazione di disallineamenti causati da alcuni degli elementi ibridi analizzati nel precedente capitolo 4: stabili organizzazioni ibride, disallineamenti da doppia residenza, ibridi importati.

Data la sostanziale convergenza fra il contenuto delle misure previste dalla direttiva ATAD e quelle raccomandate dal BEPS Action 2, nella trattazione che segue è oggetto di analisi principalmente la disciplina contenuta nella direttiva ATAD, richiamandosi alle raccomandazioni del BEPS Action 2 solo ove necessario.

§5.1 Le norme generali di contrasto agli ibridi. Aspetti generali.

Come anticipato in precedenza (§1.2), la disciplina anti-ibridi nella direttiva ATAD ha conosciuto un significativo ampliamento dell'ambito di applicazione con la modifica alla stessa apportata dalla direttiva ATAD 2 nel 2017. Tale ampliamento ha avuto riflessi significativi sulle misure di contrasto ai disallineamenti da ibridi disposti dalla direttiva. Nel discutere il contenuto delle norme generali anti-ibridi previste dal legislatore UE, può essere pertanto utile considerare l'evoluzione delle stesse fra l'ATAD 1 e l'ATAD 2.

Nella sua versione originale del 2016, l'art. 9 della direttiva ATAD prevedeva un'unica regola di neutralizzazione del disallineamento: la ripresa a imposizione del pagamento causa del disallineamento nello stato della fonte, sia che il disallineamento risultasse in una doppia deduzione (D/D) o in una deduzione senza inclusione (D/NI) (§2.2). In altri termini, anche se il disallineamento, essendo causato da un accordo transnazionale, avesse coinvolto almeno due giurisdizioni, la direttiva prevedeva che fosse sempre e solo uno di essi a dover neutralizzare gli effetti del disallineamento.

La *ratio* del legislatore comunitario alla base di questa disposizione risiedeva nell'ambito di applicazione soggettivo della direttiva ATAD 1. Poiché infatti ciascuno stato membro UE avrebbe dovuto adottare le disposizioni della direttiva, eventuali disallineamenti

che avessero coinvolto giurisdizioni comunitarie sarebbero state neutralizzate nello stato della fonte, senza alcun bisogno di un intervento da parte dell'altro stato. Alle disposizioni della direttiva ATAD 1, tuttavia, sfuggivano sia situazioni coinvolgenti giurisdizioni terze, sia alcune tipologie di disallineamento richiedenti, come anticipato nella premessa al presente capitolo, regole specifiche. Si rese quindi evidente, fin dall'entrata in vigore della direttiva in questione, la necessità di un successivo intervento del legislatore sul tema¹.

Diverso approccio è stato invece seguito dal *policy maker* OCSE nel BEPS Action 2. Poiché infatti le raccomandazioni del *report* OCSE non hanno valore normativo e non hanno natura vincolante per gli stati membri, diversamente dalle disposizioni di una direttiva UE in ambito comunitario, si rese necessario fin dal principio considerare situazioni in cui una delle due giurisdizioni (o anche entrambe) non abbia, o non applichi, regole per la neutralizzazione di fattispecie di disallineamento da ibridi. Pertanto, le raccomandazioni del BEPS Action 2 identificano, a seconda del risultato, sotto il profilo fiscale, del disallineamento (D/D piuttosto che D/NI), una giurisdizione primaria, chiamata in prima istanza alla neutralizzazione del disallineamento, e una giurisdizione secondaria, chiamata alla neutralizzazione dello stesso solo nell'ipotesi in cui la prima non abbia provveduto in tal senso. Conseguentemente, il BEPS Action 2 prevede quindi una norma di reazione primaria (*primary response*), alla cui applicazione è chiamata la giurisdizione primaria, e una norma difensiva (*defensive rule*), alla cui applicazione è chiamata la giurisdizione secondaria nel caso in cui la norma di reazione primaria non abbia trovato applicazione o la sua applicazione non abbia portato a una neutralizzazione completa del disallineamento².

Il contenuto di queste regole dipende in linea generale dal risultato del disallineamento. Nel caso in cui il disallineamento risulti in una D/NI, la norma di reazione primaria prevede che la giurisdizione del pagatore neghi la deduzione del pagamento stesso, mentre la norma difensiva prevede che, nella misura in cui il pagamento è stato dedotto dal pagatore, esso

¹ Cfr. *considerandum* 13 della direttiva ATAD 1: «È fondamentale che siano proseguiti i lavori sui disallineamenti da ibridi tra Stati membri e paesi terzi, come pure su altri disallineamenti da ibridi, ad esempio quelli che coinvolgono le stabili organizzazioni».

² Cfr. ARNOLD B. J., *International Tax Primer*, 4° ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019, par. 9.3.4.

debba essere incluso nel reddito ordinario (*ordinary income*) del beneficiario. Tali regole trovano applicazione a prescindere che la deduzione senza inclusione sia stata causata da uno strumento finanziario ibrido (§4.1) piuttosto che da un'entità ibrida (§4.5) o anche da ibridi importati (§4.10), sebbene il BEPS Action 2 raccomandi altresì norme specifiche, con riguardo ad esempio a regimi di *dividend exemption*³ e *controlled foreign companies*⁴, che, se trovassero applicazione negli ordinamenti tributari interni degli stati, renderebbero superflua l'applicazione di alcune delle regole generali di neutralizzazione del disallineamento previste dal *report* OCSE.

Parallelamente, nel caso invece in cui il disallineamento risulti in una D/D, la norma di reazione primaria prevede che la giurisdizione in cui il beneficiario del pagamento è residente neghi la deduzione del pagamento stesso. La norma difensiva, conseguentemente, prevede che, nella misura in cui il pagamento è stato dedotto dal beneficiario senza che a questo sia corrisposto una doppia inclusione, la giurisdizione del pagatore neghi la deduzione del pagamento stesso. Tale raccomandazione è prevista sia nel caso in cui la D/D sia causata da entità ibride (§4.5) piuttosto che da entità con doppia residenza (§4.9).

Norme generali analoghe sono state quindi introdotte nella direttiva ATAD dalla ATAD 2, allo scopo di superare le lacune della precedente ATAD 1 con riguardo ai disallineamenti causati da accordi transnazionali che coinvolgono giurisdizioni extra UE. In particolare, il par. 1 del nuovo art. 9 prevede l'introduzione di una norma di reazione primaria (lett. a)) e di una norma difensiva (lett. b)) per i disallineamenti con D/D, mentre il par. 2 dispone altrettanto per i disallineamenti con D/NI. In entrambi i casi, le nuove disposizioni della direttiva si sono sostanzialmente allineate, nel contenuto, alle raccomandazioni OCSE⁵.

³ Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015, raccomandazione 2.1.

⁴ Cfr. *ibid.*, raccomandazione 5.

⁵ Cfr. FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in *EC Tax Review*, 2017, 156: «Under Article 9(1) and (2) of the ATAD 2, the rules of ATAD 1 are in fact, in line with the recommendations of the BEPS Action 2 Report, extended to (1) third country situations, and (2) situations in which the other jurisdiction does not implement the OECD recommendations. As the scope under ATAD 1 was limited to the internal market where all Member States were held to implement this directive, there was no need under ATAD 1 for the so-called defensive rules adopted under the OECD BEPS Action 2 report [...]».

Tuttavia, come si avrà modo di analizzare nei paragrafi successivi, la direttiva ATAD non ha esteso l'applicazione della regola generale enunciata dall'art. 9 ad alcuni degli elementi ibridi sopra menzionati, quali ad esempio entità con doppia residenza ed ibridi importati, per cui sono invece previste disposizioni specifiche.

§5.2 Le norme generali di contrasto agli ibridi. Alcune considerazioni interpretative.

È evidente come, nell'applicazione delle regole generali di neutralizzazione della fattispecie di disallineamento, previste tanto dalle raccomandazioni del BEPS Action 2 quanto dall'art. 9 della direttiva, risulti essenziale l'identificazione della giurisdizione del pagatore e del beneficiario - definizione su cui, come illustrato in precedenza, sorgono alcune differenze significative fra le definizioni adottate dal BEPS Action 2 e quelle rinvenibili nella direttiva ATAD (§ 2.5).

A tale proposito, è rilevante altresì notare il cambiamento che la regola generale contenuta nell'art. 9 della direttiva ATAD ha subito con l'entrata in vigore dell'ATAD 2. Se, infatti, la norma di reazione primaria nel caso di D/NI è rimasta sostanzialmente invariata, in quanto lo stato della fonte del pagamento coincide normalmente con quello del pagatore in questo tipo di situazione, altrettanto non può dirsi per la norma di reazione primaria nel caso di D/D. La nuova versione dell'art. 9, par. 1, della direttiva prevede infatti che la norma di reazione primaria sia adottata non dallo stato della fonte (ossia dallo stato del pagatore), bensì dallo stato dell'investitore (ossia dallo stato del beneficiario).

Questa apparente asimmetria nelle norme generali dell'art. 9 della direttiva ATAD 2 riflette in realtà la necessità di una coerenza nel contrasto all'erosione della base imponibile, che rappresenta il fondamento tanto della direttiva ATAD quanto del progetto BEPS. Nel

As the scope under ATAD “ is extended to also third countries, it became uncertain whether the primary rules suffice in all situations and as a consequence ATAD 2 now also contains these defensive rules». Sul punto, cfr. anche PATTI G. F., ATAD II – Overview and Open Issues – Part I, in Dir. Prat. Trib. int. 2019, 399-400.

caso di disallineamento con D/D, infatti, la base imponibile “indebitamente” erosa non è quella dello stato del pagatore, essendo esso la fonte delle spese propriamente dedotte, bensì lo stato dell’investitore, in cui la deduzione è operata sulla base di disallineamenti fra le norme della giurisdizione dell’investitore e quelle della giurisdizione del pagatore. Al contrario, nel caso di disallineamenti con D/NI, è la giurisdizione del pagatore che vede la sua base imponibile erosa dalla deduzione di un pagamento che, nello stato del beneficiario, non è soggetto a imposizione.

Benché tuttavia tale *ratio* abbia trovato seguito in dottrina⁶ e trovi supporto nel *Draft* che ha preceduto il BEPS Action 2⁷, Il BEPS Action 2 stesso precisa che l’individuazione della giurisdizione che ha subito l’erosione della base imponibile non è fra gli obiettivi del *report*: «*The Action Plan simply calls for the elimination of mismatches without requiring the jurisdiction applying the rule to establish that it has “lost” tax revenue under the arrangement. While neutralising the effect of hybrid mismatch arrangements will address the risks to a jurisdiction’s tax base, this will not be achieved by capturing additional revenue under the hybrid mismatch rules themselves, rather the rules are intended to drive taxpayers towards less complicated and more transparent tax structuring that is easier for jurisdictions to address with more orthodox tax policy tools*»⁸. Se quindi la scelta delle raccomandazioni OCSE (e, naturalmente anche della direttiva comunitaria) di accordare una precedenza alla neutralizzazione del disallineamento nello stato della fonte sembra effettivamente seguire la *ratio* sopra illustrata, la regola proposta nel *report* non richiede l’individuazione dello stato che ha subito l’erosione della base imponibile. La raccomandazione OCSE, infatti, non mira a neutralizzare il danno erariale subito da uno o dall’altro stato, bensì il vantaggio fiscale conseguito dal contribuente.

Da questo passaggio emerge inoltre un’ulteriore considerazione, con specifico riguardo alla natura meccanica dell’applicazione delle suddette regole. Diversamente da quanto

⁶ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 5, 400.

⁷ Con riguardo ai disallineamenti con D/D, cfr. OECD, *Public Discussion Draft. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, Paris, 2014, par. 169.

⁸ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 3, par. 278.

previsto da altre norme di diritto tributario internazionale⁹, infatti, le regole di neutralizzazione dei disallineamenti da ibridi si applicano automaticamente, senza che l'amministrazione finanziaria debba investigare od effettuare assunzioni circa l'intenzione o il motivo sottostante a un accordo che ricade nell'ambito di applicazione della fattispecie di disallineamento. Ciò corrisponde ad un preciso intento da parte del *policy maker* OCSE, secondo cui «*hybrid mismatch rules that apply automatically will be more clear and transparent in their operation and reduce administration costs for tax authorities*»¹⁰. L'applicazione automatica di dette regole è inoltre funzionale alla prevenzione di situazioni di doppia tassazione nel caso di sovrapposizione dell'ambito di applicazione di più regole di neutralizzazione del disallineamento (§5.8). Nonostante ciò, restano comunque alcuni ambiti di incertezza e discrezionalità nell'applicazione delle regole previste dal BEPS Action 2, quali ad esempio gli accordi strutturati (§3.4), su cui anche la direttiva ATAD è silente.

§5.3 *Entità ibride inverse*

La regola di neutralizzazione dei disallineamenti con deduzione senza inclusione (D/NI) proposta dal BEPS Action 2 prevede, quale norma di reazione primaria, la negazione della deduzione nella giurisdizione del pagatore (§5.1). Il *report* OCSE, come già illustrato in precedenza, prevede l'applicazione di tale regola anche ai disallineamenti con D/NI causati da entità ibride, e in particolare anche da entità ibride inverse. Altrettanto dicasi per la norma di reazione primaria prevista in caso di doppia deduzione (D/D).

Si consideri, a titolo illustrativo, l'esempio di entità ibrida inversa precedentemente analizzato (§4.5). In una situazione del genere, la regola raccomandata dal BEPS Action 2 prevederebbe la negazione della deduzione in capo a Gamma, ossia in capo all'entità che ha effettuato il pagamento a favore dell'entità ibrida inversa¹¹.

⁹ Si pensi, ad esempio, al *principal purpose test* (PPT) previsto dall'art. 29 del modello OCSE 2017 di trattato contro le doppie imposizioni.

¹⁰ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, *supra* nota n. 3, par. 277.

¹¹ Cfr. *ibid*, par. 144.

Tuttavia, benché la direttiva ATAD abbia adottato, con l'art. 9, regole generali per la neutralizzazione dei disallineamenti con D/D o D/NI, per la neutralizzazione dei disallineamenti causati da entità ibride inverse è stata prevista una disposizione *ad hoc* nell'art. 9-bis. Detto articolo prevede in particolare che la neutralizzazione del disallineamento sia realizzata non nella giurisdizione del pagatore, bensì nella giurisdizione in cui l'entità ibrida inversa è costituita. Poiché tuttavia l'entità ibrida inversa non sarebbe un soggetto passivo d'imposta nello stato di residenza in quanto fiscalmente trasparente, l'art. 9-bis prevede specificatamente che essa sia «considerata residente» nello stato di costituzione, nonché «soggetta a imposizione sul suo reddito nella misura in cui quest'ultimo non è altrimenti soggetto a imposta a norma delle leggi dello Stato membro o di qualsiasi altra giurisdizione».

Il dettato di questa disposizione è sostanzialmente il recepimento della raccomandazione 5.2 del BEPS Action 2¹², che ha ad oggetto specificamente le entità ibride inverse. Tuttavia, questa regola presenta alcune peculiarità che hanno indotto il legislatore comunitario a prevedere una disposizione separata rispetto a quelle di carattere generale di cui all'art. 9 (§4.5). In effetti, sotto il profilo applicativo, l'art. 9-bis non può propriamente dirsi una norma di reazione, in quanto, a differenza di quanto previsto dall'art. 9, l'art. 9-bis non richiede che vi sia effettivamente un disallineamento, ma semplicemente che uno o più delle entità investitrici nell'entità ibrida considerino quest'ultima fiscalmente opaca. Ad analoghe conclusioni perviene anche il BEPS Action 2 con riguardo alla raccomandazione 5.2¹³. La disposizione dell'art. 9-bis è quindi da intendersi non come una norma di reazione, volta a rimuovere gli effetti del disallineamento da ibridi, bensì come una norma di

¹² Cfr. *ibid*, par. 174-176.

¹³ Cfr. *ibid*, par. 170, con riguardo alle raccomandazioni 5.1, 5.2 e 5.3: «*These specific recommendations are not hybrid mismatch rules. That is, they do not adjust the tax consequences of a payment because of differences in its tax treatment in another jurisdiction. Rather, Recommendation 5 sets out improvements that jurisdictions could make to their domestic law that will reduce the frequency of hybrid mismatches by bringing the tax treatment of cross-border payments made to transparent entities into line with the tax policy outcomes that would generally be expected to apply to payments between domestic taxpayers*».

prevenzione, il cui obiettivo è rimuovere la causa, l'elemento ibrido che può essere origine di disallineamento¹⁴.

Fin dalla prima stesura del testo che sarebbe eventualmente diventato la direttiva ATAD 2, la Commissione manifestò apprezzamento per la norma ma anche dubbi circa alcune delle criticità che l'applicazione di questa avrebbe incontrato. Se da un lato, infatti, la Commissione riconobbe la necessità di una siffatta disposizione per catturare nell'ambito di applicazione della direttiva i disallineamenti causati da entità ibride inverse in cui la fonte del pagamento è in una giurisdizione extracomunitaria, dall'altro sottolinea come le raccomandazioni dei BEPS Action 8-10 e 13, in materia di *transfer pricing*, avrebbero potuto offrire una soluzione migliore al problema che l'art. 9-bis cerca di risolvere - anche perché la disposizione generale dell'art. 9 sarebbe sufficiente per tutti quei casi in cui invece la fonte del pagamento fosse in uno stato membro UE¹⁵. Inoltre, la Commissione manifestò preoccupazioni circa le difficoltà di *compliance* che gli stati membri avrebbero incontrato, considerata la natura fiscalmente trasparente delle entità oggetto della disciplina¹⁶.

Tali dubbi emergono altresì dal numero significativo di versioni che la disposizione dell'art. 9-bis ha conosciuto prima di giungere a quella definitiva. Se, infatti, già una delle prime versioni della direttiva utilizza una formula simile a quella che avrebbe definito i confini dell'ambito soggettivo della disposizione nella sua versione definitiva¹⁷, una versione

¹⁴ Cfr. Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 2022, 18.

¹⁵ Cfr. Council of the European Union, *Open issues in Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries (ATAD 2)*, WK 1065/2016 INIT, 2016, 4, par. 9.

¹⁶ Cfr. *ibid*, par. 10.

¹⁷ Cfr. Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, WK 1254/2016 INIT, 2016, 15: «*If the jurisdiction of one or more associated non-resident entities, holding in aggregate a direct interest in 50% or more of the voting rights or capital interest in a hybrid entity that is established in a Member State treats that hybrid entity as a taxable person so that deductible payments made to that hybrid entity would otherwise give rise to a hybrid mismatch as defined in Article 2(9)(b) then that hybrid entity shall be treated as a resident of the Member State in which it is established*». Si noti come, rispetto a questa versione, quella definitiva (1) include sia interessi diretti che indiretti, (2) include non solo diritti di voto e partecipazione al capitale ma anche «diritti di partecipazione agli utili» in generale (*rights to a share of profit*), (3) include sia entità ibride stabilite (*established*) che costituite (*incorporated*) nello Stato membro, e soprattutto (4) manca l'inciso «*so that deductible payments made to that hybrid entity would otherwise give rise to a hybrid mismatch as definition in Article 2(9)(b)*», in assenza del quale la disposizione si applica prescindere dall'esistenza o meno di un effetto di disallineamento, come già discusso nel presente paragrafo.

successiva ha sostituito la regola che sarebbe poi confluita nella versione definitiva («*that hybrid entity shall be treated as a resident of the Member State in which it is established*») con il testo seguente: «*The stateless income of a reverse hybrid shall be included in the Member State where the reverse hybrid is established as if it were income of a resident of that Member State. For the purposes of this provision, “stateless income” means income of the hybrid entity that is not included under the laws of any jurisdiction*»¹⁸.

Al di là della definizione di “*stateless income*” - che in realtà riprende un concetto già presente nella versione definitiva della disposizione¹⁹ - è interessante rilevare come questa versione, contenuta nella bozza di lavoro della Commissione, sembra voler evitare di utilizzare l’espressione «residente», pur giungendo idealmente a un risultato sostanzialmente analogo dal punto di vista della prevenzione del disallineamento. In effetti, il concetto di residenza è impiegato in altre disposizioni interne rilevanti dal punto di vista tributario - ad esempio quelle di fonte convenzionale - e non è del tutto chiaro in quale misura questo concetto di “residenza parziale” (ossia, limitatamente al reddito «non altrimenti soggetto a imposta a norma delle leggi dello Stato membro o di qualsiasi altra giurisdizione») rilevi ai fini di dette disposizioni interne - anche in considerazione del fatto che il concetto di residenza ai fini dell’ordinamento tributario interno può differire da quello rilevante ai fini dei trattati ispirati al modello OCSE.

D’altro canto, è pur vero che, come osservato in dottrina²⁰, la scelta del legislatore comunitario di optare infine per l’espressione «residente» nell’art. 9-bis della direttiva potrebbe anzi essere consapevolmente motivata dall’intenzione di includere nell’ambito soggettivo dei trattati contro le doppie imposizioni le entità fiscalmente trasparenti che l’art. 9-bis considera, seppur in via limitata, quali soggetti passivi d’imposta. In effetti, lo stesso

¹⁸ Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, WK 1321/2016 INIT, 2016, 12.

¹⁹ Cfr. art. 9-bis, par. 1, della direttiva ATAD 2: «l’entità ibrida è considerata residente di questo Stato membro e soggetta a imposizione sul suo reddito *nella misura in cui quest’ultimo non è altrimenti soggetto a imposta a norma delle leggi dello Stato membro o di qualsiasi altra giurisdizione*» (enfasi aggiunta).

²⁰ Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 5, 417-418.

commentario OCSE al modello 2017 sembra supportare questa interpretazione dell'art. 1 del modello²¹.

Altra criticità nell'applicazione della disposizione di cui all'art. 9-bis della direttiva ATAD che merita considerazione riguarda la dimensione temporale dell'ambito soggettivo della disciplina. La disposizione, infatti, limita detto ambito di applicazione alle entità associate non residenti «che detengono complessivamente un interesse diretto o indiretto pari o superiore al 50 per cento dei diritti di voto, della partecipazione al capitale o dei diritti di partecipazione agli utili in un'entità ibrida». Tuttavia, il dettato della norma non chiarisce entro quali termini temporali deve verificarsi la detenzione dell'interesse diretto o indiretto di cui sopra - ossia come la disposizione deve applicarsi in caso di variazioni nella compagine sociale dell'entità. In altri termini, la norma in esame non chiarisce né se la detenzione dell'interesse debba sussistere al momento del pagamento, né se essa debba sussistere per tutto il periodo d'imposta in cui si verifica il disallineamento, al suo inizio, alla sua fine o in una parte prestabilita dello stesso²².

§5.4 Stabili organizzazioni ibride. Diverted permanent establishment e disregarded permanent establishment.

Una stabile organizzazione può essere causa di disallineamenti da ibridi allorquando esiste un disaccordo fra due giurisdizioni su (1) la sussistenza o meno di una stabile organizzazione nel territorio dello stato (cd. *disregarded permanent establishment*), e (2)

²¹ Cfr. par. 10 del commentario 2017 all'art. 1: «*In the case of an entity or arrangement which is treated as partly fiscally transparent under the domestic law of one of the Contracting States, only part of the income of the entity or arrangement might be taxed at the level of the persons who have an interest in that entity or arrangement as described in the preceding paragraph whilst the rest would remain taxable at the level of the entity or arrangement [...]. To the extent that the entity or arrangement qualifies as a resident of a Contracting State, the paragraph will ensure that the benefits of the treaty also apply to the share of the income that is attributed to the entity or arrangement under the domestic law of that State (subject to any anti-abuse provision such as a limitation-on benefits rule)*».

²² Cfr. TOMAZELA SANTOS R., *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, in Bull. Int'n Tax'n, 2018, 510. Per una discussione dei vantaggi e delle problematiche sollevate di ciascuna delle alternative suggerite, cfr. PATTI G. F., *supra* nota 5, 420-421.

l'attribuibilità alla stabile organizzazione del pagamento che origina il disallineamento (cd. *diverted permanent establishment*) (§4.6).

Nella misura in cui queste situazioni risultano, sotto il profilo fiscale, in una deduzione senza inclusione (D/NI), sembrerebbe pacifico assumere che per esse trovi applicazione la regola generale (§5.1), in base a cui gli effetti del disallineamento sono neutralizzati negando la deduzione in capo al pagatore. Ed in effetti è questa la sostanza della raccomandazione 2 del Branch Report, sia nei casi di *disregarded permanent establishment* che in quelli di *diverted permanent establishment*.

La direttiva ATAD non prevede disposizioni specifiche per quanto concerne i casi di *diverted permanent establishment*, per cui ad essi risulta applicabile la disposizione generale per la neutralizzazione dei disallineamenti con D/NI di cui all'art. 9, par. 2, che prevede appunto la negazione della deduzione in capo al pagatore o, in seconda istanza, l'inclusione del pagamento nel reddito del beneficiario. Tuttavia, la definizione di "giurisdizione del pagatore" contenuta nella direttiva ATAD («qualsiasi giurisdizione in cui il pagamento (o pagamento nozionale) è ricevuto o si ritiene ricevuto a norma delle leggi di qualsiasi altra giurisdizione») non chiarisce tuttavia, nei casi che coinvolgono stabili organizzazioni ibride, se la giurisdizione del pagatore sia quella della casa madre oppure quella della stabile organizzazione (§4.7), con il rischio che il pagamento sia soggetto potenzialmente a una doppia imposizione o anche a nessuna imposizione.

Per quanto invece riguarda le situazioni di *disregarded permanent establishment*, è prevista al par. 5 del medesimo art. 9 una disposizione specifica. Nel caso in cui l'entità, la cui stabile organizzazione è sconosciuta, è residente in uno Stato membro UE, detta disposizione prevede infatti che il disallineamento sia neutralizzato attraverso l'inclusione del pagamento nel reddito dell'entità in questione.

È interessante confrontare questa disposizione con quella prevista all'art. 9-bis per le entità ibride inverse (§5.3). In effetti, le situazioni di *disregarded permanent establishment*, come quelle che coinvolgono entità ibride inverse, vedono la deduzione di un pagamento che tuttavia non trova inclusione in capo a una entità (la stabile organizzazione piuttosto che

l'ibrido inverso) in quanto non riconosciuta quale soggetto passivo d'imposta dalla giurisdizione dello stato in cui sarebbe situata, ma riconosciuta tale dalla giurisdizione dello stato in cui è residente il beneficiario finale del pagamento (la casa madre piuttosto che l'investitore nell'entità ibrida inversa)²³.

Tuttavia, mentre nel caso delle entità ibride inverse il legislatore comunitario ha previsto una norma volta a prevenire il disallineamento, l'art. 9, par. 5, è a tutti gli effetti una norma di reazione, in quanto presuppone la sussistenza della fattispecie di disallineamento quale condizione necessaria per l'applicazione della disposizione in esame. A differenza della norma di cui all'art. 9, par. 2, lett. b) della direttiva, la norma dell'art. 9, par. 5, non è, tuttavia, una norma difensiva, in quanto l'inclusione del pagamento nel reddito del beneficiario non è condizionata al mancato diniego della deduzione dello stesso nella giurisdizione del pagatore.

§5.5 Stabili organizzazioni ibride e trattati contro le doppie imposizioni

I trattati contro le doppie imposizioni dispongono una lista di criteri di collegamento che disciplinano l'imponibilità di una specifica componente di reddito negli stati contraenti. Fra questi criteri di collegamento, riveste particolare rilievo quello della stabile organizzazione (materiale e personale). È evidente quindi che una norma come quella contenuta nell'art. 9, par. 5, della direttiva ATAD, che impone l'inclusione di una componente di reddito in capo a un'entità per cui sussiste una stabile organizzazione (quand'anche disconosciuta dalla giurisdizione in cui detta stabile organizzazione sarebbe situata), potrebbe entrare in conflitto con eventuali disposizioni convenzionali in vigore negli ordinamenti tributari interni degli stati UE coinvolti nel disallineamento con *disregarded permanent establishment*.

²³ Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2017, par. 7.

Le possibili ramificazioni dell'interazione fra la norma della direttiva e quelle previste dai trattati è stata oggetto di analisi da parte della Commissione nei lavori che hanno preceduto la direttiva ATAD 2²⁴. Il legislatore comunitario ha infine ritenuto opportuno includere, nella versione definitiva della disposizione in esame, un'esclusione specifica nel caso in cui «lo Stato membro» in cui la casa madre è residente «sia tenuto a esentare il reddito a norma di una convenzione contro la doppia imposizione conclusa dallo Stato membro con un paese terzo». Tuttavia, una simile esclusione non riguarda evidentemente le situazioni in cui la stabile organizzazione disconosciuta sia situata in un altro Stato membro, lasciando aperta la possibilità di un conflitto fra la norma della direttiva e quelle previste dai trattati contro le doppie imposizioni stipulati fra gli stati membri UE²⁵.

A tale riguardo, la consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ritiene che le norme di diritto comunitario direttamente applicabili, quali ad esempio i regolamenti, abbiano precedenza rispetto alle norme interne di fonte convenzionale²⁶. Tuttavia, la questione è diversa con riguardo alle direttive, in quanto esse necessitano di attuazione attraverso norme di diritto interno affinché abbiano efficacia nell'ordinamento di un determinato Stato membro UE. E in ordinamenti come quello italiano, dove l'art. 117 comma 1 della Costituzione dispone la prevalenza delle norme di fonte convenzionale sulle altre norme interne di fonte primaria, è discutibile se una norma di attuazione delle disposizioni anti-ibridi della direttiva potesse avere o meno la precedenza su una disposizione di fonte convenzionale di segno contrario²⁷.

²⁴ Cfr. Council of the European Union, *ATAD 2 – Summary on the possible interaction between the provisions in double taxation conventions concluded between Member States or between a Member State and a Third Country and the hybrid permanent establishment mismatch rule for disregarded branches in the ATAD 2 proposal*, WK 873/2016 INIT, 2016.

²⁵ Cfr. PANCHAM S., *Permanent Establishment Mismatches under ATAD II*, in PISTONE P.-WEBER D., *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, Amsterdam, 2018, 425-426.

²⁶ Cfr. sentenza C-55/00, *Elide Gottardo v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, punto 32: «Nel caso di una convenzione internazionale bilaterale stipulata da uno Stato membro con un paese terzo per evitare la doppia imposizione, la Corte ha ricordato che, pur se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza esclusiva degli Stati membri, tuttavia questi ultimi non possono esimersi dal rispetto delle norme comunitarie, ma devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario».

²⁷ Cfr. PANCHAM S., *Permanent Establishment Mismatches under ATAD II*, in PISTONE P.-WEBER D., *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, Amsterdam, 2018, 428-429: «In the Dutch legal order [...], most tax treaty provisions take precedence over domestic laws, and taxpayers

§5.6 Disallineamenti da doppia residenza

La doppia residenza di un'entità può essere causa di disallineamento nella misura in cui essa può, in base a entrambe giurisdizioni dei due stati di residenza, operare una deduzione sullo stesso pagamento, con conseguente doppia deduzione (D/D) dello stesso, senza che ad essa corrisponda una doppia inclusione in capo al beneficiario (§4.9).

Il BEPS Action 2 affronta questa tipologia di elemento ibrido nella raccomandazione 7, che suggerisce a entrambi gli stati di residenza, quale norma di reazione primaria, di negare la deduzione all'entità con doppia residenza nella misura in cui a tale D/D non corrisponda una doppia inclusione²⁸.

È evidente tuttavia come detta regola rischi di causare una doppia tassazione in capo all'entità con doppia residenza. Si consideri, a titolo illustrativo, l'esempio di disallineamento da doppia residenza precedentemente analizzato (§4.9). Se S2 negasse la deduzione in capo a Gamma e, contestualmente, S1 negasse la deduzione in capo ad Alfa, non solo Beta non potrebbe ottenere una deduzione per gli interessi corrisposti alla banca, ma vedrebbe la sua base imponibile rettificata in aumento in misura doppia rispetto agli interessi effettivamente

can, in principle, rely on such tax treaty provisions if there is a conflict with domestic law. This is based on Dutch constitutional principles. Therefore, it may be argued that the Netherlands is still required to grant the tax treaty benefits in respect of the disregarded permanent establishment profits. However, it is the author's opinion that both the primacy of EU law and the principle of effectiveness require that the obligations under directives and domestic law based thereon actually be met by Member States. [...] In addition, according to the loyalty principle, each Member State must take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfillment of the obligations arising from the Treaty on the Functioning of the European Union or resulting from action taken by the institutions of the European Union. The Member States are required to facilitate the achievement of the European Union's tasks. These obligations may be understood as meaning not only that a correct implementation of a directive is required but also that such implementation laws must have a material effect».

Inoltre, la prevalenza o meno delle disposizioni di attuazione della direttiva ATAD su quelle dei trattati contro le doppie imposizioni dovrebbe probabilmente dipendere anche dalla loro inclusione o meno nella *opt-out clause* di cui all'art. 9 par. 4 della direttiva (cfr. §6.1), in quanto detta inclusione ne espliciterebbe il carattere opzionale e non quindi di diretta applicazione nell'ordinamento interno.

²⁸ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 3, par. 220. Lo stesso paragrafo osserva inoltre che «*as both jurisdictions will apply the primary response there is no need for a defensive rule*».

corrisposti. Il BEPS Action 2 sottolinea la presenza di questo rischio, ma senza fornire una soluzione sistematica al problema²⁹.

Al contrario, la disposizione prevista dalla direttiva ATAD per neutralizzare gli effetti del disallineamento causato da un'entità con doppia residenza, contenuta nell'art. 9-ter, appare più chiara sotto il profilo applicativo, e meno propensa a generare una doppia imposizione. Laddove infatti l'entità sia residente in due Stati membri UE, infatti, il secondo periodo dell'art. 9-ter prevede che ad operare la negazione della deduzione sia lo Stato in cui l'entità non è residente in base alla convenzione contro la doppia imposizione in vigore fra i due Stati, escludendo quindi che entrambi possano contemporaneamente negare la deduzione.

Anche nel caso in cui uno dei due stati di residenza dell'entità sia uno Stato terzo, inoltre, il dettato letterale della norma («lo Stato membro del contribuente nega la deduzione nella misura in cui l'altra giurisdizione consente che la doppia deduzione sia compensata a fronte di reddito che non è reddito da doppia inclusione») sembra suggerire che lo Stato membro possa negare la deduzione solo dopo che sia stato verificato che lo Stato terzo non ha, esso stesso, negato la deduzione sullo stesso pagamento. Anche in questo caso, quindi, sarebbe presente un ordine, nell'applicazione della disposizione dell'art. 9-ter, che eviterebbe le conseguenze di doppia imposizione potenzialmente derivabili dall'applicazione della regola raccomandata dal BEPS Action 2³⁰.

§5.7 Ibridi importati

Gli effetti di un disallineamento da ibridi, se non neutralizzati nelle giurisdizioni coinvolte nell'accordo transnazionale che causa direttamente il disallineamento, possono

²⁹ Cfr. *ibid*, par. 227. Nell'esempio 7.1, il BEPS Action 2 offre in realtà alcune soluzioni, ma si tratta per lo più di forme alternative in cui il contribuente può strutturare l'operazione per realizzare una doppia inclusione del pagamento che eviti l'applicazione della raccomandazione 7, piuttosto che di correttivi alla regola medesima.

³⁰ In questo senso anche PATTI G. F., *supra* nota 5, 424.

essere indirettamente trasferiti, attraverso strumenti non ibridi (quale, ad esempio, un regolare finanziamento a debito), in altre giurisdizioni (§4.10).

Per evitare che i contribuenti possano facilmente aggirare le disposizioni anti-ibridi in questo modo, tanto il BEPS Action 2 quanto la direttiva ATAD prevedono misure specifiche di contrasto a questi cd. “ibridi importati” (*imported hybrid mismatches*).

Il BEPS Action 2 affronta il problema degli ibridi importati nella raccomandazione 8, prevedendo la negazione della deduzione del pagamento finanziato dal disallineamento “*off-shore*” sulla base di tre regole da applicare secondo un preciso ordine di priorità.

In prima istanza, occorre verificare se il pagamento che causa il disallineamento (ossia, nell’esempio precedentemente considerato, il pagamento effettuato da Beta a favore di Alfa in base allo strumento finanziario F) è parte di un accordo strutturato (§3.4) di cui fa parte anche il pagamento non ibrido che è tuttavia finanziato dal disallineamento (ossia, nell’esempio precedentemente considerato, il pagamento effettuato da Beta a favore di Gamma). Detta regola prevede quindi di neutralizzare gli effetti indiretti del disallineamento nella misura in cui il pagamento che avrebbe importato detti effetti è direttamente o indirettamente finanziato da una deduzione ibrida in base allo stesso accordo strutturato (cd. *structured imported mismatches*)³¹.

In seconda istanza, se l’applicazione della regola per gli *structured imported mismatches* non neutralizza completamente gli effetti del disallineamento, occorre neutralizzare gli effetti del disallineamento nella misura in cui il pagamento che avrebbe importato tali effetti è finanziato da “pagamenti ibridi” (ossia pagamenti causa diretta di disallineamenti da ibridi) direttamente ricevuti da entità dello stesso gruppo (cd. *direct import mismatches*)³².

³¹ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 3, par. 236: «*This rule applies a tracing approach to determine to what extent an imported mismatch payment made under a structured arrangement has been set-off (directly or indirectly) against a hybrid deduction under the same arrangement*».

³² Cfr. *ibid*, par. 237: «*If the structured imported mismatch rule does not fully neutralise the effect of the mismatch, the direct imported mismatch rule treats the hybrid deduction as giving rise to an imported*

Infine, se anche quest'ultima regola non ha neutralizzato del tutto gli effetti del disallineamento, la restante deduzione ibrida è considerata come se fosse finanziata da “pagamenti ibridi” indirettamente ricevuti da entità dello stesso gruppo (cd. *indirect import mismatches*)³³.

A una prima analisi, la disposizione dell'art. 9, par. 3, della direttiva ATAD sembrerebbe essere in linea con i contenuti della raccomandazione 8 del BEPS Action 2. Da un lato, infatti, si dispone la negazione della deduzione da parte il contribuente di uno Stato membro per un pagamento «nella misura in cui esso finanzia, direttamente o indirettamente, spese deducibili che generano un disallineamento da ibridi» attraverso transazioni fra imprese associate (§3.2) o come parte di un accordo strutturato. Dall'altro lato, è previsto che detta regola non si applichi nell'ipotesi in cui «una delle giurisdizioni coinvolte nella transazione o serie di transazioni ha effettuato un adeguamento equivalente rispetto al disallineamento da ibridi in questione».

Tuttavia, il dettato letterale della disposizione potrebbe rendere gli effetti della sua applicazione assai più incerti per i contribuenti. L'art. 9, par. 3, infatti si limita a disporre che la regola in esame è disapplicata ogni qual volta «una delle giurisdizioni» ha già operato un «adeguamento equivalente», ma, a differenza della raccomandazione OCSE, non fornisce un chiaro ordine di priorità con riguardo alla giurisdizione che deve operare l'adeguamento stesso. Se quindi, ad esempio, le due giurisdizioni coinvolte differiscono rispetto ai termini del periodo d'imposta, è possibile che la neutralizzazione del disallineamento in base alla *direct o indirect mismatch rule* possa avvenire prima che sia stata verificata la sussistenza o meno di un accordo strutturato ai sensi della *structured mismatch rule*³⁴. Né è chiaro se il

mismatch to the extent that it is directly set-off against payments received from other members of the group that are subject to the imported mismatch rule».

³³ Cfr. *ibid*, par. 238: «if the structured or direct imported mismatch rule does not fully neutralise the effect of the mismatch, the indirect imported mismatch rule treats any surplus hybrid deduction as being set-off against imported mismatch payments received indirectly from members of the same control group».

³⁴ Cfr. ALLEN C., *The Difficult Imported Mismatch Rules: BEPS Action 2 Recommendations*, in *Derivatives & Financial Instruments*, 2017, par. 5.3: «When information is requested to a state under such obligations, the legal system of that State must support the mechanism of collecting information. In Australia, for example, the Commissioner has the power to formally request for information. However, the request is limited to being for the “purpose of the administration or operation of a taxation law” or, on offshore information, being

considerandum 28 della direttiva ATAD 2 può fornire sufficiente giustificazione all'applicazione dell'ordine di priorità previsto dalla raccomandazione 8 anche nel contesto comunitario alla luce della disposizione della direttiva³⁵.

In ogni caso, è probabile che l'applicazione di misure volte alla neutralizzazione degli ibridi importati, siano esse quelle raccomandate dal BEPS Action 2 o quelle disposte dalla direttiva ATAD, comporteranno un complesso processo di raccolta informazioni da parte dei contribuenti in risposta a richieste di *compliance* da parte delle amministrazioni finanziarie³⁶. Tale raccolta di informazioni tuttavia potrebbe risultare di non facile percorribilità anche con riguardo ai rapporti infragruppo nel contesto di un gruppo multinazionale. Anche in presenza di accordi fra gli stati per lo scambio di informazioni, non è detto che gli stati in questione siano obbligati a fornire informazioni in base alle disposizioni anti-ibridi importati³⁷.

Inoltre, sebbene le raccomandazioni del BEPS Action 2 suggeriscono alle amministrazioni finanziarie, almeno in una certa misura, una presunzione a favore delle dichiarazioni dei contribuenti in merito all'applicazione della regola in esame³⁸, d'altro canto è plausibile che nella prassi l'attività di *compliance* richiesta dalla disciplina in esame possa comportare un onere significativo per i contribuenti³⁹.

“relevant to the assessment of a taxpayer”. Both phrases, however, do not appear to satisfy that the Commissioner’s power can be exercised beyond administering Australia’s domestic tax legislation. Therefore, information may need to be sought using other means such as court warrants, appearances or summons. Alternatively, the Mutual Assistance Act may be used if a matter is considered criminal in nature (e.g. tax evasion as opposed to tax avoidance). These demonstrate limitations to obtain information from other States despite comprehensive international obligations».

³⁵ Si vedano altresì le considerazioni del successivo §5.8 sul rilievo del *considerandum* 28 nell'interpretazione delle disposizioni della direttiva ATAD.

³⁶ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 3, par. 265.

³⁷ Cfr. ALLEN C., supra nota 34, par. 5.1

³⁸ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 3, par. 249: «In general it is expected that a tax administration will respect both a taxpayer’s decision to treat a transaction that gives rise to a hybrid mismatch as forming part of a structured arrangement and the taxpayer’s definition of the scope of that structured arrangement provided that treatment and definition is applied consistently by all the parties to that structured arrangement».

³⁹ Cfr. ALLEN C., supra nota 34, par. 5.2: «The administrative burden to accommodate the broad scope of the imported mismatch rules may go beyond what is appropriate for meeting the policy outcome, particularly for those who are not the target taxpayers concerning tax arbitrage. Some of those taxpayers may even be caught up with lengthy compliance activities, which is economically inefficient».

§5.8 Ordinamento delle regole anti-ibridi

Data l'esistenza contemporanea di regole generali per la neutralizzazione degli effetti fiscali del disallineamento da ibridi e di regole speciali previste per alcune specifiche situazioni in cui, a loro volta, può verificarsi la fattispecie di disallineamento, è possibile che in determinate circostanze vi possa essere una sovrapposizione degli ambiti di applicazione di due o più regole. Pertanto, sia il BEPS Action 2 che la direttiva ATAD hanno previsto indicazioni su come tali norme debbano essere applicate in casi di possibile sovrapposizione delle stesse.

Il BEPS Action 2 affronta la questione nella raccomandazione 9, suggerendo un preciso ordine di priorità nell'applicazione delle diverse regole previste dalle raccomandazioni precedenti⁴⁰. Ad esempio, nel caso in cui un accordo transnazionale coinvolga sia un'entità ibrida diretta che un'entità ibrida inversa, la regola applicata per neutralizzare il disallineamento sarà quella prevista dalla raccomandazione sulle entità ibride inverse, in quanto essa ha un ordine di priorità maggiore rispetto a quella sulle entità ibride dirette⁴¹.

Al contrario, la direttiva ATAD non fornisce una regola di priorità generale per le disposizioni di contrasto ai disallineamenti da ibridi. In effetti, il *considerandum* 29 della direttiva ATAD 2 afferma che le regole generali di cui all'art. 9, punti 1 e 2 (§5.1), «si applicano solo nella misura in cui la situazione in cui il contribuente è coinvolto genera un disallineamento», e che conseguentemente «se l'accordo è soggetto ad adeguamento a norma

⁴⁰ OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 3, par. 286: «*The hybrid mismatch rules set out in this report should generally be applied in the following order:*

- (a) *Hybrid financial instrument rule (Recommendation 1);*
- (b) *Reverse hybrid rule (Recommendation 4) and disregarded hybrid payments rule (Recommendation 3);*
- (c) *Imported mismatch rule (Recommendation 8); and*
- (d) *Deductible hybrid payments rule (Recommendation 6) and dual resident entity rule (Recommendation 7).*

⁴¹ Cfr. *ibid*, esempio 4.4.

dell'articolo 9, paragrafo 5, o dell'articolo 9 *bis*», allora non è necessario alcun ulteriore adeguamento ai sensi delle altre disposizioni anti-ibridi della direttiva.

È stato giustamente osservato in dottrina come il dettato letterale del *considerandum* 29 implica che, nel caso in cui il disallineamento non è prevenuto, o i suoi effetti neutralizzati, ai sensi degli articoli 9, par. 5 (§5.4), e 9-bis (§5.3), allora le regole generali di cui all'art. 9, punti 1 e 2, tornano ad essere applicabili⁴².

Tuttavia, detto *considerandum* non fornisce indicazioni circa possibili sovrapposizioni che potrebbero verificarsi fra l'applicazione della disposizione sulle entità con doppia residenza di cui all'art. 9-ter e le disposizioni generali su doppie deduzioni (D/D) e deduzioni senza inclusione (D/NI). È pur vero che generalmente non dovrebbe esservi sovrapposizione fra i due ambiti, in quanto la definizione di “doppia deduzione” di cui all'art. 2 punto 9) della direttiva prevede «la deduzione di un pagamento o pagamento nozionale tra sede centrale e stabile organizzazione o tra due o più stabili organizzazioni», mentre l'art. 9-ter vede una sola entità dedurre due volte lo stesso pagamento in due diverse giurisdizioni. Tuttavia, non possono essere esclusi scenari in cui lo stesso pagamento può causare sia una D/NI (o anche una D/D nel senso generale dell'art. 2 punto 9) che una doppia deduzione da doppia residenza ai sensi dell'art. 9-ter⁴³.

Inoltre, anche se si ritenesse che il *considerandum* 28 giustifichi l'utilizzo dello stesso ordine di priorità fissato dalla raccomandazione 8 del BEPS Action 2 anche per le disposizioni della direttiva ATAD 2 - almeno nella misura in cui non è altrimenti specificato nella direttiva stessa - ciò solleva ulteriori interrogativi. Come rilevato in dottrina, infatti, lasciare uno spazio così ampio, nell'applicazione delle disposizioni della direttiva, a un documento di natura non vincolante il cui contenuto potrebbe essere sempre emendabile è quantomeno discutibile sotto il profilo della qualità del testo di legge⁴⁴, e altresì alla luce dei

⁴² Cfr. PATTI G. F., *supra* nota 5, 420-421.

⁴³ Per alcuni esempi in proposito, cfr. PATTI G. F., *supra* nota 5, 425-428.

⁴⁴ Cfr. PEETERS B., *Imported Mismatches*, in PISTONE P.-WEBER D., *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, Amsterdam, 2018, 450.

diversi orientamenti e impostazioni che animano, rispettivamente, la legislazione comunitaria - e in particolare il mercato unico europeo - e il progetto BEPS⁴⁵.

§5.9 *L'applicazione delle regole anti-ibridi alle ritenute*

Un punto che non trova esplicita menzione nella direttiva ATAD è se le regole anti-ibridi ivi disposte siano applicabili anche nel caso in cui l'imposizione sia operata sotto forma di ritenuta. La mancanza di considerazione per questa ipotesi potrebbe trovare la sua ragione in alcune delle direttive precedenti, fra cui la *Interest and Royalties Directive* e la *Parent and Subsidiary Directive*, le quali hanno introdotto esenzioni da imposta in molte delle ipotesi che (1) sarebbero state soggette a ritenuta, e (2) avrebbero potuto ricadere nell'ambito di applicazione soggettivo delle disposizioni della direttiva ATAD in materia di disallineamenti da ibridi⁴⁶.

Al contrario, il BEPS Action 2 affronta la questione inerente all'applicazione delle regole di neutralizzazione del disallineamento, concludendo che «*a payment should not be treated as included in ordinary income simply because it has been subject to withholding at source*», poiché «*Withholding taxes alone do not neutralise the hybrid mismatch as withholding taxes, where applicable, often are imposed with respect to equity instruments*»⁴⁷.

Questa tesi tuttavia appare discutibile. In particolare, come rilevato in dottrina, non appare condivisibile l'idea che l'applicazione di una ritenuta al pagamento non comporti la

⁴⁵ Cfr. SCHÖN W., *Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*, in Bull. Int'n Tax'n, 2020, 290: «*all EU legislation in the area of the BEPS Action Plan is informed by two heterogeneous streams: (i) the global fight against tax avoidance under the BEPS Action Plan, which adopts a rather sceptical view of entrepreneurial freedom and puts fiscal interest first; and (ii) the theory behind the internal market, which is fundamentally focused on the protection of individual economic freedom and on unleashing business initiatives*», un conflitto che l'autore stigmatizza come «*between the pro-business purpose of European law and the pro-revenue purpose of the BEPS Action Plan*».

⁴⁶ Cfr. COOPER G. S., *Some Thoughts on the OECD's Recommendations on Hybrid Mismatches*, in Bull. Int'l Tax'n, 2014, 348.

⁴⁷ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 3, par. 407.

sua inclusione nel reddito del beneficiario⁴⁸. Peraltro, se è vero che spesso l'imposizione sotto forma di ritenuta ha ad oggetto strumenti di capitale, è altrettanto vero che anche gli strumenti di debito possono a loro volta essere soggetti a ritenuta⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. ad es. PARADA L., *Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach*, in *Intertax*, 2018, 982: «if, due to a different characterization of the payer entity, the country of the payee disregards a payment (i.e. it considers the payment as not included as ordinary income) and the payer jurisdiction denies the deduction but applies a withholding tax, the withholding tax will most probably not be credited in the payee jurisdiction because of the non-inclusion of income, and will thereby become a true cost for the whole transaction». A conclusioni analoghe giunge anche Cooper (2015: 340): «There is no diminution to the local tax base if a payment of 100 is deducted from profits liable to corporate income tax at 30% if a withholding tax of 30% applies. And if the withholding tax is set at 10%, as the proposed rules are all drafted in the language which accommodates partial outcomes, the rules overstate the size of the problem if they treat the D [deduction] outcome as conclusive of base erosion and setting the size of the loss, and disregard any offsetting withholding tax».

⁴⁹ Ad esempio, nell'ordinamento tributario italiano, il comma 1 dell'art. 26 del DPR 600/1973 dispone che «I soggetti indicati nel comma 1 dell'articolo 23, che hanno emesso obbligazioni, titoli similari e cambiali finanziarie, operano una ritenuta del 20 per cento, con obbligo di rivalsa, sugli interessi ed altri proventi corrisposti ai possessori».

VI. L'attuazione delle disposizioni anti-ibridi della direttiva ATAD negli stati membri dell'Unione Europea

PREMESSA. – 6. IL LIVELLO MINIMO DI PROTEZIONE E LA OPT-OUT CLAUSE NELLA DIRETTIVA ATAD – 6.2.
L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA ATAD IN ITALIA. ASPETTI GENERALI – 6.3 L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA ATAD IN ITALIA. PROBLEMI INTERPRETATIVI – 6.4 L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA ATAD IN GERMANIA – 6.5 L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA ATAD IN LUSSEMBURGO – 6.6 LA COMPATIBILITÀ FRA LE NORME GENERALI ANTI-IBRIDI E LE LIBERTÀ FONDAMENTALI.

Premessa

Una delle condizioni che il BEPS Action 2 presenta fin dal principio come essenziale per il buon funzionamento delle regole anti-ibridi ivi illustrate è un coordinamento efficace fra gli stati, che assicuri certezza per i contribuenti nell'applicazione di tali regole e minimizzi i rischi di doppia tassazione¹.

¹ Cfr. OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015, par. 272.

Analoga esigenza sussiste certamente anche per quanto concerne le disposizioni della direttiva ATAD². Non solo, infatti, dette disposizioni sono vincolanti per gli Stati membri (salvo quanto si dirà più avanti, cfr. §6.1), che sono tenuti a darne attuazione nei loro ordinamenti interni, ma eventuali distorsioni causate da applicazioni disomogenee della disciplina potrebbero non solo - come sottolineato dal BEPS Action 2 - aumentare i costi e l'incertezza per i contribuenti, ma anche entrare in conflitto con la legislazione primaria dell'Unione, e in particolare con i diritti fondamentali da questa fissati³.

Attualmente, le disposizioni anti-ibridi della direttiva hanno trovato attuazione in tutti gli Stati membri dell'Unione⁴. Tuttavia, tale attuazione ha già conosciuto alcune significative differenze. In questo capitolo, pertanto, si analizzeranno le ragioni, la natura e le conseguenze di tali differenze a livello comunitario, attraverso un esame delle peculiarità emerse dall'attuazione della direttiva in alcuni degli Stati membri. In particolare, oltre al contesto nazionale, saranno oggetto di analisi l'attuazione della direttiva in Germania - alla luce sia della sua indubbia rilevanza economica nell'Unione che dei punti di contatto e di differenza con la normativa italiana - e in Lussemburgo - il quale, pur non avendo un peso economico paragonabile agli altri due Stati trattati nella presente sezione, riveste nondimeno un ruolo determinante nel mercato dei capitali comunitario essendo uno dei principali *hub* dei fondi di investimento in Europa⁵.

² Cfr. ad es. il *considerandum* 27 della direttiva ATAD 2.

³ Cfr. Commissione europea, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento. Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio*, Doc. COM(2015) 302, Bruxelles, 2015, 6: «I trattati impongono il rispetto delle libertà fondamentali - compresa la libertà di stabilimento. Le riforme devono pertanto essere adattate al contesto UE e risolvere le incongruenze su scala europea».

⁴ Cfr. HASLEHNER W.-PANTAZATOU K., *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures (ATAD & DAC 6)*, Doc. PE 703.353, European Union, 2022, 11.

⁵ Peraltro, come evidenziato dalla Risoluzione 2015/2010 INL del Parlamento Europeo (cfr. nota 15 al capitolo 1), il Lussemburgo è stato protagonista di un numero rilevante di situazioni di pianificazione fiscale aggressiva che, secondo il Parlamento europeo, hanno giustificato l'intervento del legislatore comunitario con le due direttive ATAD 1 e 2.

§6.1 Il livello minimo di protezione e la opt-out clause nella direttiva ATAD

Già nella stesura della direttiva ATAD 1, il legislatore avvertì il rischio che norme eccessivamente complesse e di profondo impatto sugli ordinamenti tributari nazionali avrebbero potuto entrare in contrasto con le disposizioni interne di alcuni degli Stati membri, poiché la materia delle imposte sul reddito (e in particolare delle imposte sul reddito delle società) non è stata oggetto, a livello comunitario, di armonizzazione come è per le imposte indirette quali IVA e accise (art. 113 TFUE), bensì solo di ravvicinamento (art. 115 TFUE)⁶.

La direttiva ATAD 1 si impegnò pertanto a fornire un livello minimo di protezione contro pratiche di pianificazione fiscale aggressiva - incluse quelle basate su disallineamenti da ibridi - indicando all'art. 3 che la direttiva stessa «non pregiudica l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a salvaguardare un livello di protezione più elevato delle basi imponibili nazionali per l'imposta sulle società».

Tuttavia, come illustrato in precedenza (§5.1), la direttiva ATAD 2 ha ampliato significativamente il novero e l'ambito di applicazione delle misure di contrasto ai disallineamenti da ibridi, disponendo anzitutto che la regola generale di cui all'art. 9 punto 2 della direttiva adesso prevedesse non solo una norma di reazione primaria ma anche una norma difensiva. Ma già in sede di bozze di lavoro alcuni Stati membri manifestarono perplessità rispetto agli effetti che l'introduzione di dette norme difensive avrebbe potuto avere sui loro ordinamenti interni, con riguardo ad alcuni elementi ibridi in particolare: deduzioni senza inclusione (D/NI) causate da pagamenti a entità ibride inverse (art. 2, punto 9, lett. b)), D/NI causate da stabili organizzazioni ibride (art. 2, punto 9, lett. c) e d)), e D/NI causate da pagamenti nozionali a una stabile organizzazione (art. 9, punto 9, lett. f)). Detti Stati membri erano infatti preoccupati che, da un lato, l'applicazione della norma difensiva per queste situazioni avrebbe comportato un aggiustamento dei criteri di territorialità dei

⁶ Cfr. *considerandum* 3 della direttiva ATAD 1: «È necessario stabilire norme per rafforzare il livello medio di protezione contro la pianificazione fiscale aggressiva nel mercato interno. Dal momento che dovrebbero adattarsi a 28 diversi regimi di imposta sulle società, queste norme dovrebbero limitarsi a disposizioni generali e lasciare il compito dell'attuazione agli Stati membri, che si trovano in una posizione migliore per definire gli elementi specifici di tali norme secondo le modalità più adatte ai rispettivi regimi di imposizione delle società».

propri ordinamenti tributari⁷; dall'altro, l'introduzione di tale norma difensiva richiederebbe, per questi Stati membri, altri mutamenti nei propri ordinamenti interni, al fine di evitare risultati di doppia tassazione - mutamenti che avrebbero possibilmente riguardato anche norme di fonte convenzionale⁸.

Il legislatore comunitario decise pertanto di introdurre, nella nuova versione dell'art. 9, una clausola di esclusione (*opt-out clause*) al punto 4 con riguardo a due specifiche disposizioni. La lett. a) prevede appunto che la suddetta norma difensiva per D/NI di cui all'art. 9, par. 2, lett. b), potesse essere esclusa per gli elementi ibridi sopra richiamati (lett. b), c), d) o f) dell'art. 2, punto 9) della direttiva). La lett. b), invece, riguarda sia la norma di reazione primaria che la norma difensiva nei casi di D/NI causati da pagamenti di interessi a titolo di uno strumento finanziario a imprese associate, nell'ambito del settore bancario, che siano stati emessi al solo scopo di soddisfare i requisiti di capacità di assorbimento perdite delle banche⁹. Considerando che detta seconda esclusione ha operato soltanto fino al 31 dicembre 2022, essa non sarà oggetto di ulteriore analisi nel presente lavoro¹⁰.

La norma difensiva oggetto della clausola di esclusione di cui alla lett. a) dell'art. 9, punto 4, era stata introdotta nella direttiva ATAD per rispondere alla necessità di

⁷ Cfr. Council of the European Union, *Explanation of Presidency compromise*, WK 1501/2016 INIT, Bruxelles, 2016, 4: «*From a policy perspective, some Member States concur with the conclusion reached under Action 2 that it is not appropriate to require jurisdictions to adjust the territorial scope of their tax system simply in order to address base erosion that takes place outside its jurisdiction. They consider that requiring the payee jurisdiction to expand the territorial scope of its tax regime to address base erosion in third countries (and only in respect of hybrid mismatch structures) is likely to create inconsistencies in respect of that jurisdiction's overall policy settings*».

⁸ Cfr. *ibid*: «*The practical reason for not applying a secondary rule in these cases is that the payee jurisdiction would likely have to make a number of other collateral changes to the tax treatment of the arrangement in order to reflect the full tax consequences of the inclusion and to avoid economic double taxation. A secondary rule would also raise issue with respect to application of double tax treaties. These additional complications in the application of the secondary rule would violate the original design criteria of the hybrid mismatch rules which are intended to neutralise the mismatch in tax outcomes without disturbing any of the other tax, commercial or regulatory outcomes associated with the arrangement*».

⁹ Cfr. *considerandum* 17 della direttiva ATAD 2: «Al fine di evitare risultati indesiderati dall'interazione tra la norma sugli strumenti finanziari ibridi e i requisiti sulla capacità di assorbimento delle perdite imposti alle banche, e fatte salve le norme in materia di aiuti di Stato, gli Stati membri dovrebbero poter escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva gli strumenti infragruppo emessi al solo scopo di soddisfare i requisiti sulla capacità di assorbimento delle perdite dell'emittente e non a fini di elusione fiscale».

¹⁰ Vale tuttavia la pena osservare che il parlamento del Regno Unito, con lo *statutory instrument* n. 1144 del 2022, ha abrogato questo termine, disponendo di fatto la prosecuzione *sine die* di questa clausola.

neutralizzare i disallineamenti che avrebbero potuto essere causati da accordi transnazionali che coinvolgessero Stati terzi (§5.1). Conseguentemente, le preoccupazioni espresse dagli Stati membri nelle bozze di lavoro precedentemente richiamate assumono implicitamente, quale contesto di applicazione della norma difensiva, interazioni fra Stati membri UE e Stati terzi. Tuttavia, come sottolineato in dottrina, poiché l'art. 3 della direttiva consente agli Stati membri di adottare misure diverse e più restrittive di contrasto alla fattispecie di disallineamento, è possibile che uno Stato membro UE possa dover applicare la norma difensiva nei confronti di un altro Stato membro - e, se detto Stato avesse adottato anche la clausola di esclusione di cui all'art. 9, punto 4, il disallineamento non sarebbe neutralizzato in nessuno dei due Stati membri¹¹.

§6.2 *L'attuazione della direttiva ATAD in Italia. Aspetti generali.*

In Italia è stata data attuazione delle disposizioni della direttiva ATAD in materia di disallineamenti da ibridi attraverso il decreto legislativo n. 142 del 29 novembre 2018 (di seguito "Decreto ATAD"), e in particolare il capo IV (artt. 6-11) del presente decreto.

La disciplina del Decreto ATAD non si discosta significativamente da quella contenuta negli articoli 9, 9-bis e 9-ter della direttiva¹². Anche la sua struttura segue nel dettaglio quella della direttiva¹³.

¹¹ Cfr. PATTI G. F., *ATAD II – Overview and Open Issues – Part I*, in *Dir. Prat. Trib. int.* 2019, 406. Cfr. anche FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in *EC Tax Review*, 2017, 161.

¹² Cfr. AICARDI M., *La disciplina domestica di contrasto agli hybrid mismatch arrangements aventi per oggetto strumenti finanziari: spunti interpretativi e di riflessione critica alla luce delle indicazioni contenute nelle relazioni del BEPS action 2*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 32.

¹³ In particolare, gli artt. 6 e 7 definiscono i termini essenziali utilizzati nelle disposizioni del Decreto, seguendo (salvo quanto si dirà di seguito) il contenuto dell'art. 2, punto 9), della direttiva. L'art. 8 co. 1 e 2 riproducono le regole generali previste per doppie deduzioni (D/D) e deduzioni senza inclusione (D/NI) (§5.1). Il comma 3 del medesimo articolo attua la disposizione contro gli ibridi importati di cui all'art. 9, par. 3, della direttiva. Al comma 4 troviamo la norma sulle stabili organizzazioni sconosciute previste dall'art. 9, par. 5, della direttiva. Il comma 5, invece, contiene una norma speciale sulle operazioni di pronti contro termine al fine di neutralizzare eventuali duplicazioni di crediti d'imposta esteri (§2.4). L'art. 9 del Decreto è attuazione della disposizione *ad hoc* sugli ibridi inversi di cui all'art. 9-bis della direttiva ATAD, e contiene la stessa clausola di esclusione per organismi di investimento collettivo. L'art. 10 riguarda i disallineamenti da doppia residenza disciplinati dall'art. 9-ter della direttiva. Infine, l'art. 11 del Decreto contiene alcune disposizioni sugli accertamenti in materia di disallineamenti da ibridi.

Un'eccezione rilevata in dottrina riguarda in particolare l'ambito soggettivo della disciplina¹⁴. L'art. 1, par. 2, della direttiva prevede infatti che le disposizioni in materia di entità ibride inverse si applicano non solo ai soggetti passivi di imposta sulle società, che sono i destinatari principali delle disposizioni della direttiva ATAD, ma anche alle entità fiscalmente trasparenti (§3.1). Al contrario, l'art. 6, co. 1, lett. t) del Decreto ATAD dispone esplicitamente l'esclusione delle «società semplici e dei soggetti ad esse assimilati» dal novero dei soggetti passivi ai fini delle disposizioni anti-ibridi¹⁵.

Questa esclusione, benché confinata alle sole società semplici, potrebbe tuttavia avere conseguenze sotto il profilo applicativo delle norme anti-ibridi. Ad esempio, se una società semplice italiana avesse una partecipazione in una società di persone residente in uno Stato terzo (che, quindi, essendo fiscalmente opaca per la giurisdizione italiana ai sensi dell'art. 73 del TUIR, sarebbe un'entità ibrida inversa) in cui non vi sono disposizioni anti-ibridi, l'eventuale disallineamento causato da un pagamento effettuato da detta società di persone estera alla società semplice italiana non sarebbe soggetto a neutralizzazione¹⁶.

Occorre inoltre osservare che, già prima dell'entrata in vigore del Decreto ATAD, esistevano in Italia norme anti-elusive il cui effetto era anche quello di prevenire potenziali disallineamenti da ibridi. Ad esempio, l'art. 73, co. 1, lett. d), del TUIR, che prevede l'assoggettamento a IRES anche delle società non residenti senza personalità giuridica, se da un lato può provocare disallineamenti da entità ibrida inversa, dall'altro può prevenire disallineamenti da entità ibrida diretta¹⁷. Viceversa, l'art. 23, co. 1, del TUIR, prevedendo l'imponibilità in Italia anche dei redditi prodotti da società di persone, situate in Italia ma controllate da non residenti, previene che possa originarsi un disallineamento da ibridi causato da un'entità ibrida inversa nel caso in cui l'Italia sia la giurisdizione del pagatore¹⁸.

¹⁴ Cfr. ARGINELLI P., *The Implementation of the ATAD in Italy*, in Intertax, 2022, 532.

¹⁵ D'altro canto, la definizione di "soggetto passivo" del Decreto ATAD include anche «le persone fisiche che esercitano un'attività di impresa», le quali, non essendo soggetti passivi IRES, non sarebbero rientrati nell'ambito soggettivo nella disciplina in base all'art. 1, par. 1, della direttiva ATAD.

¹⁶ Cfr. ARGINELLI P., *supra* nota 13, 532.

¹⁷ Se, infatti, la società straniera fosse una società fiscalmente trasparente per la giurisdizione italiana ma fiscalmente opaca per la giurisdizione dello Stato di residenza della società straniera stessa, le eventuali spese di quest'ultima potrebbero essere deducibili in entrambe le giurisdizioni.

¹⁸ Cfr. ARGINELLI P., *supra* nota 13, 532.

Benché quindi mancasse una disciplina organica anti-ibridi quale quella introdotta in attuazione della direttiva ATAD, già l'ordinamento tributario italiano prevedeva alcune norme di prevenzione del disallineamento. Tuttavia, poiché tali norme restano in vigore anche successivamente all'entrata in vigore del decreto ATAD, è opportuno considerare le conseguenze che potenzialmente discendono dalla sovrapposizione dei rispettivi ambiti di applicazione.

Si consideri ad esempio la norma di cui all'art. 44, co. 2, lett. a) del TUIR, che limita la qualificazione di redditi di capitale assimilati (e, quindi, anche l'applicabilità della *dividend exemption* prevista dall'art. 89 del TUIR) ai soli strumenti finanziari «a condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente». L'applicazione di questa norma previene potenziali disallineamenti da deduzione senza inclusione (D/NI) in cui il pagamento in base allo strumento finanziario è dedotto nella giurisdizione dello Stato estero senza trovare inclusione nel reddito del soggetto residente in Italia. Un simile disallineamento ricadrebbe anche sotto l'ambito di applicazione dell'art. 8, co. 2, lett. b), del Decreto ATAD. Poiché tuttavia la norma interna già previene la causa del disallineamento, l'applicazione di quest'ultima prevale su quella della disposizione contenuta nel Decreto ATAD¹⁹.

§6.3 L'attuazione della direttiva ATAD in Italia. Problemi interpretativi.

Una prima questione interpretativa analizzata in dottrina riguarda il concetto di “pagamento”, concetto che riveste un ruolo essenziale sia nella direttiva ATAD²⁰ che nel BEPS Action 2. Tuttavia, le definizioni di doppia deduzione e deduzione senza inclusione fornite dal Decreto ATAD all'art. 6, co. 1, lett. b) e c), utilizzano, in luogo del termine “pagamento” di cui alle analoghe definizioni contenute nell'art. 2, punto 9, della direttiva,

¹⁹ In questo senso si esprime la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 2022, 25. Cfr. anche A ARGINELLI P, *supra* nota 13, 533.

²⁰ Nonostante esso non sia definito esplicitamente nella direttiva (cfr. §2.2).

l'espressione "componente positiva (negativa) di reddito". L'uso di tale espressione da parte del legislatore italiano sembrerebbe, *prima facie*, suggerire implicitamente un'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina anti-ibridi prevista dalla direttiva ATAD²¹, estensione che peraltro potrebbe trovare una sua giustificazione nell'art. 3 della direttiva stessa (§6.1).

D'altro canto, come osservato in dottrina²², la definizione di "componente negativo di reddito" fornita dal legislatore all'art. 6, co. 1, lett. z), del Decreto ATAD, descrive questo come «un onere al quale è associato un flusso finanziario che trova manifestazione nello stesso periodo di imposta in cui detto onere risulta sostenuto oppure in un periodo di imposta anteriore o posteriore». La condizione che, a tale onere, sia associato un flusso finanziario sembrerebbe quindi rendere detta definizione sostanzialmente equivalente a quella di "pagamento" così come definita dal BEPS Action 2²³.

Altra questione interpretativa sollevata dal Decreto ATAD riguarda la nozione di "imposta sui redditi". Tale nozione non trova definizione autonoma nell'art. 6 del decreto, tuttavia è essenziale in quanto, in base alla definizione di "deduzione" di cui all'art. 6, co. 1, lett. d) del decreto, essa riguarda solo «l'importo considerato deducibile ai fini delle imposte sui redditi a norma delle leggi della giurisdizione del pagatore o dell'investitore», e pertanto la nozione di "imposta sui redditi" ha conseguenze decisive sui confini dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Decreto ATAD. Tuttavia, se da un lato è pacifico che

²¹ Cfr. AICARDI M., *supra* nota 11, 47: «La scelta terminologica del nostro legislatore sembra dunque sottintendere un allargamento del perimetro di applicazione della normativa di contrasto ai disallineamenti da ibridi rispetto a quello previsto originariamente dall'OCSE, all'interno del quale dovrebbero quindi rientrare i disallineamenti derivanti sia dagli interessi impliciti contabilizzati a fronte di un finanziamento *interest free* che dai componenti di reddito che si originano dall'atto di rinuncia ad un credito».

²² Cfr. ARGINELLI P., *supra* nota 13, 533: «*the definition of 'negative item of income' provided for in Article 6(1)(z) of the Decree includes the requirement that the item of income is associated with a 'financial flow', a condition that appears substantially equivalent to a 'payment' requirement*».

²³ Il dettato letterale dell'art. 6, co. 1, lett. z) del Decreto ATAD, ed in particolare il passaggio che definisce il "componente negativo di reddito" anche come «un onere che si considera sostenuto 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 secondo le norme del suo Stato di localizzazione nonché di quello della casa madre e delle altre stabili organizzazioni», potrebbe lasciare dubbi sul fatto che la condizione che vi sia un flusso finanziario si applichi anche alle situazioni che coinvolgono stabili organizzazioni (ad esempio nel caso di un *diverted* o *disregarded permanent establishment*, cfr. §4.6). Tuttavia, la circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 2 del 2022, 29-30, sembra sposare l'interpretazione della norma che considera detta condizione applicabile alla definizione di "componente negativa di reddito" in tutti i casi.

l’IRES rientri nel novero delle imposte sui redditi, più controversa è la questione con riguardo all’IRAP. Il presupposto d’imposta dell’IRAP, infatti, non è un reddito bensì l’esercizio abituale di un’attività economica organizzata alla produzione di beni o servizi²⁴. È pertanto dubbio che la nozione di “imposta sui redditi” ai sensi dell’art. 6 del Decreto ATAD includa anche l’IRAP²⁵.

Infine, ulteriori perplessità ha suscitato un recente documento di prassi dell’amministrazione finanziaria in materia di ibridi importati²⁶. Nella situazione affrontata da tale documento, infatti, l’Agenzia delle Entrate ha ritenuto applicabile la disposizione dell’art. 8, co. 3, del Decreto ATAD, in materia di ibridi importati, a una società italiana che acquistava prodotti dalla società controllante svizzera. La controllante svizzera, infatti, fino al 2020 aveva considerato la società italiana una propria stabile organizzazione in base al cd. “regime delle società principali” previsto dalla legge elvetica. Con l’abolizione di questo regime, la controllante ha quindi potuto rilevare fiscalmente l’avviamento precedentemente generato all’estero conseguentemente al (presunto) rimpatrio di funzioni dalla stabile organizzazione italiana. Pertanto, sul reddito conseguito sulle vendite alla controllata italiana, la controllata svizzera deduceva le quote di ammortamento di detto avviamento senza che alcuna inclusione fosse altrove prevista. Di conseguenza, l’Agenzia delle Entrate ha ritenuto che la transazione fra la controllata italiana e la controllante svizzera fosse finanziata dalla deduzione senza inclusione in capo a quest’ultima.

A suscitare perplessità in questo caso, a parte la circostanza che detti acquisti siano avvenuti prima dell’entrata in vigore delle disposizioni anti-ibridi del Decreto ATAD, è soprattutto la natura della componente di reddito oggetto di rettifica. Sebbene, infatti, sia il Decreto ATAD che la direttiva ATAD si riferisca genericamente a un «pagamento» che

²⁴ Cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2001: «L’imposta colpisce perciò, con carattere di realtà, un fatto economico, diverso dal reddito, comunque espressivo di capacità di contribuzione in capo a chi, in quanto organizzatore dell’attività, è autore delle scelte dalle quali deriva la ripartizione della ricchezza prodotta tra i diversi soggetti che, in varia misura, concorrono alla sua creazione».

²⁵ Cfr. MAZZA N.-SENCAR D., *I disallineamenti da ibridi*, in AVOLIO D. (a cura di), *Fiscalità internazionale e dei gruppi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 998. Inoltre, non può certamente giustificarsi l’utilizzo della nozione “imposta sui redditi” sulla base del dettato dell’art. 1 della direttiva ATAD, atteso che l’art. 3 della stessa direttiva (cfr. §6.1) avrebbe probabilmente consentito un’estensione esplicita delle disposizioni di attuazione della stessa anche all’IRAP.

²⁶ Agenzia delle Entrate, risposta a interpello n. 288 del 2023.

finanzi «spese deducibili» causa di disallineamento, il BEPS Action 2 sembra suggerire che i pagamenti da considerare finanziati da un ibrido importato dovrebbero essere, in linea generale, solo quelli provenienti da cd. *passive income* (interessi, canoni, fitti) e non, ad esempio, plusvalenze da cessione di attività²⁷. L'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate non sembra dunque allinearsi a quella del *report* OCSE, con possibili incertezze sulle future applicazioni della disciplina anti-ibridi ad altre situazioni²⁸.

§6.4 L'attuazione della direttiva ATAD in Germania

Similmente a quanto osservato nel contesto italiano, anche nell'ordinamento tedesco era assente una disciplina comprensiva in materia di disallineamenti da ibridi prima dell'attuazione della direttiva ATAD, sebbene anche in questo caso già esistessero alcune norme di prevenzione di specifiche situazioni di disallineamento. Ad esempio, la sezione 4i della legge tedesca sulle imposte sui redditi (*Einkommensteuergesetz*, di seguito EstG) prevedeva già l'indeducibilità di alcune tipologie di spese che fossero già state dedotte in un altro Stato²⁹. In mancanza appunto di una disciplina comprensiva, tuttavia, è stata introdotta la nuova sezione 4k, che ha specificamente ad oggetto la deducibilità di componenti di reddito per le imprese in situazioni di disallineamento (*Betriebsausgabenabzug bei Besteuerungssinkongruenzen*).

La struttura della s. 4k è significativamente diversa sia da quella del Decreto ATAD italiano che da quella della direttiva ATAD - sebbene, come si vedrà a breve, tale sezione attui comunque nella sostanza le disposizioni della direttiva senza drastiche modifiche. In effetti, la struttura della s. 4k appare più simile, nella forma, a quella del BEPS Action 2. La

²⁷ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, par. 242: «A payment will only be treated as an imported mismatch payment if it is both deductible under the laws of the payer jurisdiction and gives rise to ordinary income under the laws of the payee jurisdiction. Imported mismatch payments will therefore include rents, royalties, interest and fees paid for services but will not generally include amounts that are treated as consideration for the disposal of an asset».

²⁸ Sulla questione cfr. ARGINELLI P., *Indeducibilità degli ibridi importati dalla Svizzera tramite società principali. Luci e ombre nella risposta a interpello 288/2023 dell'agenzia delle Entrate*, Il Sole 24 Ore, 17 luglio 2023.

²⁹ «Aufwendungen dürfen nicht als Sonderbetriebsausgaben abgezogen werden, soweit sie auch die Steuerbemessungsgrundlage in einem anderen Staat mindern».

sezione non prevede infatti una regola generale di neutralizzazione dei disallineamenti, accompagnata da norme speciali per specifiche situazioni, bensì è organizzata sulla base degli elementi ibridi causa del disallineamento in oggetto, non diversamente dalle raccomandazioni del *report* OCSE. Significativa è inoltre la mancanza di una disposizione di apertura che fornisca una definizione dei termini impiegati nella presente disciplina, per i quali pertanto è ragionevole presumere che operi un richiamo alla normativa interna dell'EstG.

Con riguardo all'aspetto lessicale, infatti, una delle prime particolarità delle disposizioni della s. 4k è che, in luogo del termine "pagamento" (*Zahlung*), la s. 4k (1) utilizza il termine *Aufwendungen* (lo stesso utilizzato altresì nella già richiamata s. 4i), traducibile come "spesa" o "costo". Come già osservato nel Decreto ATAD (§6.3), pertanto, anche qui sembra che l'ambito di applicazione oggettivo della disciplina sia più ampio di quello previsto dalla direttiva ATAD³⁰. Tale impressione è rafforzata altresì dalla già rilevata mancanza di una definizione autonoma del termine, diversamente da quanto osservato con riguardo alla legge italiana.

Un ulteriore aspetto distintivo della disciplina prevista dalla s. 4k è la previsione di uno specifico ordine gerarchico di applicazione delle disposizioni ivi contenute, ordine che riflette esattamente quello in cui dette disposizioni sono elencate nella sezione. Come già osservato in precedenza (§5.8), un simile ordinamento delle disposizioni è infatti assente nella direttiva ATAD, benché sia presente nel BEPS Action 2³¹. Tuttavia, l'ordinamento previsto dall'EstG non si allinea perfettamente a quello previsto dal BEPS Action 2. Se da un lato, infatti, entrambi i testi prevedano la priorità della regola di neutralizzazione del disallineamento da strumenti finanziari ibridi su tutte le altre, dall'altro lato la s. 4k dell'EstG prevede che la regola sulle doppie deduzioni causate da entità ibride, stabili organizzazioni ibride o doppia residenza, di cui alla s. 4k (4), trovi applicazione prima della regola sugli

³⁰ Cfr. FEHLING D., *Addressing Base Erosion and Profit Shifting: The Implementation of the ATAD in Germany*, in *Intertax*, 2022, 728: «the term 'expenditure' has a wider scope than the term 'payments' that is frequently used in the directive and potentially also covers tax depreciation. This wider scope, however, should be compatible with the directive according to Article 3 ATAD».

³¹ Cfr. nota 40 al capitolo 5.

ibridi importati, di cui alla s. 4k (5), diversamente da quanto raccomandato dal BEPS Action 2.

Infine, merita attenzione la disposizione di cui alla s. 4k (7), la quale prevede che le disposizioni anti-ibridi della presente sezione prevalgano su eventuali disposizioni di senso contrario previste da un trattato contro le doppie imposizioni³². È interessante notare infatti come una disposizione analoga sia non solo assente nel Decreto ATAD, ma sarebbe difficile anche solo immaginarne l'inclusione considerando il rango superiore attribuito dalla Costituzione italiana alle norme di fonte convenzionale rispetto a quelle di fonte primaria, quand'anche esse siano attuazione di una direttiva europea (§5.5). Al contrario, la suddetta s. 4k (7) investe sostanzialmente l'intera disciplina anti-ibridi di attuazione della direttiva ATAD nell'ordinamento tedesco, con l'eccezione di alcune altre norme isolate quali ad esempio la s. 50d (9), che attua le disposizioni di cui all'art. 9, par. 5, della direttiva in materia di stabili organizzazioni disconosciute (§5.4), e la s. 49 (1) n. 11, che attua le disposizioni *ad hoc* in materia di ibridi inversi previste dall'art. 9-bis della direttiva (§5.3).

La disposizione della s. 4k (7) pertanto non confligge con l'esclusione prevista dalla direttiva ATAD in materia di stabili organizzazioni disconosciute, in quanto l'art. 9, par. 5, della direttiva che contiene tale esclusione trova attuazione in una diversa sezione dell'EstG. Tuttavia, essa potrebbe nondimeno portare a esiti applicativi discordi rispetto ad altri Stati membri che, come l'Italia, prevedono invece la prevalenza delle norme di fonte convenzionale.

§6.5 L'attuazione della direttiva ATAD in Lussemburgo

Le disposizioni anti-ibridi della direttiva ATAD sono state attuate nell'ordinamento tributario lussemburghese attraverso l'emendamento dell'art. 168-ter della legge locale sulle imposte sui redditi (*Loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu*, di seguito LIR), e l'introduzione dell'art. 168-quater in attuazione della disposizione *ad hoc*

³² «Die Absätze 1 bis 6 sind ungeachtet der Vorschriften eines Abkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung anzuwenden».

sugli ibridi inversi prevista dall'art. 9-bis della direttiva (§5.3). Come si avrà modo di illustrare a breve, tuttavia, tali disposizioni presentano significative divergenze rispetto a quanto osservato negli ordinamenti tributari di Italia e Germania - divergenze che trovano la loro principale ragione nel peculiare contesto economico del Lussemburgo, caratterizzato dal ruolo rilevante giocato dalle diverse tipologie di fondi di investimento previste dal diritto lussemburghese.

Nel complesso, infatti, il legislatore lussemburghese si è attenuto molto più strettamente al livello minimo di protezione previsto dalla direttiva ATAD di quanto non abbiano fatto altri Stati membri. E abbiamo immediata evidenza di ciò nell'uso, da parte dell'art. 168-ter del LIR, del termine "pagamento" (*paiement*), piuttosto che delle nozioni più ampie impiegate dalle disposizioni di attuazione della direttiva ATAD in Italia e Germania. In particolare, il *Conseil d'État* del Lussemburgo ha rilevato come, in mancanza di una definizione del termine nelle direttive ATAD 1 e ATAD 2, esso deve essere interpretato alla luce del par. 423 della raccomandazione 12 del BEPS Action 2 (§2.2)³³, pur notando che alcune differenze permangono nell'utilizzo del termine nella direttiva ATAD rispetto al *report* OCSE - ad esempio con riguardo ai pagamenti a titolo di strumenti finanziari (§4.4)³⁴.

Altra evidenza dell'intenzione del legislatore lussemburghese di attenersi più strettamente al livello minimo di protezione si trova nel punto 2 dell'art. 168-ter, par. 3, del LIR, in cui si accolgono tutte le clausole di esclusione previste dall'art. 9, punto 4, della direttiva ATAD per le situazioni di cui alle lett. b), c), d) e f) dell'art. 2, punto 9, della direttiva (§6.1)³⁵, scelta che non è invece stata compiuta né dal legislatore italiano né da quello tedesco.

³³ Luxembourg, *Avis du Conseil d'État n° 53.532 du 10 décembre 2019*, disponibile su https://www.stradalex.lu/fr/slu_src_publ_div_lux_cons_etat/document/avis_ce-lu_53532, 5.

³⁴ Cfr. *ibid*, 6-7: «Le Conseil d'État relève par ailleurs que le libellé de la directive (UE) 2017/952 diverge du libellé du rapport sur l'action 2 du Plan d'Action BEPS de l'OCDE, selon lequel «[u]n paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier génère une asymétrie hybride lorsque celle-ci peut être attribué aux termes de l'instrument». Dès lors, le Conseil d'État comprend que les explications et exemples du rapport relatifs à une asymétrie hybride découlant des termes de l'instrument ne sont, le cas échéant, pas forcément entièrement applicables à la disposition sous examen, ce qui est conforme à la directive (UE) 2017/952».

³⁵ Anche la clausola di esclusione prevista per gli strumenti finanziari finalizzati all'assorbimento delle perdite delle banche aveva trovato accoglimento nello stesso articolo del LIR, ma, come previsto dalla direttiva ATAD, i suoi effetti sono venuti meno a decorrere dal 31 dicembre 2022.

L'aspetto più peculiare della disciplina anti-ibridi del LIR riguarda tuttavia l'ambito soggettivo di applicazione, e in particolare il test di "azione congiunta" (§3.3). Come già si è avuto modo di osservare, infatti, sebbene la direttiva ATAD non fornisca una definizione autonoma del test di azione congiunta, l'applicazione di questo test agli investitori di un fondo comune potrebbe portare all'inclusione dei pagamenti del fondo ai propri investitori nell'ambito di applicazione della fattispecie di disallineamento, con evidenti conseguenze negative per questo mercato.

A differenza del legislatore italiano e tedesco, quindi, quello lussemburghese ha avvertito l'esigenza di specificare, nella definizione di "impresa associata" fornita dal punto 18) del comma 1 dell'art. 168-ter, una specifica clausola di esclusione dal test di azione congiunta per i fondi di investimento: *«Une personne physique ou un organisme qui détient, directement ou indirectement, moins de 10 pour cent des titres ou des parts dans un fonds d'investissement, et qui est en droit de recevoir moins de 10 pour cent des bénéficiaires de ce fonds d'investissement, est considéré, sauf preuve contraire, ne pas agir conjointement [...] avec une autre personne physique ou un autre organisme détenant des titres ou des parts dans ce même fonds d'investissement»*.

Questa clausola ha un ambito di applicazione significativamente più ampio di quella prevista dal BEPS Action 2, la quale escludeva dal test di azione congiunta solo gli investitori che fossero essi stessi fondi di investimento collettivo³⁶. È evidente, anche qui, l'intenzione del LIR di contemperare le finalità antielusive delle disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi previste dalla direttiva ATAD con le esigenze del mercato dei fondi nazionale³⁷.

³⁶ Cfr. OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, esempio 11.5.

³⁷ Cfr. HOOR O. R., *Hybrid Mismatches in Luxembourg*, in *Revue de Droit Fiscal*, 2020, 41. Cfr. anche PANTAZATOU K., *The Implementation of the ATAD in Luxembourg*, in *Intertax*, 2022, 64.

§6.6 La compatibilità fra le norme generali anti-ibridi e le libertà fondamentali

Benché le raccomandazioni del BEPS Action 2 e la direttiva ATAD condividano l'obiettivo di contrastare fattispecie di disallineamento da ibridi che risultino, sotto il profilo fiscale, in una doppia non tassazione, esiste un fondamentale disaccordo fra i principi a fondamento del progetto BEPS e quelli a fondamento della legislazione primaria europea. Fra i principi chiave che giustificano le misure raccomandate dal progetto BEPS, incluse quelle del BEPS Action 2, vi è infatti il cd. “*single tax principle*”, ossia il principio secondo cui tutti i redditi dovrebbero essere assoggettati a imposizione una e una volta sola (§2.1), evitando quindi tanto situazioni di doppia tassazione quanto situazioni di doppia *non* tassazione.

Al contrario, la legislazione europea in materia economica si poggia sulle libertà fondamentali: libera circolazione delle merci (art. 28 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, di seguito TFUE), libera circolazione dei lavoratori (art. 45 del TFUE), libertà di stabilimento (art. 49 del TFUE), libera prestazione dei servizi (art. 56 del TFUE), libera circolazione dei capitali (art. 63 del TFUE), e soprattutto non discriminazione (art. 18 del TFUE).

Inoltre, come sottolineato in passato dalla giurisprudenza comunitaria, la compressione di queste libertà non può essere giustificata dalla mera erosione della base imponibile di uno stato³⁸, ma solo dalla necessità di contrastare «costruzioni di puro artificio» realizzate al solo fine di eludere la norma tributaria³⁹. Tuttavia, è evidente come gli esempi di disallineamento

³⁸ Né tantomeno tale compressione di libertà può essere giustificata dall'intento del legislatore di indirizzare i contribuenti verso strutture più semplici e trasparenti sotto il profilo fiscale, come suggerito in OECD, *BEPS Action 2 Final Report*, supra nota n. 1, par. 278. Al contrario, nella sentenza C-277/09, *Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Court of Session, Edinburgh (Scozia) il 21 luglio 2009 – The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs/RBS Deutschland Holdings GmbH*, la Corte di Giustizia UE ha ricordato come «i soggetti passivi sono generalmente liberi di scegliere le strutture organizzative e le modalità operative che ritengano più idonee per le loro attività economiche nonché al fine di limitare i loro oneri fiscali», e che «il soggetto passivo, nel caso in cui possa scegliere tra differenti operazioni, ha il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli permetta di limitare la contribuzione fiscale».

³⁹ Cfr. sentenza C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contro Commissioners of Inland Revenue*, par. 49: «L'esigenza di impedire la riduzione del gettito tributario non

da ibridi esaminati nei capitoli precedenti potrebbero verificarsi anche in situazioni dove è pacifica la sussistenza di una sostanza economica dell'operazione.

La direttiva ATAD si sviluppa quindi fra queste diverse, e potenzialmente contrastanti, impostazioni⁴⁰, con l'evidente rischio che le norme di attuazione della stessa negli Stati membri UE entrino in contrasto con la legislazione primaria comunitaria.

Un argomento che è stato avanzato in dottrina, a possibile supporto della compatibilità delle disposizioni anti-ibridi con le libertà fondamentali del TFUE, è che tali disposizioni sono necessarie per garantire coerenza all'ordinamento tributario⁴¹, anche se la possibilità di applicare una simile tesi, ad esempio, alla negazione della deduzione di un pagamento a livello del pagatore, come potrebbe essere previsto dall'applicazione di una norma di reazione primaria (§5.1), è stata oggetto di sentenze contrastanti nella giurisprudenza europea⁴².

Particolare rilievo, ai fini della presente trattazione, assume la sentenza C-18/11, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs contro Philips Electronics UK Ltd.* Oggetto di questa sentenza era la contestazione, da parte dell'amministrazione finanziaria britannica, della decisione di Philips Electronics UK, società residente facente parte del gruppo Philips, di imputare sui propri utili una parte delle perdite subite dalla stabile organizzazione in Regno Unito di un'altra società del gruppo, residente in Olanda. Secondo

rientra né tra gli obiettivi enunciati dall'art. 46, n.1, CE [attuale art. 52 del TFUE], né tra le ragioni imperative di interesse generale suscettibili di giustificare una restrizione a una libertà prevista dal Trattato».

⁴⁰ Cfr. nota 45 al capitolo 5.

⁴¹ Cfr. RUST A., *BEPS Action 2: 2014 Deliverable Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements and its compatibility with the non-discrimination provisions in tax treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *Brit. Tax Rev.*, 2015, 314: «it seems to be possible that the non-deductibility of interest payments may be justified to achieve the coherence of the tax system if the payments are tax exempt at the level of the recipient. The different treatment at the level of the payor can be justified by the fact that the treatment at the level of the recipient is different as well: the payments are not deductible at the level of the payor if they are exempt at the level of the recipient and they are deductible at the level of the payor if they are taxable at the level of the recipient».

⁴² Ad esempio, la sentenza C-385/00, *F. W. L. de Groot contro Staatssecretaris van Financiën*, ha sostenuto la possibilità, per uno Stato, di negare la deducibilità di spese personali di un contribuente se esse sono già state dedotte nello Stato della fonte. Per contro, la sentenza C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna*, ha ritenuto incompatibile con le libertà fondamentali la negazione, in capo a un contribuente di uno Stato membro, della deduzione di un pagamento che non sia soggetto a imposizione in capo al beneficiario residente in un altro Stato membro. Per un esame più approfondito della giurisprudenza su questo tema, cfr. RUST A., *supra* nota 40, 2015, 315-318.

l'amministrazione finanziaria britannica, infatti, tali perdite sarebbero state imputate anche in capo alla casa madre olandese della stabile organizzazione. Al contrario, la CGUE affermò che «la libertà di stabilimento, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, deve anche comportare per il contribuente la possibilità di beneficiare dello sgravio di gruppo imputabile ai propri utili»⁴³.

Più recentemente, tuttavia, alcune sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) hanno aperto la strada a una diversa linea interpretativa che potrebbe giustificare le misure anti-ibridi della direttiva ATAD, quasi sconfessando la sentenza C-18/11 precedentemente richiamata⁴⁴. Infatti, nella sentenza C-28/17, *NN A/S contro Skatteministeriet*, la CGUE ha ritenuto che una norma avente «lo scopo di impedire al gruppo [...] di trarre vantaggio da una stessa perdita in due occasioni» sarebbe giustificata dalla considerazione che, altrimenti, «la situazione transfrontaliera conferirebbe un vantaggio ingiustificato rispetto alla situazione nazionale comparabile, in cui la doppia deduzione non è possibile. La disparità di trattamento introdotta dalla normativa nazionale appare così giustificata»⁴⁵. Lo Stato membro avrebbe quindi il diritto di negare la deduzione della perdita, salvo il caso in cui «il gruppo dimostrasse che l'imputazione al risultato della sua società controllata della perdita sia effettivamente impossibile nell'altro Stato membro»⁴⁶.

Seguendo quindi una logica simile nel caso delle disposizioni anti-ibridi, si potrebbe sostenere che, anche nel loro caso, la violazione *prima facie* della parità di trattamento fra situazione domestica e situazione transfrontaliera è giustificata dall'esigenza di negare un vantaggio ingiustificato alla situazione transfrontaliera rispetto a quella domestica⁴⁷. Non solo, ma è stato osservato in dottrina⁴⁸ come la CGUE sembri adottare una posizione meno

⁴³ Sentenza C-18/11, par. 39.

⁴⁴ Cfr. VERMEULEN H.-DAFNOMILIS V., *Case C-28/17 NN A/S v. Skatteministeriet: A CJEU Judgment that Raises 'Fresh Questions'*, in *EC Tax Rev.*, 2019, 90. Cfr. anche MAZZA N.-SENCAR D., *supra* nota 24, 983.

⁴⁵ C-28/17, par. 48.

⁴⁶ *ibid*, punto 55. Per un'analisi più approfondita del confronto fra la sentenza *Philips Electronics UK* e questa, cfr. VERMEULEN H.-DAFNOMILIS V., *supra* nota 43, 96-98.

⁴⁷ Cfr. MAZZA N.-SENCAR D., *supra* nota 24, 983.

⁴⁸ Cfr. ad es. BROKELIND C.-WATTEL P., *Free Movement and Tax Base Integrity*, in WATTEL P.-MARRES O.C.R.-VERMEULEN H. (a cura di), *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019, 655. Cfr. anche SCHERLEITNER M., *The Imported Mismatch Rule in Light of the Fundamental Freedoms*, in *Intertax*, 2021, 394.

intransigente sulle libertà fondamentali quando è chiamata a giudicare l'operato del legislatore comunitario rispetto a quello dei singoli Stati membri. Ad esempio, nella sentenza C-390/15, la Corte chiarì che, anche in caso di differenza di trattamento fra situazioni comparabili, «il principio della parità di trattamento non risulta tuttavia violato se tale differenza è debitamente giustificata»⁴⁹, e in particolare che «il legislatore dell'Unione è chiamato, quando adotta una misura di carattere fiscale, a operare scelte di natura politica, economica e sociale, nonché a stabilire un ordine di priorità tra interessi divergenti o a effettuare valutazioni complesse. Di conseguenza, occorre riconoscergli, in tale ambito, un ampio potere discrezionale, di modo che il controllo giurisdizionale del rispetto delle condizioni menzionate al punto precedente della presente sentenza si deve limitare al controllo dell'errore manifesto»⁵⁰.

Nella misura in cui le disposizioni anti-ibride nazionali si limitano ad attuare il livello minimo di protezione previsto dalla direttiva ATAD (§6.1), quindi, è plausibile che la CGUE adotti una posizione similmente “comprensiva” rispetto agli obiettivi del legislatore comunitario. D'altro canto, eventuali scostamenti dal livello minimo di protezione, quand'anche giustificati dall'art. 3 della direttiva, potrebbero ricevere diversa considerazione presso i giudici della Corte⁵¹.

Nondimeno, data l'interdipendenza fra gli ordinamenti tributari degli Stati membri (e, in ultima analisi, anche di Stati terzi) nell'applicazione delle regole di neutralizzazione dei disallineamenti da ibridi, è possibile che eventuali scostamenti dalla direttiva ATAD possano avere effetti anche sull'applicazione di norme esplicitamente previste dalla direttiva stessa. Questo è particolarmente il caso dell'art. 9, par. 3, della direttiva in materia di ibridi importati.

In linea di principio, infatti, la regola sugli ibridi importati non avrebbe mai dovuto riguardare un contesto esclusivamente europeo. Poiché la direttiva ATAD si prefiggeva l'obiettivo di introdurre una disciplina di contrasto alla fattispecie di disallineamento da ibridi

⁴⁹ C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, par. 52.

⁵⁰ *ibid*, par. 54.

⁵¹ Per un esame della giurisprudenza europea su questo aspetto, cfr. SCHERLEITNER M., *supra* nota 47, 394-395.

che fosse armonizzata fra tutti gli Stati membri⁵², le regole generali di neutralizzazione del disallineamento avrebbero dovuto sempre applicarsi fra gli Stati membri, escludendo quindi che un disallineamento fra due Stati membri potesse non subire mai aggiustamento e richiedere quindi l'applicazione della regola sugli ibridi importati in un terzo Stato membro. Tuttavia, come emerso anche da un esame di tre fra i ventotto ordinamenti tributari nazionali dell'Unione, le differenze nell'attuazione della direttiva ATAD non sono trascurabili nei loro effetti fiscali⁵³. È plausibile, pertanto, che in futuro la Corte sarà chiamata a giudicare anche l'applicazione della regola sugli ibridi importati in situazioni transfrontaliere interamente interne al mercato comunitario⁵⁴.

⁵² Cfr. *considerandum* 2 della direttiva ATAD 1.

⁵³ Si consideri, ad esempio, la situazione prospettata dalla nota 16 del presente capitolo. Per altri esempi, cfr. SCHERLEITNER M., *supra* nota 47, 394-395.

⁵⁴ Per un'analisi delle possibili ragioni che la Corte potrebbe addurre nel proprio giudizio sulla regola, cfr. SCHERLEITNER M., *supra* nota 47, 395-407.

Conclusione

In un articolo del 2013, provocatoriamente intitolato “*What the BEPS are we talking about?*”¹, gli autori spiegavano come il progetto BEPS nascesse dall’intento, da parte dell’OCSE, di rispondere alla richiesta, proveniente dai leader del G20, di sviluppare norme capaci di contrastare le condotte di *base erosion e profit shifting* messe in pratica dalle grandi società multinazionali (meglio note con il loro acronimo inglese MNE, *multinational enterprises*).

Anche nel contesto dell’Unione Europea, non vi è dubbio sul fatto che la risoluzione del Parlamento europeo² che aveva preceduto l’emanazione della direttiva ATAD 1 avesse principalmente ad oggetto le condotte di pianificazione fiscale aggressiva perseguite dalle società multinazionali.

Tuttavia, il risultato, almeno con riguardo ai disallineamenti da ibridi esaminati nel presente lavoro, è stata una disciplina dai confini molto più estesi di quanto si potesse leggere *prima facie* nelle richieste formulate al *policy maker* OCSE e al legislatore comunitario. Al di là dei molteplici rilievi interpretativi considerati nel presente lavoro con riguardo alle raccomandazioni del BEPS Action 2 e alle disposizioni della direttiva ATAD, l’aspetto che più sembra stridere con l’intento originario della normativa è la potenziale pervasività di una disciplina il cui ambito di applicazione va ben al di là delle multinazionali per includervi, di fatto, tutti (o quasi) i soggetti passivi di imposta sul reddito delle società – e, almeno in Italia³, anche le persone fisiche esercenti attività d’impresa.

Si considerino, in particolare, le norme di neutralizzazione degli ibridi importati (§5.7), e come il loro ambito di applicazione soggettivo possa potenzialmente includere uno qualsiasi dei soggetti sopra richiamati, se ad esempio dovessero essere parte di un accordo

¹ SAINT-AMANS P.-RUSSO R., *What the BEPS are we talking about?*, OECD Yearbook, 2013, disponibile su <https://www.oecd.org/forum/what-the-beps-are-we-talking-about.htm>.

² Parlamento europeo, *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 dicembre 2015 recante raccomandazioni alla Commissione su come promuovere la trasparenza, il coordinamento e la convergenza nelle politiche sulle imposte societarie nell’Unione*, 2015/2010 (INL), Bruxelles, 2015.

³ Cfr. nota 15 al capitolo 6.

strutturato – categoria che, come si è avuto modo di illustrare, è significativamente più inclusiva di quella di gruppo multinazionale e dai confini non sempre di facile definizione (§3.4). Gli obblighi di *compliance* che l'applicazione della disciplina probabilmente comporterà nella prassi potrebbero essere sostenibili per una società multinazionale, ma quale onere rappresenterebbero per soggetti di minore dimensione, come una persona fisica? Considerando che le differenze nell'attuazione della direttiva ATAD negli Stati membri UE potrebbero richiedere l'applicazione della regola sugli ibridi importati perfino per accordi che coinvolgono soltanto giurisdizioni comunitarie, quale potrebbe essere la compatibilità di simili oneri di *compliance* con le libertà fondamentali su cui si fonda il mercato comune?

Se, da un lato, questo problema ha ricevuto attenzione in dottrina fin dai primi passi compiuti dal legislatore UE (§6.6), dall'altro lato manca ancora al momento attuale una prassi e una giurisprudenza consolidata in materia. Tuttavia, è difficile immaginare, anche alla luce di quanto esaminato nel presente lavoro, che il giudice comunitario non sarà presto chiamato ad esprimersi sugli interventi di prassi che seguiranno inevitabilmente all'attuazione della direttiva con riguardo ai disallineamenti da ibridi.

Bibliografia

AICARDI M., *La disciplina domestica di contrasto agli hybrid mismatch arrangements aventi per oggetto strumenti finanziari: spunti interpretativi e di riflessione critica alla luce delle indicazioni contenute nelle relazioni del BEPS action 2*, in Riv. dir. trib., 2020, 25.

ALLEN C., *The Difficult Imported Mismatch Rules: BEPS Action 2 Recommendations*, in Derivatives & Financial Instruments, 2017.

ARGINELLI P., *The Implementation of the ATAD in Italy*, in Intertax, 2022, 531.

ARGINELLI P., *Indeducibilità degli ibridi importati dalla Svizzera tramite società principali. Luci e ombre nella risposta a interpello 288/2023 dell'agenzia delle Entrate*, Il Sole 24 Ore, 17 luglio 2023.

ARNOLD B. J., *International Tax Primer*, 4° ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2019.

ASCOLI G.-PELLECCHIA M., *Primi chiarimenti sulla disciplina anti-ibridi*, in Il fisco, 2022, 150.

AULT H. J., *Some Reflections on the OECD and The Sources of International Tax Principles*, in Tax Notes Int'l, 2013, 1195.

AULT H. J.-SCHOEN W.-SHAY S. E., *Base Erosion and Profit Shifting: A Roadmap for Reform*, in Bull. Int'l Tax'n, 2014, 275.

AVI-YONAH R. S., *International Taxation of Electronic Commerce*, in Tax L. Rev., 1997, 507.

AVI-YONAH R. S., *Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy*, in N. Y. L. Sch. L. Rev., 2015, 305.

Banca d'Italia, *Attività di prestito titoli (securities lending)*, disponibile su <https://www.bancaditalia.it/compiti/polmon-garanzie/cspp/index.html?com.dotmarketing.htmlpage.language=102>.

The Board of Taxation of the Australian Government, *Implementation of the OECD Hybrid Mismatch Rules. A Report to the Treasurer*, 2016, 26

BRABAZON M., *BEPS Action 2: Trusts as Hybrid Entities*, in *Brit. Tax Rev.*, 2018, 229.

BRAUNER Y., *What the BEPS*, in *Fla. Tax Rev.*, 2014, 55.

BREUER A.-VERHOOG M., *Hybrid Entity Issues in a Tax Treaty Context: OECD Approach versus Actual Tax Treaties*, in *Intertax*, 2016, 684.

BROKELIND C.-WATTEL P., *Free Movement and Tax Base Integrity*, in WATTEL P.-MARRES O.C.R.-VERMEULEN H. (a cura di), *European Tax Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2019, 655.

BURGERS I.-MOSQUERA I., *Corporate Taxation and BEPS: A Fair Slice for Developing Countries*, in *Erasmus L. Rev.*, 2017, 29.

CARBONE S.M.-LUZZATTO R.-SANTA MARIA A.-BARIATTI S.-CONDINANZI M.-CRESPI REGHIZZI Z.-FRIGO M.-FUMAGALLI L.-IVALDI P.-MUNARI F.-NASCIMBENE B.-QUEIROLO I.-SCHIANO DI PEPE L., *Istituzioni di diritto internazionale*, 5° ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2016.

Commissione europea, *The Internal Market: Factual Examples of Double Non-Taxation Cases*, Consultation document, Bruxelles, 2012

Commissione europea, *Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation cases*, Bruxelles, 2012.

Commissione europea, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento. Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al consiglio*, Doc. COM(2015) 302, Bruxelles, 2015.

Commissione europea, *Proposta di direttiva del consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, 2016/0011 (CNS), Bruxelles, 2016.

COOPER G. S., *Some Thoughts on the OECD's Recommendations on Hybrid Mismatches*, in *Bull. Int'l Tax'n*, 2014, 334.

Council of the European Union, *ATAD 2 – Summary on the possible interaction between the provisions in double taxation conventions concluded between Member States or between a Member State and a Third Country and the hybrid permanent establishment mismatch rule for disregarded branches in the ATAD 2 proposal*, WK 873/2016 INIT, 2016.

Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – draft Presidency compromise*, WK 1022/2016 INIT, 2016.

Council of the European Union, *Open issues in Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries (ATAD 2)*, WK 1065/2016 INIT, 2016.

Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries – draft Presidency compromise*, WK 1181/2016 INIT, 2016.

Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, WK 1254/2016 INIT, 2016, 15.

Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, WK 1321/2016 INIT, 2016, 12.

Council of the European Union, *Explanation of Presidency compromise*, WK 1501/2016 INIT, Bruxelles, 2016.

Council of the European Union, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries (ATAD 2) – Explanation of Changes to Article 9(4)(b) and (c)*, doc. 15308/16 FISC 230 ECOFIN 1168, 2016.

DE BOER R.-MARRES O., *BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*, in Intertax, 2015, 14.

FEHLING D., *Addressing Base Erosion and Profit Shifting: The Implementation of the ATAD in Germany*, in Intertax, 2022, 721.

FETTERMANN B. C.-DOS SANTOS N., *BEPS Action 2 and the Non-Discrimination Rule Under the GATS*, in Intertax, 2021, 343.

FIBBE G. K.-STEVENS A. J. A., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in EC Tax Review, 2017, 153.

HASLEHNER W.-PANTAZATOU K., *Assessment of recent anti-tax avoidance and evasion measures (ATAD & DAC 6)*, Doc. PE 703.353, European Union, 2022.

HOOR O. R., *Hybrid Mismatches in Luxembourg*, in Revue de Droit Fiscal, 2020, 21.

KAHLENBERG C., *Hybrid Entities: Problems Arising from the Attribution of Income Through Withholding Tax Relief – Can Specific Domestic Provisions be a Suitable Solution Concept?*, in Intertax, 2016, 146.

Lega delle Nazioni, *Report prepared by the Committee of Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, Doc. C.216 M.85, League of Nations Publications, 1927, 23.

Luxembourg, *Avis du Conseil d'État n° 53.532 du 10 décembre 2019*, disponibile su https://www.stradalex.lu/fr/slu_src_publ_div_lux_cons_etat/document/avis_ce-lu_53532.

MAZZA N.-SENCAR D., *I disallineamenti da ibridi*, in AVOLIO D. (a cura di), *Fiscalità internazionale e dei gruppi*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 975.

OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing, Paris, 2012.

OECD, *Taxing Multinational Enterprises. Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, 2013, disponibile su [https://web-archiv.e.oecd.org/2015-04-15/315119-PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-\(BEPS\)-Nov-2013.pdf](https://web-archiv.e.oecd.org/2015-04-15/315119-PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-(BEPS)-Nov-2013.pdf).

OECD, *Public Discussion Draft. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)*, OECD Publishing, Paris, 2014

OECD, *Comments received on Public Discussion drafts. BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, OECD Publishing, Paris, 2014

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project (5 Oct. 2015), OECD Publishing, Paris, 2015.

OECD, *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements. Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2017.

PANCHAM S., *Permanent Establishment Mismatches under ATAD II*, in PISTONE P.-WEBER D., *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, Amsterdam, 2018, 419.

PANTAZATOU K., *The Implementation of the ATAD in Luxembourg*, in Intertax, 2022, 56.

PARADA L., *Hybrid Entity Mismatches and the International Trend of Matching Tax Outcomes: A Critical Approach*, in Intertax, 2018, 971.

PATTI G. F., *ATAD II – Overview and Open Issues – Part I*, in Dir. Prat. Trib. int. 2019, 358.

PEETERS B., *Imported Mismatches*, in PISTONE P.-WEBER D., *The Implementation of Anti-BEPS Rules in the EU: A Comprehensive Study*, IBFD, Amsterdam, 2018, 437.

PEETERS B.-VANNESTE L., *The Hybrid Financial Instruments: The Effects of the OECD BEPS Action 2 Report and the ATAD*, in Intertax, 2020, 25

ROSENBLOOM H. D., *The David R. Tillinghast Lecture International Tax Arbitrage and the International Tax System*, Tax L. Rev., 2000, 137.

RUST A., *BEPS Action 2: 2014 Deliverable Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements and its compatibility with the non-discrimination provisions in tax treaties and the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *Brit. Tax Rev.*, 2015, 308.

SAINT-AMANS P.-RUSSO R., *What the BEPS are we talking about?*, *OECD Yearbook*, 2013, disponibile su <https://www.oecd.org/forum/what-the-beps-are-we-talking-about.htm>.

SCHERLEITNER M., *The Imported Mismatch Rule in Light of the Fundamental Freedoms*, in *Intertax*, 2021, 393.

SCHÖN W., *Interpreting European Law in the Light of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*, in *Bull. Int'n Tax'n*, 2020, 286.

TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, vol. 1, 11° ed., Utet, Torino, 2011.

TOMAZELA SANTOS R., *The Anti-Tax Avoidance Directive 2 and Hybrid Financial Instruments: Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes in Third-Country Situations*, in *Bull. Int'n Tax'n*, 2018, 507.

VERMEULEN H.-DAFNOMILIS V., *Case C-28/17 NN A/S v. Skatteministeriet: A CJEU Judgment that Raises 'Fresh Questions'*, in *EC Tax Rev.*, 2019, 90

VOGEL K., *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, *Berkeley J. Int'l L.*, 1986, 10.

Giurisprudenza

Sentenza C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61997CJ0294>.

Sentenza C-55/00, *Elide Gottardo contro Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62000CJ0055>.

Sentenza C-385/00, *F. W. L. de Groot contro Staatssecretaris van Financiën*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0385>.

Sentenza C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd contro Commissioners of Inland Revenue*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX%3A62004CJ0196>.

Sentenza C-277/09, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs contro RBS Deutschland Holdings GmbH*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62009CN0277>.

Sentenza C-18/11, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs contro Philips Electronics UK Ltd*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0018>.

Sentenza C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:62015CA0390>.

Sentenza C-28/17, *NN A/S contro Skatterministeriet*, disponibile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62017CN0028>.