

## DAC6 e Hybrid Mismatch Arrangements (\*)

### *DAC6 and Hybrid Mismatch Arrangements*

di Stefano Grilli, Marco Busia e Silvia Barba – 26 dicembre 2021

#### **Abstract**

Le discipline interne DAC6 e di contrasto ai disallineamenti da ibridi presentano alcuni punti di contatto. Tuttavia, le differenti finalità che i due decreti applicativi delle discipline DAC6 e ATAD perseguono fanno emergere rilevanti differenze applicative. Il decreto ATAD costituisce un valido riferimento per l'interpretazione della disciplina DAC6, al contempo le fattispecie del decreto ATAD non soggiacciono automaticamente all'obbligo di comunicazione imposto dal decreto DAC 6.

**Parole chiave:** DAC6, *hybrid mismatch arrangements*, ATAD, *hallmark*

#### **Abstract**

*The internal DAC 6 discipline and ATAD discipline present some points of contact. However, the different purposes pursued by the two Italian decrees implementing the DAC 6 and ATAD disciplines lead to significant differences in their application. The ATAD Decree provides a valuable reference for the interpretation of the DAC 6 discipline: in addition, the cases of the ATAD Decree are not automatically subject to the reporting requirements of the DAC 6 Decree.*

**Keywords:** DAC6, *hybrid mismatch arrangements*, ATAD, *hallmark*

**SOMMARIO:** **1.** Introduzione - **2.** L'obbligo di comunicazione previsto dal D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 (cenni) - **3.** Le norme di contrasto agli *hybrid mismatch arrangements* - **4.** Le due discipline a confronto **4.1.** Aspetti introduttivi - **4.2.** Conversione di redditi da fondi comuni d'investimento in dividendi - **4.3.** Trasformazione di reddito in altre categorie esenti/escluse mediante utilizzo di strumenti finanziari ibridi - **4.4.** Trasformazione con strumenti finanziari ibridi importati - **4.5.** *Hallmark C* - Elementi distintivi specifici collegati alle operazioni transfrontaliere - **4.6.** Pagamenti transfontalieri deducibili tra imprese associate - **4.7.** Deduzioni multiple in più di una giurisdizione in relazione al medesimo ammortamento sul patrimonio - **4.8.** Simultaneo utilizzo di rimedi contro la doppia imposizione in più giurisdizioni - **5.** Conclusioni

---

(\*) Il saggio è parte del numero speciale e monografico 2-bis/2021 di questa Rivista, a cura di ARGINELLI P., che sarà pubblicato col titolo "Il recepimento della DAC6 nell'ordinamento tributario italiano. Primi contributi all'interpretazione sistematica della disciplina".

1. Il presente contributo ha ad oggetto il rapporto tra la disciplina (interna) DAC6 e quella (interna) di contrasto ai cc.dd. *hybrid mismatch arrangement* o disallineamenti da ibridi.

Come meglio descritto nel prosieguo, le due discipline presentano ampi punti di contatto. Nondimeno, ciascuna disciplina deve essere valutata in modo autonomo; le due normative perseguono, infatti, finalità differenti e sono guidate da logiche distinte.

Alla luce di quanto sopra, la rilevanza, ai fini della disciplina (interna) DAC6, delle strutture individuate dalla disciplina (interna) di contrasto ai disallineamenti da ibridi, non è automatica, né scontata, ma deve essere valutata in concreto sulla scorta dei canoni imposti dalla disciplina per prima menzionata.

2. Il D.Lgs. 30 luglio 2020, n. 100 (“Decreto DAC6”) ed il relativo decreto attuativo, D.M. 17 novembre 2020, hanno implementato nell’ordinamento italiano le previsioni della Direttiva (UE) 2018/822 del Consiglio, del 25 maggio 2018, recante modifica della Direttiva 2011/16/UE relativa allo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all’obbligo di notifica (“Direttiva DAC6”; si veda, in merito: Dichiarazione del G7 di Bari del 13 maggio 2017 sulla lotta ai reati fiscali e altri flussi finanziari illeciti; OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.; OECD (2019), *International Exchange Framework for Mandatory Disclosure Rules on CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*, OECD Publishing, Paris).

In estrema sintesi, il Decreto DAC6 prevede un obbligo di comunicazione, in capo ai soggetti qualificati (cfr. art. 3 Decreto DAC6), a favore dell’Amministrazione finanziaria, delle informazioni rilevanti concernenti i meccanismi transfrontalieri “qualificati”. In merito, la Relazione illustrativa al Decreto DAC6 osserva che “[c]on la direttiva in esame vengono introdotte disposizioni sulla comunicazione obbligatoria di informazioni alle competenti autorità nazionali sui sistemi di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva aventi un elemento transfrontaliero (“meccanismi”) da parte di intermediari (soggetti coinvolti nell’elaborazione, nella commercializzazione, nell’organizzazione o nella gestione dell’attuazione di tali meccanismi), nonché sull’obbligo di scambio automatico di informazioni con le autorità fiscali di altri Stati membri, secondo le regole previste dalla direttiva 2011/16/UE”.

Un meccanismo transfrontaliero assume rilevanza ai fini dell’obbligo di comunicazione imposto dal Decreto DAC6 a condizione che esso presenti almeno uno degli elementi distintivi (cc.dd. *hallmarks*) riportati nell’Allegato 1 al decreto.

Come opportunamente rilevato dalla Relazione illustrativa al Decreto DAC6: “[l]a normativa introdotta si colloca nel contesto delle misure adottate in ambito europeo al fine di rafforzare gli strumenti di contrasto all’evasione e all’elusione fiscale. In particolare, gli strumenti mirati a combattere l’utilizzo di meccanismi di

*pianificazione fiscale aggressiva finalizzati a ridurre le imposte esigibili e a trasferire gli utili imponibili verso regimi tributari più favorevoli”.*

Lo scambio di informazioni rappresenta, quindi, un importante strumento di contrasto all'utilizzo di strutture abusive ed elusive foriere di indebita erosione della base imponibile dell'Unione Europea.

Sul punto, la Relazione illustrativa al Decreto sottolinea che “*negli ultimi anni le iniziative internazionali hanno centrato l'attenzione sul rafforzamento della trasparenza, ritenendo che essa costituisca un prerequisito per combattere in modo efficace la pianificazione fiscale aggressiva e l'occultamento degli attivi*”. Nello stesso senso si è espressa l'Agenzia delle Entrate, con la circ. 10 febbraio 2021, n. 2/E la quale evidenzia come la cooperazione amministrativa in ambito fiscale rappresenti un importante strumento di contrasto all'evasione e all'elusione fiscale da parte delle Autorità fiscali, in quanto:

- (i) consente a queste ultime di poter disporre di informazioni tempestive e qualificate concernenti gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva transnazionale (che comprendono anche meccanismi finalizzati a compromettere il funzionamento dello scambio automatico di informazioni sui conti finanziari [Common Reporting Standard - CRS] o l'identificazione delle persone fisiche titolari effettive di asset e redditi schermati da strutture opache);
- (ii) assume una forza deterrente all'impiego di schemi abusivi o elusivi. L'obbligo di comunicazione, in capo ad un'ampia platea di soggetti localizzati in differenti giurisdizioni (lo scambio automatico di informazioni sui meccanismi transfrontalieri coinvolge l'Italia, gli altri Stati membri e le giurisdizioni estere con le quali sono in vigore specifici accordi sullo scambio automatico di informazioni, art. 1 Decreto DAC6), assistita dalla previsione di sanzioni conseguenti ad una violazione di tale obbligo, scoraggia l'elaborazione, l'attuazione, la messa a disposizione e la partecipazione agli schemi, accordi o progetti soggetti a tale obbligo.

In questo senso, l'obbligo di comunicazione imposto dal Decreto DAC6 assume la valenza di strumento di tutela avanzato in quanto (i) consente all'Amministrazione finanziaria di assumere consapevolezza “in tempo reale” delle strutture potenzialmente elusive/evasive, aggredendo con maggiore precisione le strutture in questione, e (ii) sviscera gli aneliti di riservatezza del contribuente frenandone l'azione elusiva o evasiva in ragione dell'elevato rischio di accertamento fiscale.

Nelle intenzioni del legislatore, l'obbligo di comunicazione imposto dal Decreto DAC6 anticipa dunque l'evento fiscale indebito e trova applicazione a prescindere dalla realizzazione dell'evento stesso.

**3.** L'Italia ha implementato le misure *anti-hybrid mismatch arrangement* previste dalla Direttiva ATAD (Direttiva (UE) 2016/1164, del Consiglio del 25 ottobre 2016, così come modificata dalla Direttiva (UE) 2017/952, del Consiglio del 29 maggio 2017; si veda anche OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch*

*Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris; OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing Paris).

In data 29 novembre 2018, è stato approvato il decreto legislativo n. 142 contenente le disposizioni di implementazione della Direttiva ATAD all'interno dell'ordinamento italiano ("Decreto ATAD"). Le disposizioni in materia di disallineamenti da ibridi sono contenute nel Capo IV del Decreto ATAD.

Come noto, gli *hybrid mismatch arrangement*, o disallineamenti da ibridi sfruttano le differenze nel trattamento fiscale attribuito alle entità o agli strumenti finanziari (ed ai componenti di reddito da essi derivanti) dalle leggi di due o più giurisdizioni al fine precipuo di ottenere un vantaggio fiscale (cfr. OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, cit., 18, par. 13).

Le disarmonie tra le regole fiscali di ciascuna giurisdizione – derivanti dall'autonomia tra gli ordinamenti fiscali dei singoli Stati – possono essere sfruttati dai gruppi multinazionali al fine di ottenere una riduzione del proprio carico fiscale complessivo.

I soggetti coinvolti in una struttura internazionale che fa leva sull'esistenza di un disallineamento tra le regole fiscali degli Stati in cui tale struttura è implementata, possono conseguire, quindi, un vantaggio fiscale (indebito) a cui consegue l'erosione della base imponibile di uno o più Stati coinvolti nella struttura (FIBBE G.K. - STEVENS T., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in *EC Tax Review*, 2017, Vol. 26, Issue 3, 153 ss.).

La Direttiva ATAD mira a creare un *level playing field* tra Stati membri attraverso la previsione di misure rivolte a coordinare le regole fiscali dei singoli Stati per eliminare gli effetti derivanti dagli *hybrid mismatch arrangement*. Il Decreto ATAD rappresenta, quindi, una tessera del più ampio mosaico normativo volto a garantire il raggiungimento di un *level playing field* tributario in ambito unionale.

Come meglio precisato *infra*, le misure di contrasto agli ibridi previste dal Decreto ATAD (e dalla Direttiva ATAD) non sono rivolte al contrasto di qualsivoglia effetto fiscale disarmonico derivante da strutture/strumenti finanziari che coinvolgono l'Italia e gli altri Stati membri. Le disposizioni del Decreto ATAD individuano, infatti, in modo puntuale, le caratteristiche soggettive ed oggettive delle fattispecie rilevanti e gli effetti fiscali oggetto delle misure di contrasto. Le disposizioni *anti-hybrid* sono, pertanto, strumenti specifici rivolti ad aggredire fattispecie ed effetti tipizzati e non già previsioni ampie e generiche destinate a contrastare qualsivoglia effetto fiscale disarmonico.

Il Capo IV del Decreto ATAD si compone di sei articoli: il primo prevede le definizioni dei termini rilevanti ai fini delle previsioni del Capo IV (art. 6), il secondo definisce il ruolo dell'Italia nell'ambito delle norme di contrasto (art. 7), il terzo prevede le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi (art. 8), il quarto prevede una misura di contrasto specifica relativa alle *reverse hybrid entities* (art. 9),

il quinto prevede una misura di contrasto specifica relativa alle *dual resident entities* (art. 10) ed il sesto tratta dell'attività di accertamento (art. 11).

Le misure di contrasto previste dal Decreto ATAD hanno ad oggetto unicamente le fattispecie transnazionali che coinvolgono, quindi, oltre all'Italia, uno o più Stati esteri, siano essi Stati membri, o Stati terzi (questo aspetto rappresenta una tra le fondamentali differenze di impostazione esistenti tra l'impostazione OCSE e quella ATAD ed interna. In ambito OCSE, gli Examples 1.13 e 1.21 evidenziano, infatti, la possibile applicazione delle misure *anti-hybrid* OCSE anche in relazione a fattispecie puramente domestiche; 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 Report*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2020, 3).

Inoltre, come sottolineato in precedenza, le previsioni *anti-hybrid* del Decreto ATAD non contrastano qualsivoglia effetto fiscale disarmonico, ma colpiscono unicamente i disallineamenti "qualificati". In particolare, le misure di contrasto previste dal Decreto ATAD contrastano unicamente specifici effetti fiscali, ovverosia la deduzione senza inclusione (D/NI) e la doppia deduzione (DD), nonché l'indebito conseguimento di un credito di imposta per imposte assolte all'estero, derivanti da fattispecie, caratterizzate da un *hybrid element* (cfr. anche BEPS Action 2 Report, par. 13) tipizzato nel Decreto ATAD (art. 6, comma 1, lett. r), art. 8, art. 9 ed art. 10 Decreto ATAD), che coinvolgono soggetti tra loro associati (*rectius* imprese associate) ovvero che sono parte di uno o più accordi, tra loro collegati, rivolti al conseguimento dell'effetto fiscale indebito (i c.d. accordi strutturati; si vedano GINEVRA G., *The EU Anti Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (Beps) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, in *Intertax*, 2017, Vol. 45, Issue 2, 2017, 133 ss.; CORRADI G., *Gli hybrid mismatches: disallineamenti da ibridi, tipologie di disallineamento, norme anti-ibrido, linking rules*, in *Fisc. comm. intern.*, 2019, 11, 29 ss.), che interessano contemporaneamente più giurisdizioni (PARADA L., *Hybrid Entity Mismatch and the International Trend of Matching Tax Outcome: A Critical Approach*, in *Intertax*, 2018, Vol. 46, Issue 12, 971 ss.; MAZZA N. - SENCAR D., *I disallineamenti da ibridi*, in AVOLIO D. (a cura di), *Fiscalità internazionale e dei gruppi*, Milano, 2021, 984 ss.).

L'*hybrid mismatch arrangement* è tale, nella prospettiva del Decreto ATAD, e può essere aggredito dalle misure di contrasto ivi previste, unicamente laddove la fattispecie rilevante presenti tutte le caratteristiche sopra elencate.

Le fattispecie (ed i relativi effetti fiscali) non suscettibili all'interno delle previsioni del Capo IV del Decreto ATAD sono, pertanto, estranee a tale disciplina con la conseguenza che gli effetti fiscali disarmonici da esse derivanti non potranno essere neutralizzati dalle misure di contrasto in questione, ma, semmai attraverso l'applicazione di altre norme dell'ordinamento. Inoltre, occorre ribadire che la mera inclusione di una fattispecie all'interno del novero di quelle indicate nel Capo IV del Decreto ATAD non determina, di per sé, l'applicazione delle misure di reazione ivi

previste. A tal fine è necessario, infatti, che il ricorrano tutte le altre condizioni soggettive ed oggettive previste dal Decreto ATAD e che non sussista una causa di esclusione, o che il disallineamento sia stato neutralizzato – o ricada nell’ambito applicativo di una norma che produce tale effetto – in uno Stato diverso dall’Italia e coinvolto nella struttura (cfr. art. 6, comma 1, lett. r); art. 6, comma 2, lett. a); art. 8 commi 1, 2, 3 e 4, art. 9 ed art. 10 Decreto ATAD).

Ove applicabili, le norme di contrasto ai disallineamenti da ibridi previste dal Decreto ATAD mirano a garantire che i componenti di reddito derivanti dall’operazione rilevante siano soggetti ad imposizione in almeno uno degli Stati coinvolti, senza tuttavia imporre un livello minimo di tassazione (EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, COM(2016) 687, final 2016/0339 (CNS), Explanatory memorandum, 2016, 5 ss.; ASSONIME, circolare 1° agosto 2018, n. 19, 25 ss.).

**4.1.** Come rilevato in precedenza, la finalità precipua della Direttiva DAC6 è quella di creare un sistema informativo comune nell’ambito unionale (esteso agli Stati che hanno sottoscritto accordi per lo scambio automatico obbligatorio di informazioni in materia fiscale), oggetto di costante aggiornamento, ed alimentato dagli stessi soggetti artefici o fruitori del meccanismo transfrontaliero.

La Direttiva DAC6 contrasta soltanto indirettamente le strutture rivolte all’ottenimento di un vantaggio fiscale indebito, attraverso la forza deterrente del flusso informativo che da una o più fonti sfocia, in ultima analisi, nel sistema dell’Amministrazione finanziaria (ed in quello di tutte le Autorità fiscali inserite nel sistema di interscambio).

Pertanto, la effettiva emersione dell’effetto fiscale non rappresenta un elemento centrale delle disposizioni della Direttiva DAC6 che trovano, infatti, applicazione a prescindere dal verificarsi dello stesso.

A riprova di quanto appena affermato, si mette in luce come l’obbligo di comunicazione sia rivolto, *inter alia*, a scongiurare la mancata attuazione dell’obbligo di comunicazione imposto dalle leggi che attuano la normativa dell’Unione o eventuali accordi equivalenti sullo scambio automatico di informazioni sui conti finanziari, compresi accordi con i Paesi terzi, o che trae vantaggio dall’assenza di tale normativa o tali accordi (Allegato 1 - *hallmark D*).

Di contro, l’emersione di specifici effetti fiscali assume una rilevanza centrale nell’applicazione delle misure di contrasto agli ibridi previste dalla Decreto ATAD. Tali misure reagiscono all’emersione di un danno e non già all’astratto pericolo (con esclusione delle misure di contrasto ai disallineamenti derivanti dall’impiego degli strumenti finanziari).

In aggiunta, come previsto in numerose disposizioni del Decreto ATAD, la neutralizzazione del disallineamento in un ordinamento differente rispetto a quello individuato dalla Decreto ATAD, che identifica il soggetto passivo deputato ad applicare la disposizione di contrasto rilevante, esclude l’emersione del

disallineamento da ibridi e preclude, quindi, l’attuazione delle misure previste dal decreto (tra i tanti esempi, si ricordano art. 8, comma 2, lett. a), Decreto ATAD: “*Nella misura in cui un disallineamento da ibridi determina una deduzione senza inclusione: a) qualora lo Stato italiano sia lo Stato del pagatore, la deduzione del componente negativo di reddito è negata in capo al soggetto passivo, salvo che il disallineamento non sia neutralizzato in un altro Stato [...]*” (sottolineatura aggiunta). Cfr. art. 6, comma 1, lett. r); art. 6, comma 2, lett. a); art. 8 commi 1, 2, 3 e 4, art. 9 ed art. 10 Decreto ATAD). Lo stesso accade nel caso in cui una misura interna di implementazione di una direttiva, diversa dalla Direttiva ATAD, sia idonea a neutralizzare il disallineamento.

Sempre sul tema del differente approccio che guida il Decreto DAC6 ed il Decreto ATAD, si rileva come l’applicazione delle misure *anti-hybrid* sia preclusa nel caso in cui:

- (i) con riferimento alle fattispecie che concernono gli strumenti finanziari, lo *status* di soggetto esente dall’imposta proprio del beneficiario (o la circostanza che lo strumento finanziario sia soggetto ai termini di un regime fiscale speciale) sia la ragione esclusiva dell’emersione dell’effetto fiscale disarmonico;
- (ii) con riferimento alle altre fattispecie, lo *status* di soggetto esente dall’imposta proprio del beneficiario avrebbe comunque fatto emergere l’effetto fiscale disarmonico (in merito, vale ricordare che il *report* OCSE dà, inoltre, rilevanza, ai fini della disapplicazione delle misure di reazione, con riferimento a determinate fattispecie (ad esempio, pagamenti a *reverse hybrid entities*) alla esenzione oggettiva del reddito in capo all’“investitore”; cfr OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, cit., Example 4.1, par. 166).

Si evidenzia, inoltre, come alcune fattispecie astrattamente foriere di disallineamenti da ibridi previste dal Decreto ATAD (D/NI e DD - si veda art. 6, comma 2, lett. b), Decreto) siano oggetto di contrasto unicamente se, e nella misura in cui, il componente negativo di reddito rilevante compensi un reddito “non a doppia inclusione” (art. 6, comma 1, lett. g), Decreto). Viceversa, il concetto di reddito (non) a doppia inclusione (al pari di altri elementi centrali della disciplina prevista dal Decreto ATAD) è del tutto estraneo al Decreto DAC6.

Emerge dunque che le due discipline, nel perseguire finalità differenti, risultano regolate da meccaniche non coincidenti, né tra loro coordinate. Quanto appena affermato trova riscontro nell’impiego di differenti terminologie e regole, da parte dei due decreti, che possono condurre a risultati divergenti. Una fattispecie concreta potrebbe, infatti, assumere rilevanza ai fini del Decreto DAC6 e risultare, al contempo, estranea al campo di applicazione del Decreto ATAD (pur presentando *prima facie* le caratteristiche comuni di un *hybrid mismatch arrangement*).

Sotto un profilo analitico, quanto detto emerge con chiarezza dalla constatazione che termini ed espressioni essenziali nella meccanica del Decreto ATAD, quali, a titolo esemplificativo, “accordo strutturato”, “disallineamento da ibridi”, “reddito a doppia

inclusione”, non sono affatto impiegati dal Decreto DAC6 (sebbene degli ultimi due termini sia fatta menzione nella circ. n. 2/E/2021).

Al contempo, altri termini, egualmente centrali nella meccanica applicativa del Decreto ATAD, sono impiegati dal Decreto DAC6, ma ivi assumono un significato differente rispetto a quello loro accordato dal Decreto ATAD.

Si pensi, ad esempio, al concetto di “impresa associata”, definito all’art. 6, comma 1, lett. u), Decreto ATAD e dall’art. 2, comma 1, lett. e), Decreto DAC6. Le due definizioni individuano un concetto particolarmente esteso di gruppo di guisa da includere nel novero dei soggetti destinatari delle rispettive misure un ampio numero di soggetti. Tuttavia, le due definizioni non sono del tutto sovrapponibili. Da ciò può derivare, ad esempio, che con riferimento ad una specifica fattispecie, il requisito associativo risulti integrato ai fini del Decreto DAC6 (che prevede un concetto di “impresa associata” ad avviso di chi scrive, più ampio rispetto a quello previsto dalla Decreto ATAD), ma non con riferimento alla disciplina recata dal Decreto ATAD.

Tutto ciò premesso, i punti di contatto tra il Decreto ATAD ed il Decreto DAC6, pur in presenza di rilevanti differenze che saranno poste in luce nella trattazione dei casi specifici, possono essere riscontrati nei seguenti *hallmark*:

1. *hallmark A.2.*: questo elemento distintivo presenta una importanza residuale nell’opera di comparazione tra le due discipline. Tuttavia, è possibile sostenere che le fattispecie rilevanti ai fini del Decreto ATAD possano assumere rilevanza anche ai fini dell’*hallmark* in questione in ragione della sua ampia formulazione e dell’assenza di una limitazione applicativa alle strutture che coinvolgono unicamente imprese associate (cfr. circ. n. 2/E/2021, par. 8.1.2);
2. *hallmark B.2.*: questo elemento distintivo (“[u]n meccanismo che ha come effetto la conversione del reddito in capitale, doni o altre categorie di reddito tassate a un livello inferiore o esenti da imposta”) presenta delle evidenti affinità con i disallineamenti da ibridi derivanti da strumenti finanziari, sebbene il grado di dettaglio previsto dal Decreto ATAD (e le condizioni per la sussistenza di un disallineamento rilevante) non sia riproposto nel Decreto DAC6, che guarda all’effetto (potenziale) più che alle caratteristiche della fattispecie che genera l’effetto e le ragioni che lo hanno determinato;
3. *hallmark C* e, in particolare, *hallmark C(1)(a)*; *hallmark C(1)(c)*; *hallmark C(1)(d)*; *hallmark C(2)*; *hallmark C(3)*. L’*hallmark C* racchiude una serie di fattispecie *ictu oculi* ispirate a fronteggiare i pericoli derivanti dagli *hybrid mismatch arrangement*. Anche in questo caso, sebbene siano numerosi i punti di contatto tra le due discipline, la tecnica di individuazione delle fattispecie, il differente grado di dettaglio e l’utilizzo di differenti terminologie da parte delle due fonti normative, possono condurre a risultati discordanti. In merito si osserva come gli elementi distintivi (ad esclusione degli *hallmark C(2)* e *C(3)*) assumano rilevanza ai fini del Decreto DAC6 unicamente laddove i pagamenti transfrontalieri deducibili siano effettuati tra due o più imprese associate (nell’accezione del Decreto DAC6). Occorre altresì porre in evidenza che la maggior parte delle fattispecie elencate nell’*hallmark C(1)* sono sottoposte alla



condizione del “vantaggio principale” (“*main benefit test*” o “MBT”). Tutto ciò premesso, nel prosieguo sono analizzate (alcune del)le fattispecie trattate dall’Agenzia delle Entrate nella circ. n. 2/E/2021, al fine di evidenziare i punti di contatto e le differenze tra le due discipline in commento.

**4.2.** L’Esempio n. 12, della circ. n. 2/E/2021, descrive uno scenario in cui una società di capitali, residente in Italia, costituisce una società (*reverse hybrid entity*) in uno Stato membro attraverso una *equity injection* che viene utilizzata da quest’ultima società per sottoscrivere le quote di fondi di investimento esteri. I proventi derivanti dal fondo non sono assoggettati ad imposizione né in capo alla *reverse hybrid entity*, in quanto trattata come trasparente ai fini fiscali del suo Stato di residenza, né ai fini dello Stato del suo socio (che considera la entità estera come opaca ai fini fiscali italiani).

La successiva distribuzione dei proventi dalla *reverse hybrid entity* a favore del socio italiano sarà trattata ai fini fiscali italiani come una distribuzione di dividendi (esente) in quanto, come detto, la *reverse hybrid entity* è considerata opaca ai fini fiscali italiani.

L’Agenzia delle Entrate conclude per la rilevanza del meccanismo transfrontaliero ai fini del Decreto DAC6 in quanto considera integrato l’*hallmark* B.2. (sull’assunto che il MBT sia rispettato). Il meccanismo transfrontaliero consente, infatti, convertire i proventi finanziari derivanti dai fondi esteri, tassabili in misura piena in Italia, in altre categorie di reddito (dividendi) soggette a un diverso regime fiscale (esenzione).

Questa struttura non potrebbe, tuttavia, essere aggredita dalle misure *anti-hybrid* previste dal Decreto ATAD in quanto, con riferimento al pagamento effettuato dai fondi di investimento a favore della *reverse hybrid entity*, risulterebbe carente il requisito soggettivo (rapporto associativo o accordo strutturato) e, inoltre, il pagamento effettuato dal fondo potrebbe verosimilmente essere non deducibile in capo a quest’ultimo. Allo stesso modo, con riferimento al pagamento dalla *reverse hybrid entity* a favore del socio italiano, non sussisterebbero i presupposti oggettivi della Decreto ATAD in quanto il pagamento non genererebbe alcun componente negativo di reddito in capo al pagatore e non determinerebbe, quindi, l’insorgere di un effetto D/NI.

Una risposta al disallineamento potrebbe, nondimeno, essere effettuata nello Stato membro della *reverse hybrid entity* in attuazione della disposizione *anti-reverse hybrid entity*, di portata generale, di cui all’art. 9-*bis* Direttiva ATAD.

Infine, a nostro parere, sussistono seri dubbi circa la possibilità di applicare l’esclusione prevista dall’art. 89, comma 3, TUIR alle somme distribuite dalla *reverse hybrid entity*, in quanto la partecipazione della società di capitali residente nella società estera non dovrebbe qualificarsi come simile alle azioni ai sensi dell’art. 44, comma 2, lett. a), ultimo periodo, TUIR. Di conseguenza, i proventi erogati dalla *reverse hybrid entity* in connessione con la partecipazione al suo capitale o patrimonio non potrebbero qualificarsi “*utili provenienti da soggetti di cui*

all'articolo 73, comma 1, lettera d)».

Le ragioni per le quali si ritiene che la partecipazione ad un'entità estera fiscalmente trasparente non si configuri come simile alle azioni ai sensi del TUIR sono due: la prima, di natura letterale e la seconda, di ordine sistematico.

Per quanto attiene all'aspetto letterale, il tenore dell'art. 44, comma 2, lett. a), ultimo periodo, TUIR richiede che la remunerazione (sottraendo) non sia deducibile dal reddito imponibile (minuendo); tuttavia, nel caso di specie essendo l'entità estera fiscalmente trasparente nel proprio Stato di organizzazione non esiste – nel senso che non può tecnicamente esistere - alcun reddito imponibile (*i.e.* il minuendo). Pertanto, si nutrono perplessità circa la possibilità di considerare verificata la condizione prevista dalla norma in questione.

Per quanto attiene all'aspetto di ordine sistematico, dalla relazione al D.Lgs. 12 dicembre 2003, attuativo della riforma del 2003 emerge chiaramente la volontà di concedere l'esclusione (quasi integrale) da imposizione per quei redditi che sono stati già soggetti ad imposizione in misura congrua in capo alla entità estera che li distribuisce. Circostanza quest'ultima che non accade con riferimento ad una società fiscalmente trasparente (si trascurano qui le possibili conseguenze derivanti dalla circostanza che le attività svolte dalla *reverse hybrid entity* nel proprio Stato di costituzione o localizzazione possano integrare gli estremi di una stabile organizzazione).

**4.3.** L'Esempio n. 13, della circ. n. 2/E/2021, descrive il più classico scenario di disallineamento da ibridi derivante da uno strumento finanziario, in cui una società di capitali residente in Italia emette uno strumento finanziario trattato ai fini fiscali italiani come strumento finanziario di debito (che genera pagamenti deducibili in capo al pagatore); tale strumento finanziario è sottoscritto da un soggetto residente ai fini fiscali in uno Stato estero che considera lo strumento finanziario come strumento di *equity* (che genera pagamenti esenti/esclusi in capo al beneficiario).

L'Agenzia delle Entrate conclude per la rilevanza del meccanismo transfrontaliero ai fini del Decreto DAC6, in quanto considera integrati sia l'*hallmark* B.2. sia l'*hallmark* C.1.c), nell'assunto che il MBT sia rispettato e che sussista un rapporto associativo tra le due società.

Questa struttura assumerebbe piena rilevanza anche ai fini dalle misure *anti-hybrid* previste dal Decreto ATAD, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. r), 1 e dell'art. 8, comma 2, lett. a) dello stesso (dando per assunto che sussista un rapporto associativo o un accordo strutturato).

**4.4.** L'Esempio n. 14 della circ. n. 2/E/2021, descrive uno scenario di disallineamento da ibridi che potrebbe astrattamente rientrare sia nell'ambito delle misure di reazione ai disallineamenti derivanti da strumenti finanziari, sia nell'ambito delle misure di contrasto ai cc.dd. *imported mismatch* (l'esempio sembra, peraltro, presentare maggiori punti di contatto con questa seconda categoria).

Nell'esempio in questione, una società residente in un Paese terzo (ACo) sottoscrive uno strumento finanziario (CPEC) emesso da una società residente in uno Stato membro (BCo1). Lo strumento finanziario in questione è uno strumento finanziario ibrido in quanto trattato come strumento di *equity* nel Paese terzo del sottoscrittore (che genera proventi esenti) e come *debt* nello Stato membro dell'emittente (che genera interessi deducibili).

A sua volta, BCo1 sottoscrive uno strumento finanziario (avente le medesime caratteristiche del CPEC) emesso da BCo2. Le due società sono residenti nel medesimo Stato membro. I pagamenti derivanti dallo strumento finanziario sono deducibili in capo al pagatore ed imponibili in capo al percettore.

BCo2 utilizza la finanza ricevuta per concedere un finanziamento a favore di una società di capitali residente in Italia. Il finanziamento è considerato come uno strumento di debito in entrambi gli Stati.

Gli interessi pagati dalla società italiana sono deducibili per quest'ultima. Il pagamento è imponibile in capo al percettore BCo2. BCo2 compensa il componente attivo in questione con il pagamento effettuato a favore di BCo1 in relazione allo strumento finanziario da essa sottoscritto. Il suddetto pagamento è imponibile in capo BCo1 che, tuttavia, compensa tale componente positivo di reddito con il componente negativo di reddito derivante dal pagamento effettuato secondo i termini del CPEC. A causa della natura ibrida CPEC, il pagamento in questione è esente in capo al percettore. L'effetto risultante dalla struttura è, quindi, la deduzione senza inclusione.

Nella prospettiva del Decreto ATAD, nessuna risposta dovrebbe essere attuata dal soggetto passivo italiano in quanto il disallineamento da ibridi generato al vertice della catena dovrebbe essere neutralizzato nello Stato membro del pagatore (che ha emesso i CPEC) attraverso la negazione della deduzione (cfr. art. 9, comma 2, lett. a), Direttiva ATAD). Non dovrebbe trovare applicazione, quindi, la previsione *anti-imported mismatch* di cui all'art. 8, comma 3, Decreto ATAD, in quanto il pagamento effettuato dal soggetto passivo italiano è diretta a favore di un percettore localizzato in uno Stato membro (che dovrà neutralizzare il disallineamento da ibridi in questione).

Nella prospettiva del Decreto DAC6, invece, l'operazione assume piena rilevanza in quanto, a prescindere dalla sussistenza di un obbligo di reazione all'*hybrid mismatch* in Italia, deve comunque essere garantito il flusso informativo a favore di tutti gli Stati appartenenti al sistema di scambio. L'obbligo di comunicazione potrebbe essere, infatti, posto in capo ad un soggetto italiano nel caso in cui egli sia, per ipotesi, l'unico intermediario del meccanismo (colui che, ad esempio, ha autonomamente elaborato, commercializzato, organizzato e/o messo a disposizione ai fini dell'attuazione il meccanismo transfrontaliero in questione).

Si rileva, inoltre, che ai fini dell'integrazione del *hallmark* B.2. non assume rilevanza la sussistenza di un rapporto partecipativo (requisito fondamentale in alternativa - rispetto all'accordo strutturato - nell'applicazione delle misure *anti-hybrid*).

**4.5.** L'*hallmark C* individua una serie di fattispecie chiaramente ispirate al *report OCSE*, alla Direttiva ATAD ed al Decreto ATAD. In merito, la circ. n. 2/E/2021, individua una pluralità di fattispecie sussumibili nell'*hallmark C* che risultano chiaramente sovrapponibili a quelle disciplinate dal Decreto ATAD. La Circolare fa, inoltre, riferimento ai concetti di deduzione senza inclusione e di doppia deduzione, non utilizzati dal Decreto DAC6, senza, tuttavia, richiamare la definizione di tali termini offerta dal Decreto ATAD.

Inoltre, appare sin da subito necessario evidenziare che, ad avviso dell'Agenzia delle Entrate e a conferma della finalità latamente deterrente della disciplina DAC6, al fine di stabilire se i presupposti da cui discende l'obbligo di comunicazione siano integrati, *“nella determinazione degli effetti fiscali derivanti dal meccanismo transfrontaliero non si deve tener conto degli eventuali effetti limitativi derivanti da disposizioni dell'ordinamento tributario, quali ad esempio [...] le disposizioni anti ibridi, che al momento in cui sorge l'obbligo di comunicazione non sono state ancora applicate”* (cfr. circ. n. 2/E/2021, par. 4.3). In altri termini, l'obbligo di comunicazione imposto dal decreto DAC6 sussiste anche quando, in sede di dichiarazione dei redditi, il contribuente sia tenuto a sterilizzare in tutto o in parte gli effetti fiscali del meccanismo stesso in virtù delle norme anti-ibridi recate dal Decreto ATAD.

In secondo luogo, occorre precisare che, come già precedentemente rilevato in termini generali, pur in presenza di numerosi punti di contatto tra le due discipline, la tecnica di individuazione delle fattispecie, il differente grado di dettaglio e l'utilizzo di differenti terminologie da parte delle due fonti normative, può condurre a risultati discordanti.

A titolo esemplificativo, il Decreto DAC6 non utilizza, a differenza del Decreto ATAD, i termini “beneficiario” e “investitore”, ed impiega il termine “destinatario”. Come chiarito dalla Circolare, l'individuazione del “destinatario” del pagamento deve tenere in debita considerazione la presenza di eventuali soggetti meramente interposti presenti nella catena societaria, che non assumano alcuna significativa funzione sotto il profilo economico-finanziario in relazione alla transazione da cui origina il pagamento e che potrebbero anche non essere imprese associate, i quali devono essere disconosciuti ai fini della disciplina in commento secondo un approccio *look through* (cfr. circ. n. 2/E/2021, par. 8.3.1; la Circolare, al par. 8.3.1, fornisce inoltre taluni rilevanti chiarimenti in merito all'individuazione del “destinatario” nei casi di pagamenti effettuati a favore di società o entità considerate fiscalmente trasparenti e di stabili organizzazioni).

Di converso, il concetto di pagatore è legato, come previsto dal Decreto ATAD, alla circostanza che il pagamento assuma i caratteri di componente negativo di reddito fiscalmente deducibile.

Si rileva, inoltre, che il concetto di pagamento, così come accade ai fini del Decreto ATAD, assume un significato particolarmente ampio, in quanto ricomprende, come detto, i pagamenti che generano un componente negativo di reddito fiscalmente

deducibile con inclusione dei “*cc.dd. pagamenti figurativi tra stabile organizzazione (esente o con credito) e casa madre ovvero tra stabili organizzazioni della medesima casa madre*” (cfr. circ. n. 2/E/2021, par. 8.3.1.).

Tutti gli elementi indicati nell'*hallmark* C devono rispettare il criterio della potenziale riduzione di imposta (si veda l'art. 6, comma 1, D.M. 17 novembre 2020); gli elementi indicati nell'*hallmark* C.1. lett. b), sub 1), lett. c) e lett. d), devono, altresì, soddisfare il criterio del vantaggio fiscale principale (MBT).

Gli elementi indicati nel *hallmark* C.1., rilevanti ai presenti fini, hanno ad oggetto meccanismi che prevedono pagamenti transfrontalieri deducibili – effettuati tra due o più imprese associate – che soddisfano almeno una delle seguenti condizioni:

- a) il destinatario non è residente a fini fiscali in alcuna giurisdizione;
- b) nonostante il destinatario sia residente a fini fiscali in una giurisdizione, quest'ultima:
  - 1) non impone alcuna imposta sul reddito delle società o impone un'imposta sul reddito delle società il cui tasso è pari o prossimo a zero (si rammenta che, ai sensi dell'art. 8, comma 3, D.M., non si considerano a tal fine non soggetti ad imposta sul reddito delle società o soggetti ad una aliquota pari a zero o prossima allo zero, i destinatari dei pagamenti transfrontalieri che rientrano nei regimi di trasparenza fiscale di cui agli artt. 5, 115 e 116 TUIR, nonché i destinatari fiscalmente residenti all'estero e assoggettati a equivalenti regimi di trasparenza fiscale); oppure
  - 2) è inserita in un elenco di giurisdizioni di Paesi terzi che sono state valutate collettivamente dagli Stati membri o nel quadro dell'OCSE come non cooperative;
- c) il pagamento beneficia di un'esenzione totale dalle imposte nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali;
- d) il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente a fini fiscali.

Gli elementi indicati nell'*hallmark* C.2. e C.3 non richiedono, viceversa, la sussistenza del requisito del rapporto associativo.

**4.6.** Appare evidente come gli *hallmark* C.1.(b)1 e (b)2 siano ancorati all'effetto fiscale derivante dal pagamento e delineino uno spettro più ampio di fattispecie rilevanti rispetto alle fattispecie “qualificate” ed oggetto di contrasto da parte del Decreto ATAD. Invero, come ricordato in precedenza, il Decreto ATAD non contrasta qualsivoglia effetto fiscale disarmonico e combatte, unicamente, specifici effetti fiscali derivanti da fattispecie che presentano caratteristiche particolari.

Il Decreto ATAD prevede, inoltre, specifici casi di esclusione in relazione alle differenti fattispecie foriere di disallineamenti qualificati.

Ad esempio, ai fini dell'applicazione delle misure *anti-hybrid* previste dal Decreto ATAD, il disallineamento da ibridi derivante dall'impiego di uno strumento finanziario non emerge laddove lo *status* di soggetto esente dall'imposta proprio del beneficiario (o la circostanza che lo strumento finanziario sia soggetto ai termini di

un regime fiscale speciale) sia la ragione esclusiva dell'emersione dell'effetto fiscale disarmonico.

Oltre a ciò, sempre con riferimento a questa categoria di *hybrid mismatch arrangement*, il disallineamento qualificato deve essere il risultato di una differente qualificazione dello strumento finanziario.

Entrambi gli elementi sopra menzionati non sembrano assumere alcuna rilevanza ai fini del Decreto DAC6 che, come detto, guarda alla potenziale pericolosità della struttura e della conseguente necessità per le Amministrazioni di acquisire informazioni in merito.

Lo stesso vale per le altre fattispecie individuate dal Decreto ATAD in cui il disallineamento non si verifica laddove lo *status* di esenzione dall'imposta del beneficiario avrebbe comunque fatto emergere l'effetto fiscale disarmonico. In aggiunta, si rileva che, ai fini del Decreto ATAD, le misure di reazione ivi previste non trovano applicazione nel caso in cui il disallineamento sia stato neutralizzato in un altro Stato secondo le proprie disposizioni interne. Anche questo aspetto non sembra assumere rilevanza ai fini del Decreto DAC6.

Gli *hallmark* C.1. c) e d) presentano maggiori affinità con i disallineamenti da ibridi individuati dal Decreto ATAD, soprattutto con i disallineamenti da ibridi derivanti da strumenti finanziari che hanno ad oggetto l'*expected tax treatment* più che l'effetto fiscale concreto, in un'ottica di pericolo.

Anche in questo caso, ai fini dell'integrazione degli elementi distintivi in questione, è necessario che il pagamento avvenga tra imprese associate e che sussistano i requisiti della potenziale riduzione di imposta e del MBT.

Una differenza tra gli elementi distintivi in questione e le fattispecie individuate dal Decreto ATAD (diverse da quelle concernenti gli strumenti finanziari) potrebbe ravvisarsi avendo riguardo alla circostanza che, secondo l'approccio OCSE, l'esenzione oggettiva in capo al beneficiario può escludere l'emersione del disallineamento da ibridi, circostanza del tutto irrilevante ai fini Decreto DAC6.

**4.7.** L'elemento distintivo C.2. presenta delle affinità con le fattispecie foriere di doppia deduzione individuate dal Decreto ATAD. Tuttavia, le differenze tra le due discipline sono numerose e rilevanti.

Si prenda spunto dall'Esempio n. 20 della circ. n. 2/E/2021, che descrive il caso di una società (Società A, residente nello Stato A), proprietaria di un bene iscritto nel proprio stato patrimoniale come bene soggetto al processo di ammortamento contabile. Un'altra società (Società B, residente nello Stato B) ha la disponibilità economica del medesimo bene, in quanto sopporta i rischi e ritrae i benefici connessi all'utilizzo di tale bene. La Società B iscrive il bene in questione nel proprio stato patrimoniale come bene soggetto al processo di ammortamento contabile. Entrambe le società, in applicazione dei rispettivi principi contabili, includono dunque il bene tra i propri attivi patrimoniali, attuano il processo di ammortamento contabile, e rilevano, ai fini fiscali, le quote di ammortamento come oneri deducibili. Sul punto, l'Agenzia delle Entrate conclude che, nel caso di specie, risulta integrato l'elemento

distintivo C.2.

In proposito, occorre rilevare che, sebbene i componenti negativi derivanti dagli ammortamenti assumano rilevanza anche ai fini delle misure di contrasto all'effetto di doppia deduzione previste dal Decreto ATAD, tali misure non sono limitate, come accade, invece, nel contesto del Decreto DAC6, a tale tipologia di componente negativo di reddito. In aggiunta, come ricordato in precedenza, il Decreto ATAD non contrasta qualsivoglia effetto fiscale disarmonico (in questo caso, la doppia deduzione), ma unicamente gli effetti fiscali "qualificati" che derivano, nel caso della doppia deduzione, da un differente trattamento fiscale di un'entità (o di una stabile organizzazione e dei proventi ad essa attribuiti) con inclusione dei casi di doppia residenza fiscale.

**4.8.** L'elemento distintivo C.3. fa riferimento ai meccanismi rivolti all'ottenimento, in più giurisdizioni, dello sgravio dalla doppia imposizione rispetto allo stesso elemento di reddito o capitale, come può accadere nell'ipotesi di meccanismi elaborati per sfruttare situazioni in cui i redditi ritraibili da uno strumento finanziario risultino attribuibili contestualmente a più soggetti residenti fiscalmente in Stati diversi, con l'effetto di consentire la simultanea utilizzazione di crediti d'imposta, esenzioni o esclusioni in diverse giurisdizioni (cfr. circ. n. 2/E/2021, par. 8.3.3).

Questo elemento distintivo sembra, ad una prima lettura, sovrapponibile alla fattispecie individuata dal Decreto ATAD all'art. 8, comma 5, a mente del quale, *"nel caso dei rapporti di cui alle lettere g-bis) e g-ter) del comma 1 dell'articolo 44 del TUIR, nonché delle operazioni che producono analoghi effetti economici, aventi ad oggetto obbligazioni e titoli similari o titoli atipici, il credito per le imposte estere spetta in misura corrispondente alla differenza positiva tra il provento cui detto credito si ricollega e l'onere finanziario relativo alle suddette operazioni"*.

Tuttavia, a ben vedere, l'ambito oggettivo dell'elemento distintivo C.3. appare significativamente più ampio rispetto a quello della corrispondente fattispecie stratta individuata dall'art. 8, comma 5, Decreto ATAD, come emerge plasticamente dall'Esempio n. 21, della circ. n. 2/E/2021, dal quale emerge altresì il differente approccio seguito dal Decreto DAC6 rispetto al Decreto ATAD con riferimento ai cc.dd. "trasferimenti ibridi".

L'esempio sopra citato concerne un meccanismo transnazionale in cui una società (Società A, residente nello Stato A) conclude un contratto di mutuo di titoli (azionari), in qualità di mutuatario, con una società residente in un differente Stato (Società B, residente nello Stato B). Il meccanismo transazionale coinvolge un intermediario residente nel territorio dello Stato. Secondo le previsioni dell'accordo, i proventi derivanti dai titoli sottostanti, ricevuti dal mutuatario durante il periodo del prestito, devono essere retrocessi al mutuante Società B (*manufactured dividend*). Lo Stato B attribuisce la titolarità dei proventi derivanti dai titoli sottostanti alla Società B e tratta tali proventi come esenti ai fini fiscali. Lo Stato A attribuisce la titolarità dei proventi derivanti dai titoli sottostanti alla Società A, tratta tali proventi come esenti ed ammette la deduzione ai fini fiscali del

*manufactured dividend.*

L'Agenzia delle Entrate mette in luce che, nel caso di specie, “[i]l trasferimento ibrido, quindi, consente il godimento del rimedio contro la doppia imposizione (esclusione/esenzione dei dividendi) in entrambi gli Stati” e ritiene integrato l'elemento distintivo C.3.

A differenza dell'art. 8, comma 5, Decreto ATAD, l'elemento distintivo C.3. non fa riferimento al credito di imposta per le imposte estere. Inoltre, come emerge dall'esempio, l'elemento distintivo C.3. si concentra sul trattamento fiscale accordato dalle parti dell'accordo (considerate titolari dello strumento dalle rispettive giurisdizioni di residenza) ai proventi del titolo oggetto di trasferimento (esclusione - esenzione). Di contro, l'art. 8, comma 5, Decreto ATAD, fa riferimento al conseguimento di un indebito credito per le imposte estere per le parti del trasferimento ibrido, mentre l'art. 6, comma 1, lett. r), n. 1, Decreto ATAD, contrasta l'emersione di un effetto di doppia deduzione derivante dal trasferimento ibrido che può emergere, secondo l'approccio OCSE, a prescindere dalla circostanza che il provento derivante dal titolo sottostante sia considerato esente o imponibile in capo alla parte che rivendica la deduzione del pagamento derivante dall'accordo di trasferimento dello strumento sottostante.

**5.** L'analisi sopra riportata mette in luce come le due discipline oggetto di comparazione (recate, rispettivamente, dal Decreto DAC6 e dal Decreto ATAD) presentino alcuni punti di contatto. Tuttavia, le differenti finalità perseguite da ciascun decreto fanno emergere rilevanti differenze applicative.

Da ciò deriva la possibile rilevanza di un determinato meccanismo transfrontaliero ai fini dell'obbligo di comunicazione previsto dal Decreto DAC6 e la contemporanea irrilevanza dello stesso ai fini delle disposizioni del Decreto ATAD (e viceversa).

Occorre all'uopo mettere in luce come il Decreto ATAD sia rivolto alla neutralizzazione dei “disallineamenti da ibridi” attraverso la puntuale ed esaustiva individuazione delle fattispecie rilevanti e ponga, in capo ai “soggetti passivi” italiani, il compito di eliminare il disallineamento. Nella meccanica del Decreto ATAD, il “soggetto passivo” è quindi, tendenzialmente, sia parte della struttura (o accordo), sia destinatario dell'obbligo di attuazione delle misure di reazione.

Nel sistema delineato dal Decreto DAC6, il meccanismo potenzialmente foriero di un effetto fiscale indesiderato, che integra almeno uno degli elementi distintivi presenti nell'Allegato 1, rappresenta l'oggetto dell'obbligo di comunicazione. Il Decreto DAC6 si propone di creare un sistema informativo in costante aggiornamento che possa consentire alle Amministrazioni finanziarie di reagire con tempestività e di esercitare una forza deterrente in capo agli intermediari ed ai contribuenti.

In questo senso, il Decreto ATAD ed il Decreto DAC6 perseguono finalità collegate ma non coincidenti, in quanto il primo mira all'individuazione e all'eliminazione dell'effetto (distorsivo) dei disallineamenti da ibridi, mentre il secondo ha ad oggetto il pericolo di emersione dell'effetto (peraltro non necessariamente coincidente con



quello previsto dal Decreto ATAD) e prescinde dalla sua effettiva emersione. I soggetti destinatari delle misure previste dai due decreti possono, inoltre, non coincidere, poiché gli obblighi di comunicazione previsti dal Decreto DAC6 sono posti in capo anche a soggetti che non assumono il ruolo di parti dell'accordo o dello strumento (i "soggetti passivi" definiti dal Decreto ATAD), ma che concorrono alla sua elaborazione, commercializzazione, organizzazione o messa a disposizione ai fini dell'attuazione (i c.d. intermediari).

Ciò nonostante, si ritiene che il Decreto ATAD e la sua relazione illustrativa, la direttiva ATAD ed il suo *explanatory memorandum*, nonché i *report* OCSE relativi ai disallineamenti da ibridi, possono costituire un valido riferimento ai fini della interpretazione della disciplina recata dal Decreto DAC6. Al contempo, le fattispecie specificamente individuate dal Decreto ATAD non possono essere considerate automaticamente rilevanti ai fini dell'obbligo di comunicazione imposto dal Decreto DAC6, in quanto, alla luce delle finalità da quest'ultimo perseguite e delle regole specifiche dallo stesso previste, è sempre necessario valutare in concreto la sussistenza dell'obbligo di comunicazione secondo gli specifici canoni imposti da tale decreto.

## BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

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 Report*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 2020, 2 35 ss.

ASSONIME, circolare 1° agosto 2018, n. 19, 25 ss.

CORRADI G., *Gli hybrid mismatches: disallineamenti da ibridi, tipologie di disallineamento, norme anti-ibrido, linking rules*, in *Fisc. comm. intern.*, 2019, 11, 29 ss.

DE BOER R. - MARRES O., *BEPS Action 2 Report: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*, in *Intertax*, 2015, Vol. 43, Issue 1, 14 ss., <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/43.1/TAXI2015003>

EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*, COM(2016) 687, final 2016/0339 (CNS), Explanatory memorandum, 2016, 5 ss.

FIBBE G.K. - STEVENS T., *Hybrid Mismatches Under the ATAD I and II*, in *EC Tax Review*, 2017, Vol. 26, Issue 3, 153 ss.

GINEVRA G., *The EU Anti Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (Beps) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, in *Intertax*, 2017, Vol. 45, Issue 2, 120 ss.

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

OECD (2015), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241442-en>.

OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264278790-en>.

OECD (2019), *International Exchange Framework for Mandatory Disclosure Rules on CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*, OECD Publishing, Paris, [www.oecd.org/tax/exchange-of-information/international-exchange-framework-for-mandatory-disclosure-rules-on-crsavoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structure.pdf](http://www.oecd.org/tax/exchange-of-information/international-exchange-framework-for-mandatory-disclosure-rules-on-crsavoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structure.pdf)

PARADA L., *Hybrid Entity Mismatch and the International Trend of Matching Tax Outcome: A Critical Approach*, in *Intertax*, 2018, Vol. 46, Issue 12, 971 ss.