



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

RIVISTA DI DIRITTO
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

2

2014

maggio/agosto

Fondata da | *Founded by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da | *Directors*
ANDREA AMATUCCI, JACQUES MALHERBE,
GIOVANNI PUOTI, CLAUDIO SACCHETTO,
JOSÈ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ



SAPIENZA
UNIVERSITÀ
EDITRICE

SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “LA SAPIENZA”
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE
RIVISTA DI DIRITTO
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

FONDATORE/FOUNDER

Giovanni PUOTI

DIREZIONE SCIENTIFICA/SCIENTIFIC DIRECTORS

Andrea AMATUCCI – Jacques MALHERBE – Giovanni PUOTI –
Claudio SACCHETTO – José Manuel TEJERIZO LOPEZ

COMITATO SCIENTIFICO/SCIENTIFIC COMMITTEE

Ruben ASSOREY (Argentina) – Domenico DA EMPOLI (Italia) – Lorenzo DEL FEDERICO (Italia) – Eugenio DELLA VALLE (Italia) – Patrick DIBOUT (France) – Adriano DI PIETRO (Italia) – Hans FLICK (Deutschland) – Gabor FOLDES (Magyarország) – Daniel GUTMANN (France) – Pedro Manuel HERRERA MOLINA (España) – Haron JORAN (Israel) – Joachim LANG (Deutschland) – Gaetano LICCARDO † (Italia) – Leonardo PERRONE (Italia) – Mauricio PLAZAS VEGA (Colombia) – Franco PICCIAREDDA (Italia) – Manuel PIRES (Portugal) – Franco ROCCATAGLIATA (Italia) – Roman SEER (Deutschland) – Stanley SIEGEL (U.S.A.)

DIREZIONE DELLA REDAZIONE/EDITORIAL DIRECTORS

Fabrizio AMATUCCI – Pietro SELICATO

COMITATO DI REDAZIONE/EDITORIAL COMMITTEE

ROMA (Responsabile: Pietro SELICATO)

Gemma CARALLO – Pier Luca CARDELLA – Mauro CICCOLINI – Serenella CRISAFULLI – Isabella CUGUSI – Carla LOLLIO – Pietro ROSSOMANDO – Valentino TAMBURRO – Piergiorgio VALENTE – Marco VERSIGLIONI – Maria Nicola VILLANI

NAPOLI (Responsabile: Fabrizio AMATUCCI)

Roberta ALFANO – Anna Rita CIARCIA – Sossio COLELLA – Tatiana COMPAN PARODI – Maria Beatrice D’ANNA – Cristina MAYER – Alfonsoantonio MORGILLO – Valeria NASTI – Maria Pia NASTRI – Giovanna PETRILLO – María Catalina PLAZAS MOLINA – Angela Andreina PUOPOLO – Roberta SCARPATO – Loredana STRIANESE

TORINO (Responsabile: Claudio SACCHETTO)

Marco BARASSI – Francesco CANNAS – Roberto FRANZÉ – Mario GRANDINETTI – Barbara TESSA – Giuseppe VANZ – Alessandro VICINI RONCHETTI

PESCARA (Responsabile: Lorenzo DEL FEDERICO)

Marco BALDACCI – Christian CALIFANO – Silvia GIORGI – Luigi LOVECCHIO – Gabriele MARINI – Francesca MICONI – Francesco MONTANARI – Annalisa PACE – Alberto RENDA – Concetta RICCI – Caterina VERRIGNI

MILANO (Responsabile: Giuseppe MARINO)

Andrea BALLANCIN – Giovanna COSTA – Serena CIBECCHINI – Barbara NIGRO – Daniele RUSSETTI – Luigi VELE – Luca VITALE

CORRISPONDENTI SCIENTIFICI/SCIENTIFIC CORRESPONDENTS

- Kristina AIJMA, University of Helsinki (Finland)
- Rita CALÇADA PIRES, University Lusíada of Lisbon (Portugal)
- Klaus-Dieter DRUEEN, Ludwig Maximilians Universität Munchen (Germany)
- J. Clifton FLEMING Jr., Brigham Young University (U.S.A.)
- Daniel GUTMANN, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France)
- Juan Ignacio GOROSPE OVIEDO, CEU Universidad San Pablo – Madrid (Spain)
- Gerard MEUSSEN, University of Nijmegen (The Netherlands)
- Federica LIBERATORE, European Commission (Bruxelles)
- Heleno TAVEIRA TORRES, University of São Paulo (Brazil)
- Edoardo TRAVERSA, Catholic University of Leuven (Belgium)

COORDINATORE DELLA REDAZIONE/PROJECT MANAGER

Pietro SELICATO

SEGRETERIA DI REDAZIONE/EDITORIAL OFFICE

Carmelo BONOMO – Mauro CICCOLINI – Giulia COLLETTI – Pietro ROSSOMANDO
editorialstaff@rdti.it - <http://www.rdti.it>



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata da • *Founded by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da • *Directors*
ANDREA AMATUCCI
Emerito di *Diritto Finanziario*
Università Federico II - Napoli

JACQUES MALHERBE
Emerito di *Diritto Tributario*
Università Cattolica - Lovanio

GIOVANNI PUOTI
Ordinario di *Diritto Tributario*
 Rettore Università Telematica Niccolò Cusano

CLAUDIO SACCHETTO
Ordinario di *Diritto Tributario*
Università di Torino

Josè Manuel Tejerizo López
Cattedratico di *Diritto Finanziario e Tributario*
Universidad Nacional de Educacion a Distancia UNED - Madrid

2

2014

maggio/agosto



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Sapienza Università di Roma - Dipartimento di Scienze Politiche
RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

COMITATO SCIENTIFICO DEI REVISORI ESTERNI
PEER REVIEW COMMITTEE

Tutti gli articoli pubblicati sulla Rivista di Diritto Tributario Internazionale sono oggetto di valutazione collegiale da parte dei Direttori, che ne approvano la pubblicazione. La maggior parte degli articoli pubblicati nella prima e nella seconda sezione della Rivista, se richiesto dagli autori, è soggetta ad una valutazione secondo le prescrizioni dell'ANVUR a cura del Comitato scientifico dei Revisori, così composto:

- Prof. Francisco ADAME MARTINEZ
(Cattedratico di Diritto Tributario e Finanziario nell'Università di Siviglia)
- Prof. Massimo BASILAVECCHIA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Teramo)
- Prof. Pietro BORIA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Beniamino CARAVITA DI TORITTO
(Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Daria COPPA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Prof. Roberto CORDEIRO GUERRA
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Firenze)
- Prof. Francesco D'AYALA-VALVA
(già Ordinario di Diritto Tributario nell'Università dell'Aquila)
- Prof. Stefano FIORENTINO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Salerno)
- Prof. Emma GALLI
(Associato di Scienza delle Finanze nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Alessandro GIOVANNINI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Siena)
- Prof. Manlio INGROSSO
(Ordinario di Diritto Tributario nella Seconda Università di Napoli)
- Prof. Enrico LAGHI
(Ordinario di Economia Aziendale nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Josè Maria LAGO MONTERO
(Cattedratico di Diritto Finanziario e Diritto Tributario nell'Università di Salamanca)
- Prof. Carlos Maria LÓPEZ ESPADAFOR
(Cattedratico nell'Università di Jaén)
- Prof. Paolo LIBERATI
(Ordinario di Scienza delle Finanze nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Jean Claude MARTINEZ
(Ordinario di diritto tributario nell'Università di Paris II)
- Prof. Giuseppe MELIS
(Straordinario di Diritto Tributario nell'Università LUISS-Guido Carli)
- Prof. Mario NUSSI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Udine)
- Prof. Pasquale PISTONE
(Associato di Diritto Tributario nell'Università di Salerno)
- Prof. Josè Andrés ROZAS
(Professore Titolare di Diritto Finanziario e Tributario nell'Università di Barcellona)
- Prof. Salvatore SAMMARTINO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Eugenio SIMÓN ACOSTA
(Cattedratico di Diritto Finanziario nell'Università di Navarra)
- Prof. Giuseppe TINELLI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Loris TOSI
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Venezia)
- Prof. Antonio URICCHIO
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Bari)
- Prof. Juan Enrique VARONA ALABERN
(Cattedratico di Diritto Tributario e finanziario nell'Università di Cantabria)

Sezione I – Dottrina

Section I – Academic Essays

JACQUES MALHERBE

The Issues of Dispute Resolution and Introduction of a Multilateral Treaty 5

ROMAN SEER

Surcharges and Penalties in Tax Law (in an European Overview) 17

JOSÉ ANDRÉS ROZAS VALDÉS

Tax penalties in a cooperative compliance framework 31

LORENZO DEL FEDERICO

Le sanzioni atipiche: esperienza italiana e quadro europeo 57

Sezione II – Documenti commentati

Section II – Commented documents

CARLA LOLLIO

Il trasferimento di residenza nel Principato di Monaco è sempre così conveniente? Notazioni a margine dell'art. 7, I alinea della Convenzione fiscale del 18 maggio 1963 fra la Repubblica francese ed il Principato di Monaco.

(Nota a Conseil d'État, France - plén fisc., 11 aprile 2014 n. 362237) 77

MARIO CARDILLO

Il pagamento parziale dell'IVA nel concordato preventivo nel contesto del diritto dell'Unione Europea dopo la sentenza della Corte Cost. 225/2014

(Nota a Corte Costituzionale, sentenza 2014, n. 225) 117

Sezione III – Appunti e rassegne

Section III – Notes and Surveys

JOSÉ AMORIM

Les principales mesures de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales au Portugal 135

PIERGIORGIO VALENTE

Erosione della base imponibile mediante gli strumenti ibridi: criticità secondo l'OCSE 169

LUCA MEOLI, PIETRO SORBELLO

Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. Riflessioni sull'analisi economica del diritto 195

FRANCESCO CANNAS

Italy, FATCA and the future of tax information exchange: critical profiles of the latest developments 245

SERGIO COMMENDATORE

Il diritto alla detraibilità dell'IVA tra frode fiscale e nuove teorie sull'abuso del diritto 261

MARCO THIONE, MARCO CARROZZINO, MARCO BARGAGLI

The exchange of information as a "preliminary burden" against aggressive tax planning phenomena 291

PIETRO SELICATO

Recensione a Fabio Montalcini – Camillo Sacchetto, *Diritto tributario telematico* (Giappichelli Editore, 2015) 309

Book review at Fabio Montalcini – Camillo Sacchetto, *Diritto tributario telematico* (Giappichelli Editore, 2015) 313

SEZIONE III
APPUNTI E RASSEGNE

SECTION III
Notes and surveys

Erosione della base imponibile mediante gli strumenti ibridi: criticità secondo l'OCSE

Piergiorgio Valente

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Gli schemi elusivi attuati per il tramite degli strumenti ibridi; 2.1 Le fattispecie che determinano una doppia deduzione; 2.2 Le fattispecie che determinano una deduzione dei costi in uno Stato a fronte della non tassazione nell'altro Stato; 2.3 L'erosione della base imponibile attraverso i c.d. *reverse hybrid mismatches*; 3. Preliminari conclusioni; 4. Le più recenti raccomandazioni dell'OCSE.

1. Premessa

Tra gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva rilevati dall'OCSE nel contesto degli studi sul *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), gli *hybrid mismatch arrangements* hanno suscitato particolare preoccupazione tra le Amministrazioni fiscali¹.

¹ Cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss.. «2.13 *Hybrid mismatches occur when an MNE makes use of a hybrid financial instrument or a hybrid entity to reduce the corporation tax that would otherwise be payable when looked at on a group-wide basis. A hybrid financial instrument is one that is treated as producing a payment that is tax deductible in the country in which it is paid, but which is not treated as a taxable receipt in the recipient's country (or which is not very highly taxed). A typical example is an instrument treated as debt in one country but as equity in the other.*

2.14 *A MNE can set up a hybrid entity that is treated as taxable (or opaque) under the law of one country, for example the country of residence but which is not recognised (is transparent) under the law of another, for example the country in which its parent is resident. Hybrid entity mismatches can arise because of differences between countries' tax treatments of a particular entity, or because a country has rules which permit businesses to choose whether an entity is opaque or transparent. Depending on the circumstances, a payment by a hybrid entity can give rise either to a deduction in two countries (a double deduction) or a deduction in one country with no taxable receipt in another. In other circumstances, payments made to a hybrid entity can produce the same mismatches» (cfr. HMRC, *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD**

Gli *hybrid mismatch arrangements* sono strumenti, transazioni ed entità che possono essere ricondotti alle seguenti tipologie²:

- entità ibride, trattate come trasparenti ai fini fiscali in uno Stato e come non trasparenti in un altro Stato³;

project for countering Base Erosion and Profit Shifting, marzo 2014).

Secondo BIAC, *OECD discussion draft on beps action 2: neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*, 2 maggio 2014, «Hybrid arrangements are only one of the factors that create cross-border tax mismatches. We believe that full consideration of other factors that drive mismatches is critical to reach a proportionate and effective solution across this and the other BEPS actions. Aligning the tax impact of cross-border hybrid mismatches involves inherent complexity, with associated administrative and compliance challenges. We believe that the challenges created by complexity are being underestimated. Although action is needed to address BEPS concerns, that action should not come at the price of undue complexity and associated uncertainty and unintended consequences».

² Cfr. OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 12 febbraio 2013, pag. 40. Cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014. «2.13 Hybrid mismatches occur when an MNE makes use of a hybrid financial instrument or a hybrid entity to reduce the corporation tax that would otherwise be payable when looked at on a group-wide basis. A hybrid financial instrument is one that is treated as producing a payment that is tax deductible in the country in which it is paid, but which is not treated as a taxable receipt in the recipient's country (or which is not very highly taxed). A typical example is an instrument treated as debt in one country but as equity in the other.

2.14 A MNE can set up a hybrid entity that is treated as taxable (or opaque) under the law of one country, for example the country of residence but which is not recognised (is transparent) under the law of another, for example the country in which its parent is resident. Hybrid entity mismatches can arise because of differences between countries' tax treatments of a particular entity, or because a country has rules which permit businesses to choose whether an entity is opaque or transparent. Depending on the circumstances, a payment by a hybrid entity can give rise either to a deduction in two countries (a double deduction) or a deduction in one country with no taxable receipt in another. In other circumstances, payments made to a hybrid entity can produce the same mismatches» (cfr. HMRC, *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*, marzo 2014).

Secondo BIAC, «Hybrid arrangements are only one of the factors that create cross-border tax mismatches. We believe that full consideration of other factors that drive mismatches is critical to reach a proportionate and effective solution across this and the other BEPS actions. Aligning the tax impact of cross-border hybrid mismatches involves inherent complexity, with associated administrative and compliance challenges. We believe that the challenges created by complexity are being underestimated. Although action is needed to address BEPS concerns, that action should not come at the price of undue complexity and associated uncertainty and unintended consequences» (cfr. BIAC, *OECD discussion draft on beps action 2: neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*, 2 maggio 2014).

³ Cfr. J. LÜDICHE, J. ALTORFER, G. BLANLUET, D. HOHENWARTER-MAYR, K. INOUE, S. SUAREZ, C. LANGE-HÜCKSTÄDT, *Cross-Border Loss Utilization*, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 68, 2014: «These kinds of arrangements raise significant policy concerns. Denmark, Germany, New Zealand, the United Kingdom and the United States have specific rules which address double deduction issues. The tax deduction is generally disallowed to the extent that the same deduction is claimed in the other country. In the absence of a "tie-breaker" test as mentioned

- entità con doppia residenza⁴, considerate residenti ai fini fiscali in due Stati⁵;
- *strumenti ibridi*, trattati fiscalmente in maniera differente nei diversi Stati (ad esempio, il medesimo strumento può essere qualificato quale capitale di prestito in uno Stato e quale capitale di rischio in un altro);
- *trasferimenti ibridi*, cioè *arrangements* che sono disciplinati ai fini fiscali come trasferimento della proprietà di un *asset* in uno Stato e come «*collateralised loan*»⁶ in un altro Stato.

Il 19 marzo 2014, l'OCSE ha pubblicato il documento «*BEPS Action 2: Neutralise The Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*», nel quale vengono proposte soluzioni al fine di eliminare le distorsioni e i possibili arbitraggi fiscali realizzabili ponendo in essere *hybrid mismatch arrangements*⁷. In tale

in section 5.2. (i.e. if both countries apply similar rules), unrelieved double taxation might be the consequence. In its report on hybrid mismatch arrangements, the OECD recommends to countries that they consider introducing or revising specific and targeted rules denying benefits in the case of hybrid mismatch arrangements».

⁴ Altrimenti definite DREC (*Dual Resident Companies*). Le DREC vanno tenute distinte dalle cd. DINC (*Dual Incorporated Companies*), società costituite in due Paesi diversi, con preminente finalità di evasione o di frode fiscale.

⁵ «*The Discussion Draft proposes solving cases of dual treaty residence on a case-by-case basis rather than by reference to the current rule which uses the place of effective management of entities. The proposed wording for Article 4 (3) requires always having a mutual agreement between the contracting states.*

*Two major concerns arise from the consequences of this proposed requirement: (i) additional unnecessary burden on the tax authorities of the two contracting states: the mutual agreement procedure should be used as a last alternative, not first alternative; and (ii) potentially unjust to the taxpayer being subject to double taxation without fault and due to circumstances unrelated to his behaviour and beyond his influence. Additionally, whatever the solution adopted by the OECD, it is crucial that there is simultaneous adoption by all states. In situations where an entity is resident of two states, one of which has adopted the above proposal and the second (for example, in which the entity's effective management is established) has not, the taxpayer will face double-taxation with no possibility of reprieve. Whilst it is agreed that double non-taxation is not the purpose of the treaty, double taxation is also not an acceptable result» (cfr. CFE, *Opinion Statement FC 9/2014 of the CFE on the two OECD Discussion Drafts: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements (BEPS Action 2)*, maggio 2014).*

⁶ Un *collateralised loan* o «finanziamento collateralizzato» è un'operazione di finanziamento garantito da un *asset* (c.d. «collaterale»), di solito rappresentato da un portafoglio di strumenti finanziari.

⁷ Per ulteriori approfondimenti in materia di *hybrid mismatch arrangements* cfr. P. VALENTE, *I profili di elusività degli hybrid mismatch arrangements*, in *Il fisco*, n. 33/2013 e P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss..

contesto, le raccomandazioni dell'OCSE contenute nel documento riguardano principalmente:

- la modifica all'art. 1 e relativo Commentario del Modello di Convenzione OCSE, al fine di contrastare i fenomeni di «doppia non imposizione» e «doppia deduzione»;
- l'implementazione di norme tese a impedire l'esenzione dalla tassazione al percipiente di flussi di reddito, qualora questi ultimi siano considerati deducibili nello Stato del soggetto che li corrisponde;
- l'inserimento nell'ordinamento fiscale dei singoli Stati di norme che escludano la deducibilità dei pagamenti in uno Stato, qualora tali componenti non siano tassati nell'altro;
- l'implementazione di norme che escludano la deducibilità dei flussi di pagamento in uno Stato ove questa sia prevista anche in un altro Paese (cd. «double deduction»)⁸.

⁸ «2.15 For a cross-border transaction it is not always possible to establish which country's tax base is being eroded and so rules which rely on being able to show that there is a main purpose of eroding a specific country's base, such as the UK's anti-arbitrage rules, can only operate from that country's perspective. But designing rules which can be adopted by a number of countries and applied consistently by each can provide a solution which addresses the international problem comprehensively. For hybrid financial instruments, important considerations are the way in which the hybrid mismatch is neutralised, and the scope of the rules in terms of the type of instrument and the relevance of any relationship between the payer and payee.

2.16 To solve this problem, it has been proposed that a rule should be introduced to apply only where there is a mismatch. This would either deny the payer a tax deduction for the payment, or force the recipient to include the amount as a taxable receipt, neutralising the mismatch. To prevent rules designed for multilateral adoption from producing double taxation, there must be an agreed order for their application. For example the rules could deny a deduction first, and force inclusion second. Applying the rules in this order provides the most direct response to the asymmetric deduction produced by a hybrid financial instrument. If the instrument was between two countries which had adopted the anti-mismatch rules then only the primary rule (deny deduction) would be needed. But if the payer's country did not operate these rules and a deduction was not denied, then the secondary rule would apply to force inclusion for the recipient.

2.17 For the scope of the rule, two approaches are being considered. The first is to set out specifically what falls within the scope of the rule. The second is to say specifically what falls outside its scope. An example of the first approach might be to include only hybrid financial instruments held by related parties (including parties acting together) and hybrids held as part of structured arrangements. An example of the second approach might be for the rules to apply to all hybrid financial instruments other than those which are widely held or traded. If the second approach were adopted, it would be necessary to ensure that instruments held by related parties or as part of structured arrangements were included, even if those instruments were widely held or traded.

2.18 In assessing which of the two approaches is preferable, an important factor is the relative practicality of the two approaches. It is important to have workable rules, which address the areas of greatest risk while seeking to minimise the additional compliance costs imposed on both business

Il documento è stato suddiviso dal *Committee on Fiscal Affairs* dell'OCSE (c.d. «CFA»), in due *discussion drafts*:

- il primo *discussion draft*, contenente le raccomandazioni sulle normative nazionali («*Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Recommendations for Domestic Laws*»);
- il secondo *discussion draft*, avente ad oggetto l'impatto del Modello di Convenzione OCSE sulle normative dei singoli Stati e le proposte per ulteriori modifiche al citato Modello («*Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Treaty Aspects of the Work on Action 2 of the BEPS Action Plan*»)⁹.

In generale, le raccomandazioni contenute nel primo *draft* riguardano tre categorie differenti di *hybrid mismatch arrangements*¹⁰:

and the tax authorities. The first approach may well be easier to operate, given that it would require less information exchange between potentially affected parties» (HMRC, *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*, marzo 2014).

⁹ «*The two Discussion Drafts showed two possible approaches to addressing hybrid mismatches: Under a top down approach the rules would apply to all transactions involving hybrid instruments with certain limited exceptions. Under a bottom-up approach the rules would apply to instruments held between related parties and instruments entered into as part of a tax-motivated «structured» arrangement. We understand from a recent statement of Pascal Saint-Amans that the OECD favours the bottom-up approach. We welcome this more targeted approach. In our view, the ideal solution would be common, internationally agreed concepts of debt and equity. The current suggested measures are complex and would be difficult to implement. For example there are different rules which apply to related- and unrelated party transactions.*

Apart from an increase in compliance costs, we are particularly worried about the creation of new potential situations of double taxation. To reach a solution, the OECD should work towards mandatory binding arbitration and more effective MAPs» (cfr. CFE, *Opinion Statement FC 9/2014 of the CFE on the two OECD Discussion Drafts: Neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements (BEPS Action 2)*, maggio 2014). Cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2030 ss..

¹⁰ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, first draft*, Parigi, 2014, pag. 15:

«The recommendations in the Consultation Document target three categories of hybrid mismatch arrangement: (a) Hybrid financial instruments (including transfers); where a deductible payment made under a financial instrument is not treated as taxable income under the laws of the payee's jurisdiction; (b) Hybrid entity payments, where differences in the characterisation of the hybrid payer result in a deductible payment being disregarded or triggering a second deduction in the other jurisdiction; (c) Reverse hybrid and imported mismatches, which cover payments made to an intermediary payee that are not taxable on receipt. There are two kinds of arrangement targeted by these rules: (i) arrangements where differences in the characterisation of the intermediary result in the payment being disregarded in both the intermediary jurisdiction and the investor's jurisdiction (reverse hybrids); (ii) arrangements where the intermediary is party to a separate hybrid mismatch arrangement and the payment is set-off against a deduction arising under that arrangement

- *hybrid entity payments*: si verificano quando i pagamenti effettuati dall'*hybrid payer* non sono tassati nella giurisdizione del percipiente oppure generano una «*doppia deduzione*»;
- *hybrid instruments*: strumenti ibridi trattati fiscalmente in maniera differente nei diversi Stati (ad esempio, il medesimo strumento può essere qualificato quale capitale di prestito in uno Stato e quale capitale di rischio in un altro);
- *reverse hybrid and imported mismatches*: si verifica quando un pagamento corrisposto da un investitore ad un intermediario non è tassato. In tale contesto, l'OCSE individua due tipologie di *reverse hybrid and imported mismatches*:
- *arrangements* in cui le differenze nella qualificazione dell'intermediario comportano che il pagamento è esente sia nello Stato dell'investitore sia in quello dell'intermediario beneficiario (c.d. «*reverse hybrid*»);
- *arrangements* in cui l'intermediario costituisce un *hybrid mismatch arrangement* con un terzo, compensando le imposte relative al pagamento dell'investitore, con una deduzione o un credito d'imposta ottenuto mediante l'*hybrid mismatch arrangement* con il terzo (c.d. «*imported mismatches*»).

Al fine di eliminare le distorsioni derivanti dall'utilizzo degli *hybrid mismatch arrangements*, l'OCSE ha invitato gli Stati ad attuare strategie in linea con il proprio sistema fiscale e le prassi interne.

Le suddette categorie, descritte nel primo *draft* del documento «*BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*», rappresentano le modalità principali attraverso le quali è possibile effettuare arbitraggi fiscali tra giurisdizioni diverse mediante *hybrid mismatch arrangements*.

Allo scopo di contrastare le distorsioni derivanti dall'utilizzo degli *hybrid mismatch arrangements*, l'OCSE suggerisce agli Stati di adottare disposizioni specifiche per ogni tipologia di *hybrid mismatch*.

Si raccomanda che le norme relative agli *hybrid instruments* siano focalizzate sul trattamento fiscale dello strumento nella giurisdizione estera (e.g., un'obbligazione convertibile può essere assimilata ai fini fiscali a debito o *equity*). Diversamente, le norme preposte a neutralizzare gli effetti fiscali dei *reverse hybrid arrangements* dovrebbero prevedere la richiesta di specifiche informazioni sia sull'investitore che sull'intermediario.

(*imported mismatches*)».

A tal proposito, nel documento si sottolinea l'importanza di una corretta e adeguata stima dei *compliance costs* e dei rischi relativi alle *hybrid mismatch rules*. Per ogni singolo emittente di strumenti finanziari esistono svariati investitori che detengono il titolo; pertanto, al fine di applicare le *hybrid mismatch rules*, in taluni casi, potrebbe essere più conveniente ottenere informazioni dagli emittenti piuttosto che dagli investitori.

Il secondo *discussion draft* riguarda le proposte di modifica al Modello di Convenzione OCSE. In particolare, si suggerisce che il Modello di Convenzione OCSE venga modificato al fine di impedire che le entità tassate per trasparenza diventino veicoli per generare arbitraggi fiscali (e.g., doppie deduzioni).

A tal fine, all'art. 1 del Modello di Convenzione OCSE, dovrebbe essere inserita una disposizione la quale disponga che qualora i redditi generati da, o attraverso un'entità, siano tassati per trasparenza, anche parzialmente, sulla base di quanto disposto dalla normativa fiscale di un altro Stato (c.d. «*Contracting State*»), gli utili possono essere soggetti a tassazione nel *Contracting State*, esclusivamente nella misura in cui tale Paese consideri, ai fini fiscali, i redditi dell'entità alla stregua degli *income* di un soggetto *ivi* residente¹¹.

L'obiettivo è di garantire che il trattamento fiscale dei pagamenti risulti coerente e coordinato nelle giurisdizioni coinvolte, al fine di eliminare gli arbitraggi fiscali derivanti dagli *hybrid mismatch arrangements*, quali la «*doppia deduzione*» o la deduzione dei costi in uno Stato a fronte della non tassazione dei redditi collegati nell'altra giurisdizione coinvolta.

2. Gli schemi elusivi attuati per il tramite degli strumenti ibridi

Nei Rapporti «*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*» (di seguito anche, «Rapporto») e «*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*»¹² (di seguito anche «Rapporto BEPS») pubblicati dall'OCSE,

¹¹ OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise The Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, second draft*, Parigi, 2014, pag. 7:

«*For the purposes of this Convention, income derived by or through an entity or arrangement that is treated as wholly or partly fiscally transparent under the tax law of either Contracting State shall be considered to be income of a resident of a Contracting State but only to the extent that the income is treated, for purposes of taxation by that State, as the income of a resident of that State*».

¹² Il tema degli *Hybrid Mismatch Arrangements* è affrontato inoltre nei Rapporti OCSE «*Corporate Loss Utilisation Through Aggressive Tax Planning*» e «*Building Transparent Tax Compliance by Banks*», pubblicati rispettivamente nel 2011 e nel 2009.

si rilevano i profili di elusività derivanti dallo sfruttamento delle asimmetrie che si registrano tra i diversi regimi fiscali nazionali, utilizzando *hybrid mismatch arrangements*, al fine di¹³:

- ottenere una «doppia deduzione» dei costi in tutti gli Stati coinvolti;
- ottenere la deduzione dei costi in uno Stato a fronte della non tassazione nell'altro Stato¹⁴;
- generare indebiti crediti d'imposta per imposte corrisposte all'estero.

L'utilizzo dei suindicati strumenti solleva alcune criticità con riferimento ai seguenti aspetti¹⁵:

- riduzione del gettito fiscale di uno o più degli Stati coinvolti: i costi sostenuti dal contribuente per la creazione ed implementazione degli *hybrid mismatch arrangements* sono generalmente deducibili con conseguente ulteriore riduzione del gettito fiscale dello Stato coinvolto;
- concorrenza fiscale sleale: per effetto dell'utilizzo degli strumenti in commento, alcune imprese possono beneficiare di vantaggi competitivi impropri a svantaggio di altre imprese (generalmente, di piccole e medie dimensioni), non in grado di sfruttare *arrangements* analoghi;
- problemi di efficienza economica nell'allocazione delle risorse: nelle ipotesi in cui si ricorre ad un *hybrid mismatch arrangement*, nello Stato del soggetto investitore un investimento all'estero risulta spesso più remunerativo di un equivalente investimento domestico (in tal modo compromettendo la *Capital Export Neutrality*¹⁶); esso inoltre appare più vantaggioso di un investimento domestico effettuato da parte di un soggetto residente nello Stato «target» dell'investimento.

¹³ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, 5 marzo 2012, pag. 11.

¹⁴ Cfr. P. VALENTE, *Aggressive Tax Planning: profili elusivi delle transazioni finanziarie*, in *Il fisco*, n. 22/2013; P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss..

¹⁵ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, op. cit., pag. 11.

¹⁶ La *Capital Export Neutrality* è strettamente collegata all'allocazione efficiente delle risorse finanziarie in un contesto di tipo internazionale. Si ha *Capital Export Neutrality* quando la scala delle preferenze di un investitore sui Paesi in cui investire le proprie risorse finanziarie, basata sui rendimenti che dagli investimenti egli può ottenere, non cambia in base alle differenze dei regimi fiscali vigenti all'interno degli Stati in cui l'investitore vuole intervenire finanziariamente o in base alle relazioni esistenti tra il Paese in cui il soggetto effettua l'investimento e quello proprio di residenza.

- stimento¹⁷ (inficiando, la *Capital Import Neutrality*¹⁸);
- si pregiudica il principio della trasparenza¹⁹;
- si compromette il principio di giustizia ed equità in quanto si determina una disparità di trattamento tra imprese multinazionali e piccole e medie imprese che non hanno accesso agli *hybrid mismatch arrangements*.

Tra gli *hybrid mismatch arrangements*, assumono particolare rilevanza gli strumenti che presentano elementi riconducibili al capitale di rischio e al capitale di prestito e/o derivati; i più diffusi nel contesto finanziario internazionale sono i seguenti:

- obbligazioni subordinate²⁰;
- azioni privilegiate convertibili²¹;
- azioni privilegiate redimibili²²;
- obbligazioni convertibili²³.

2.1 Le fattispecie che determinano una doppia deduzione

Uno schema elusivo molto frequente nella pratica si basa sull'interposizione di un'entità ibrida tra due società residenti in Paesi diversi, al fine di ottenere una doppia deduzione.

L'operazione potrebbe presentare le seguenti caratteristiche:

¹⁷ Per ulteriori approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, IPSOA, 2012.

¹⁸ Un sistema di tassazione soddisfa la *Capital Import Neutrality* se soggetti che investono all'interno di uno stesso Paese subiscono la stessa imposizione e ottengono quindi lo stesso rendimento netto.

¹⁹ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, op. cit., pag. 11: «*the public will be generally unaware that the effective tax regime is quite different for those taxpayers that can profit from mismatch opportunities*».

Cfr. inoltre, P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss..

²⁰ Le obbligazioni subordinate sono obbligazioni il cui rimborso, in caso di procedura fallimentare, avverrà solo dopo aver soddisfatto tutti i creditori privilegiati e chirografari.

²¹ Le azioni convertibili conferiscono al titolare la possibilità di scambiarle con azioni ordinarie a condizioni particolari (ad esempio, quando le azioni ordinarie raggiungono una certa quota o quando quelle privilegiate sono state detenute per un certo periodo).

²² Le azioni redimibili sono azioni privilegiate emesse con una clausola che riserva alla società il diritto di riacquistarle.

²³ Le obbligazioni convertibili sono titoli costituiti da un'obbligazione con una cedola fissa o variabile e da un'opzione la quale fornisce la possibilità che il rimborso possa essere effettuato con la consegna di un controvalore di titoli facenti parte di un'altra categoria.

- una società (di seguito, «Società A») residente in uno Stato (di seguito, «Stato A») controlla un'entità ibrida tassata per trasparenza²⁴ nello Stato A;
- l'*hybrid entity* a sua volta controlla totalmente (o in misura maggioritaria) una società (di seguito, «Società B») residente in uno Stato diverso da quello in cui è residente la Società A (di seguito, «Stato B»). Nello Stato B, l'*hybrid entity* non è tassata per trasparenza;
- l'*hybrid entity* effettua un aumento di capitale nella Società B, stipulando un finanziamento di pari importo rispetto al capitale conferito;
- l'entità ibrida corrisponde gli interessi sul finanziamento di cui sopra, i quali rappresentano, per il *lender*, l'unica voce reddituale rilevante.

La Società B è soggetta all'imposta sui redditi nello Stato B e, pertanto, gli interessi passivi possono essere dedotti dalla base imponibile della stessa. Di contro, lo Stato A applica all'*hybrid entity* il regime di trasparenza fiscale, per cui i relativi interessi sono allocati alla Società A e di conseguenza possono essere dedotti dai ricavi di quest'ultima.

L'effetto fiscale dell'operazione in commento è rappresentato da una doppia deduzione degli interessi passivi a livello di gruppo. A tal proposito, si sottolinea che risultati simili possono essere conseguiti non solo mediante entità ibride, ma anche attraverso una società con perdite considerata fiscalmente residente in due diversi Stati, la quale beneficia del regime dello sgravio di gruppo in entrambi gli Stati.

In tale contesto, è necessario sottolineare che è possibile ottenere gli effetti fiscali di cui sopra, mediante una stabile organizzazione residente in un altro Stato («Stato B») rispetto alla casa madre («Società A» residente in un ipotetico Stato A), qualora la giurisdizione (*i.e.*, lo «Stato B») in cui è residente la filiale («Società B»), permetta alla stabile organizzazione di consolidarsi fiscalmente con le altre società residenti²⁵.

Nello schema in parola, la stabile organizzazione (PE) ottiene un finanziamento da un soggetto terzo e corrisponde allo stesso degli interessi, i

²⁴ Il reddito prodotto dal soggetto trasparente è imputato ai soci in una misura pari alla percentuale di partecipazione agli utili, la quale è determinata sulla base dell'apporto. Il reddito è imputato ai soci nel periodo di imposta in cui si è concluso quello del soggetto trasparente.

²⁵ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, op. cit., pag. 45:

«Similarly the same structure can be used without involving a hybrid entity provided the subsidiary jurisdiction allows permanent establishments to consolidate for tax purposes with other resident companies».

quali possono essere dedotti sia nello Stato A che nello Stato B, in quanto il regime di consolidato fiscale nello Stato B permette alla Società B di dedurre gli interessi *de quibus*. In linea di principio, la doppia deduzione non sarebbe critica dal punto di vista fiscale se lo Stato A tassasse tutti i profitti delle stabili organizzazioni o delle entità fiscalmente trasparenti residenti all'estero. Diversamente, la doppia deduzione può essere utilizzata ai fini elusivi, in quanto alcune voci di costo vengono utilizzate per ridurre determinati redditi che non sono soggetti a tassazione nelle altre giurisdizioni (per esempio, in quanto escluso dal regime di consolidamento di un determinato Stato)²⁶.

In alcuni casi la riduzione in termini di gettito fiscale potrebbe essere solo temporanea²⁷ (*i.e.*, potrebbe essere recuperata in un periodo successi-

²⁶ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, op. cit., pag. 46:

«In isolation, the double deduction may not be objectionable from a tax policy standpoint. Allowing a deduction in both jurisdictions is the orthodox response where Country A taxes the worldwide income of its residents, including the income derived through the activities of a permanent establishment or transparent entity located in a foreign jurisdiction. In this case the deductible expense must be recognised in both jurisdictions in order to offset the double income inclusion (i.e. income which is taxable under the laws of both jurisdictions). The DD outcome only raises base erosion issues when it is eligible to be set-off against income that is not subject to tax in the other jurisdiction. This effect can be demonstrated by assuming, in the above example, that B Co (or the PE) derives no income. In such a case the interest expense that is deemed to arise in Country A might then be set-off against A Co's in-country income, thus reducing the amount of tax payable under Country A law».

²⁷ J. LÜDICKE, J. ALTORFER, G. BLANLUET, D. HOHENWARTER-MAYR, K. INOUE, S. SUAREZ, C. LANGE-HÜCKSTÄDT, *Cross-Border Loss Utilization*, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 68, 2014:

«This is also the result under the credit method provided that in year 2 State A is only prepared to give a foreign tax credit (FTC) that is based on the assumption that the PE uses its losses by means of a loss carry-forward (which would exist on a stand-alone basis but in fact does not exist because of group taxation in year 1). As a result, the FTC would be reduced in such a way that a claw-back of the losses deducted in year 1 took place. If, however, the residence state of ParentCo provides for a FTC that corresponds to the amount of taxes actually attributable to the PE in year 2, the automatic claw-back effect of the credit method fails. State A would give a tax credit even though no PE income is taxed from a multiyear perspective and the losses were used in the PE State B anyway. Under these circumstances, the temporal double dip of year 1 turns into a permanent one. This raises the question of whether, how and, above all, which of the involved states should address this issue. When discussing DCL rules more generally, the panel made clear that a DCL rule applied by State B would disallow the PE loss in State B if it was used in ParentCo's residence state and vice versa, i.e. if State A applied a similar rule, it would disallow the PE loss if it was already used abroad. But if there is no accompanying rule that provides for a deferred loss deduction in the event of future profits, double taxation might arise. Therefore, from a tax policy point of view, DCL rules should accommodate the fact that the double use of a loss is generally only of a temporary nature».

vo). A tal proposito, si consideri il caso precedente, ipotizzando che alla stabile organizzazione non fosse possibile consolidare i propri redditi con nessuna società del Gruppo²⁸. In tale contesto, la perdita netta del primo anno sarebbe riportabile negli anni successivi, riducendo conseguentemente il credito d'imposta sulle imposte pagate all'estero a beneficio della Società A, utilizzabile dalla stessa per ridurre le imposte da versare nello Stato A. In tal caso, l'effetto fiscale sarebbe neutrale sia nello Stato A sia nello Stato B, in quanto la riduzione della base imponibile nello Stato A nel primo periodo sarebbe compensata dalla conseguente riduzione del credito d'imposta²⁹.

Le doppie deduzioni sono fonte di notevoli preoccupazioni per gli Stati dal punto di vista fiscale, in particolare nella giurisdizione in cui l'investitore è residente, in quanto:

- l'entità ibrida è generalmente strutturata in modo da non generare un utile; ciò assicura che non vi sia mai materia imponibile che possa eliminare il disallineamento generato dalla doppia deduzione;
- nel caso in cui l'entità ibrida inizi a produrre redditi tassabili, i quali sarebbero sottoposti a doppia tassazione, l'investitore può semplicemente riorganizzare la propria struttura partecipativa per evitare che tale reddito in eccesso venga tassato anche nella giurisdizione dell'investitore;
- la cessione delle perdite alle altre società del gruppo (*non-hybrid entities*) implica che le deduzioni che derivano dall'*hybrid entity* non potranno essere più utilizzate per ridurre la base imponibile delle

²⁸ Per approfondimenti cfr. OCSE, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Parigi, 2010. Per ulteriori approfondimenti sul *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* dell'OCSE, cfr. P. VALENTE, *Manuale del Transfer pricing*, Milano, 2012, p. 1833 ss.. Cfr. inoltre P. VALENTE, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE «Addressing Base Erosion and Profit Shifting»*, in *Il fisco*, n. 12/2013; P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss..

²⁹ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, op. cit., pag. 46:

«In certain cases the reduction in Country A's tax base may only be temporary (i.e. it will be reversed out in a subsequent taxable period). This would be the case, under the example illustrated above, if the PE or B Co was not consolidated with any other taxpayer in Country B so that any net loss in the first taxable period was required to be carried forward into a subsequent period under Country B law to offset future income. The effect of the loss carry-forward would then be to reduce the amount of Country B tax in the future period and therefore the tax credits available to shelter A Co's Country A tax liability on the same income. Under ordinary operating conditions the net effect of this arrangement over time should therefore be neutral under both Country A and Country B law as the reduction in tax payable in Country A in the first period would be offset by an increase in Country A tax in a future period».

altre società (comprese eventuali doppie imposizioni), né nell'anno corrente né nei successivi. Pertanto, le *dual inclusion* derivate dall'*hybrid entity* saranno soggette a tassazione nella giurisdizione dell'entità ibrida (nel precedente esempio, la Società B) e tali imposte genereranno un *foreign tax credit* nella giurisdizione dell'investitore (nel precedente esempio, la Società A). L'effetto della cessione delle perdite, applicata sulla base di un regime di consolidato fiscale, permette che le deduzioni generino delle compensazioni permanenti, erodendo la base imponibile nello Stato dell'investitore³⁰.

2.2 Le fattispecie che determinano una deduzione dei costi in uno Stato a fronte della non tassazione nell'altro Stato

L'uso di strumenti ibridi può portare a benefici meramente fiscali, in quanto, per definizione, presentano caratteristiche tipiche sia degli strumenti di debito, sia di quelli di partecipazione (*equity*).

Si consideri il caso di una *subsidiary* finanziata dalla capogruppo³¹ mediante uno strumento ibrido invece che con un *loan plain vanilla*³². La società finanziata è residente in uno Stato in cui tale strumento è trattato, ai fini fiscali, come debito; pertanto, beneficia del regime di deducibilità degli interessi passivi³³.

³⁰ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise The Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, op. cit., pag. 46:

«*The loss surrender mechanism in the subsidiary jurisdiction can be used to make the mismatch in tax outcomes permanent. The surrendering of surplus deductions to non-hybrid entities means that the deduction will no longer be available to reduce any dual inclusion income that may be derived by the hybrid entity in the current or any subsequent period. Thus any dual inclusion income derived by the hybrid in a subsequent period will be subject to tax under the laws of the subsidiary jurisdiction (Country B in the above examples) at the full rate and such tax will be fully creditable under the laws of the investor jurisdiction (Country A in the above examples). The effect of the loss surrender under the consolidation regime therefore allows for each deduction to be set-off permanently against "other income" permanently eroding the tax base of the investor jurisdiction.*»

³¹ Per approfondimenti in tema di prezzi di trasferimento, cfr. P. VALENTE, *Manuale del Transfer pricing*, op. cit., pag. 35 ss..

³² *Plain vanilla* è un termine usato per definire una negoziazione *standard*. Di solito, viene usato per definire opzioni, obbligazioni, *futures* e *swap*.

³³ Per tali fini sono spesso utilizzati i *Preferred Equity Certificates* (PEC), i quali sono considerati dal punto di vista fiscale come *equity* nella maggior parte degli Stati e come debito in Lussemburgo.

La capogruppo è residente in uno Stato che tratta lo strumento ibrido come *equity*; di conseguenza i relativi frutti sono fiscalmente assimilabili ai dividendi³⁴. Il gruppo, beneficiando sia del regime di deducibilità degli interessi (nello Stato del *Borrower*) sia dell'esclusione da imposizione sul dividendo (anche parziale) in capo alla capogruppo, avrebbe un beneficio fiscale pari a:

$[Tax\ rate\ (subsidiary) - Tax\ rate\ (capogruppo) * (1-\% \text{ esenzione})] * (\text{Flussi}^{35} \text{ strumento ibrido})$

È possibile ottenere gli stessi effetti fiscali avvalendosi di un'entità ibrida oppure effettuando un trasferimento di ibridi³⁶.

³⁴ Cfr. M.J. PETERS, *Refinancing, Hybrid Share Capital and the Participation Exemption*, in *Derivatives & Financial Instruments*, Vol. 16, 2014:

«The Dutch Supreme Court has made clear in the above-mentioned cases that for now this last element does not play a role in the classification as debt or equity. There has been vast jurisprudence in the Netherlands on the classification of hybrid loans, i.e. financing instruments that qualify as a loan for corporate law purposes may – in certain circumstances – be characterized as equity for tax purposes. However, the two recent cases dealt with the opposite situation, namely whether financing in the form of a capital contribution may be characterized as a loan for tax purposes. In both cases, refinancing of the loan took place in the form of the issuance of share capital. In Case 12/04640, the Supreme Court made clear that the main element in the characterization of funding as capital is that capital is available for debts of the company. This character will not be lost even if, after some years, the characteristics of share capital will parallel a loan. This is also the case when, at the time the capital contribution is made, it is clear that the risk is remote that this capital will ever be used to service debt of the company. In Case 12/03450, a loan was replaced by redeemable preference shares held by a Dutch company in an Australian subsidiary. According to the Supreme Court, now that for Dutch corporate law purposes redeemable preference shares resemble Dutch cumulative preference shares with limited voting rights, they also qualify as equity for tax purposes, even though (i) the payment on the redeemable preference shares is tax deductible in Australia, (ii) there is a yearly, cumulative coupon, (iii) the redeemable preference shares will be repurchased ultimately after ten years, (iv) the issuance of the redeemable preference shares is economically equal to subordinated debt and (v) under accounting rules the redeemable preference shares are classified as debt. The fact that in both cases the refinancing of the loan was replaced by share capital, and subsequently the dividend could therefore be received under the Dutch participation exemption, cannot be regarded as abuse. According to the Supreme Court, the taxpayer has the freedom of choice regarding how to finance a participation in a company. Choosing the most beneficial financing method does not, as such, lead to abuse. The Dutch tax authorities suffered a crushing defeat in losing these two cases, and the Supreme Court has opened the gates for (international) hybrid capital structures».

³⁵ Il flusso può essere qualificato come dividendo o come interesse in base alla legislazione nazionale.

³⁶ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, op. cit., pag. 9: «Similar results can also be achieved through the use of hybrid entities (e.g. if an entity treated as non-

Nel Rapporto dell'OCSE «*Building Transparent Tax Compliance by Banks*», viene posta l'attenzione su uno schema elusivo molto diffuso in ambito finanziario, basato sull'utilizzo dei *repurchase agreement* (c.d. *repo*).

I *repo* sono contratti nei quali un venditore (generalmente una banca) cede un certo numero di titoli ad un acquirente e si impegna, nello stesso momento, a riacquistarli dal medesimo acquirente a un prezzo (in genere più alto) e ad una data predeterminati.

L'effetto economico è quello di un prestito garantito da titoli, in cui la differenza tra il prezzo di vendita e il prezzo di riacquisto rappresenta gli interessi sul prestito. Il citato schema si fonda sul differente trattamento fiscale della transazione nelle diverse giurisdizioni.

Un *repo agreement* può presentare profili di elusività qualora sia effettuato da due società dello stesso gruppo, residenti in diverse giurisdizioni, in quanto alcune giurisdizioni considerano la transazione come una vendita con successivo riacquisto, mentre altre la considerano alla stregua di un *collateralized loan*, da cui ne consegue un diverso trattamento fiscale dei flussi associati alla transazione negli Stati coinvolti³⁷.

La differenza nel trattamento consente di beneficiare (i) della deduzione degli interessi passivi nello Stato in cui il *repo* è trattato come un finanzia-

transparent in the country in which it is organised makes a deductible payment to its shareholder(s), whose country of residence treats the foreign entity as transparent thus disregarding the payment for tax purposes) and of hybrid transfers (e.g. if two companies enter into a sale and repurchase agreement over the shares of a special purpose vehicle (SPV) and one country treats the transaction as a sale and repurchase of the SPV shares while the other country treats the transaction as a loan secured through the SPV shares)».

³⁷ Cfr. P. BLESSINIG, *The Debt-Equity Conundrum – A Prequel*, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, 2012:

«A second common example is a transfer of funds in the form of the purchase price for preferred shares of a subsidiary of the seller pursuant to a sale-repurchase agreement (a “repo transaction”). The intended treatment is that the purchaser is respected as a purchaser for purposes of its resident jurisdiction, but the seller is treated as engaging in a secured loan under the laws of its residence jurisdiction, which may be the United States. In effect, the dividends on the preferred shares are treated as dividends in the former jurisdiction, but as interest in the latter. Instead of a hybrid instrument or vehicle, a variant is where the desired difference in classification is achieved through the insertion of an intermediary entity in a third country that can in effect absorb the interest income without significant taxation and later pay out dividends, assuming that controlled foreign company (CFC) rules can be avoided. For instance, interest income from an EU Member State can be derived by a Luxembourg entity free of withholding tax and the Luxembourg entity can achieve a very low tax rate by issuing “preferred equity certificates” that provide it with an interest deduction, but that are treated as equity in the United States and certain other countries».

mento collateralizzato, (ii) dell'esenzione sui *capital gain*, nello Stato in cui il *repo* è trattato come una vendita di azioni con successivo riacquisto³⁸.

In altri casi i *mismatches* non derivano dalle diverse caratterizzazioni dello strumento ma piuttosto dal differente trattamento fiscale dei pagamenti relativi allo strumento stesso, tra cui ad esempio³⁹:

- una sottoscrizione o vendita di azioni a termine, che è considerata deducibile in uno Stato a fronte della non tassazione in un altro Stato;
- l'ottenimento di una deduzione in uno Stato per l'emittente relativamente al premio pagato sulla conversione di un *convertible bond*, a fronte di una esenzione sullo stesso in un altro Paese, il quale assimila tale *income* ad un *capital gain*⁴⁰;

³⁸ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, Parigi, 2009, pag. 40.

³⁹ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, op. cit., pag. 20:

«In other cases the mismatch in tax outcomes may not be attributable to a general difference in the way the instrument is characterised for tax purposes but rather to a specific difference in the tax treatment of a particular payment made under the instrument. Examples of such instruments and payments include: (a) a subscription or sale of shares with a deferred purchase price component that is treated as giving rise to a deductible expense for the share subscriber and a non-taxable receipt for the share issuer; (b) a deduction claimed by an issuer for the premium paid on converting a mandatory convertible note, while the holder of the note treats the premium as an exempt gain; (c) an issuer that claims a deduction for the value of an embedded option in an optional convertible note while the holder ignores the value of the option component (or gives it a lower value than the issuer)».

⁴⁰ Cfr. C. MARCHGRABER, *Tackling Deduction and Non-Inclusion Schemes – The Proposal of the European Commission*, in *European Taxation*, Vol. 54, 2014:

«In order to avoid double non-taxation resulting from deduction and non-inclusion schemes making use of hybrid instruments that are treated differently for tax purposes in the countries involved, the Code of Conduct Group suggested that «[i]n as far as payments under a hybrid loan arrangement are qualified as a tax deductible expense for the debtor in the arrangement, Member States shall not exempt such payments as profit distributions under a participation exemption». However, according to the European Commission, the Parent-Subsidiary Directive (2011/96) does not allow Member States to follow this suggestion. Article 4(1) of the Parent-Subsidiary Directive (2011/96) obliges the Member State of the parent company and the Member State of its permanent establishment (PE) to either refrain from taxing such profits or to grant an indirect tax credit, irrespective of whether the profit distribution has been treated as a tax deductible payment in the Member State where the paying subsidiary is resident. Therefore, the Parent-Subsidiary Directive has to be amended in order to ensure "that the application of the directive does not inadvertently prevent effective action against double non-taxation in the area of hybrid loan structures". Two alternatives were developed by the European Commission:

Option A1: Profit distribution payments that are deductible in the source Member State would be excluded from the Directive.

Option A2: The tax exemption benefits in the Directive would be denied to profit distribution payments that are deductible in the source Member State. Accordingly, the Member State of the

- l'ottenimento di una deduzione in uno Stato per l'*embedded value* relativo all'opzione, a fronte di un mancato trattamento ai fini fiscali di tale componente in un altro Stato.

2.3 L'erosione della base imponibile attraverso i c.d. *reverse hybrid mismatches*

I *tax mismatches* possono essere generati anche da pagamenti effettuati a beneficio di un'entità ibrida. In tale contesto la componente ibrida è detta *reverse hybrid*, in quanto l'entità è considerata, ai fini fiscali, come non trasparente dalla controllante estera e trasparente nello Stato in cui è residente⁴¹.

Uno schema elusivo posto in essere sulla base di tali presupposti è il seguente.

receiving company (parent company or PE of the parent company) shall tax the portion of the profit distribution payments that is deductible in the Member State of the paying subsidiary. When comparing the two options, the European Commission has come to the conclusion that Option A1 "does not, per se, solve the possible double non-taxation generated by hybrid financial payments, leaving it to the Member States to adapt their internal legislation to the Code of Conduct Group guidance". Option A2, on the other side, is considered as being: [...] more effective in achieving the intended policy objectives, i.e. avoiding double non-taxation in the area of hybrid loan structures, as all Member States would be obliged to tax the profit distributions when the source state has allowed deductions for the payment».

Cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss..

⁴¹ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Parigi, 2014, pag. 56:

«Part V of this Consultation Document considered the tax implications of payments made by a hybrid entity. However mismatches in tax outcomes can also arise out of payments made to a hybrid. The hybrid in this case is usually described as a reverse hybrid because, in a reversal of the examples considered in Part V of this Consultation Document, the hybrid is treated as opaque by its foreign owner and transparent under the jurisdiction where it is established. The diagram below illustrates a basic structure using this technique».

*«Where the mismatch arises from a country's rules which permit an entity to choose whether it is opaque or transparent, then their scope could determine the scope of the anti-mismatch rules. Where the mismatch arises from the difference in tax treatment by two countries of a particular legal entity, then the scope needs to be considered separately, but again by reference to the need to balance the workability and practicality of the rules with the aim of providing a general solution to the use of hybrid entities to erode the global tax base. For example in dealing with hybrid entities it would seem reasonable for the primary response to be to deny a deduction for the payment giving rise to the mismatch, with forced inclusion as the defensive rule» (cfr. HMRC, *Tackling aggressive tax planning in the global economy: UK priorities for the G20-OECD project for countering Base Erosion and Profit Shifting*, marzo 2014).*

Una Società A residente nello Stato A possiede tutte le azioni nella Società B, residente nello Stato B, la quale è considerata ai fini fiscali come un'entità trasparente nello Stato B, ma è un'entità assoggettata a tassazione nello Stato A. La Società C, residente in uno Stato diverso dai precedenti (c.d. «Stato C»), riceve un finanziamento dalla Società B, alla quale corrisponde degli interessi.

I pagamenti effettuati a beneficio di un'entità *reverse hybrid* possono generare deduzioni a fronte di nessuna imposizione. Nel caso di specie, a fronte di una deduzione degli interessi nello Stato C, relativi al finanziamento concesso dalla Società B:

- lo Stato B, considerando la Società B come un'entità trasparente, considera i redditi relativi al finanziamento *de quo* (i.e., gli interessi) soggetti a tassazione nello Stato A;
- lo Stato A, considerando la Società B come un'entità non trasparente, considera i redditi relativi al finanziamento *de quo* (i.e., gli interessi) soggetti a tassazione nello Stato B.

Dal caso in parola emerge che da un *reverse hybrid structure* non deriverebbe un *mismatch* fiscale (i.e., una non imposizione a fronte di una deduzione) se l'*income* venisse considerato come tassabile nel Paese in cui è residente la struttura ibrida (nell'esempio, la Società B). Pertanto, al fine di porre in essere un *reverse hybrid* l'entità verrà strutturata in modo da evitare di determinare una presenza nello Stato che generi un presupposto impositivo⁴².

A differenza delle altre tipologie di *hybrid mismatch structures*, in cui l'elemento ibrido per produrre un *mismatch* fiscale opera tra le parti, nel caso dei *reverse hybrids* il *mismatch* è posto in essere mediante una struttura d'investimento progettata tra l'investitore e l'intermediario che di per sé rappresenta l'elemento ibrido. Di conseguenza, i *reverse hybrids* possono essere usati per progettare schemi che permettano la non tassazione a fronte di una deduzione utilizzando diverse tipologie di pagamenti a prescindere

⁴² Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, op. cit., pag. 57:

«Payments made through a reverse hybrid structure will not result in D/NI outcomes if the income is treated as sourced in the intermediary jurisdiction due to the intermediary maintaining a permanent establishment or some other form of taxable presence in that jurisdiction. In the cases of reverse hybrids, however, the intermediary will generally be structured so as to avoid having a taxable presence in its jurisdiction of establishment».

dalle condizioni in cui il pagamento sia effettuato o dal rapporto tra il pagatore e l'intermediario⁴³.

Il sistema delle *hybrid reverse structures* rende difficile per ogni partecipante all'accordo comprendere la natura e la misura del *mismatch*, in quanto esso è implementato all'interno dello stesso gruppo. In siffatto contesto, tali schemi possono essere implementati all'interno di fondi comuni di investimento largamente diffusi tra il pubblico che ammettono investitori *off-shore*.

Pertanto, sia l'investitore che l'intermediario potrebbero non essere nella posizione di comprendere la finalità fiscale dell'*arrangement*, vale a dire l'ottenimento di una deduzione a fronte di nessuna imposizione⁴⁴.

3. Preliminari conclusioni

Con l'obiettivo di eliminare le distorsioni determinate dall'uso degli *hybrid mismatch arrangements*, l'OCSE suggerisce agli Stati di adottare strategie in linea con il sistema fiscale e la prassi interne. Allo stesso tempo, risulta necessario considerare in che modo i diversi regimi fiscali interagiscono tra loro. Ciò, al fine, non solo di eliminare gli ostacoli agli scambi e agli investimenti transfrontalieri, ma anche con l'obiettivo di limitare i fenomeni di non-imposizione.

⁴³ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise The Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, Parigi, 2014, pag. 57:

«In the other hybrid mismatch structures considered in this Consultation Document (hybrid financial instruments and hybrid entity payments) the hybrid element used to engineer the mismatch in tax outcomes operates between the parties to the mismatch. In the case of a reverse hybrid, however, the mismatch is entirely the product of an investment structure engineered between the investor and the intermediary. Consequently reverse hybrids can be used to engineer non-inclusion outcomes in respect of almost any payment regardless of the terms under which the payment is made or the relationship between the payer and intermediary.»

⁴⁴ Cfr. OCSE, *BEPS Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, op. cit., pag. 57:

«The mechanics of reverse hybrid structures also make it difficult for any party to the arrangement to know the nature and extent of the mismatch unless the arrangement is implemented within the confines of a controlled group. Reverse hybrids mismatches can arise in the context of widely-held investment vehicles that admit offshore investors. In such situations the investor, intermediary and payer may not be in a position to understand the tax position of the other parties to the arrangement and the payment may be made in circumstances where it is not clear to any party to the arrangement that a D/INI payment has been made. The structure of reverse hybrids therefore raises difficult issues of scope which are discussed further below.»

Gli *hybrid mismatch arrangements*, comportando una non-tassazione in tutti gli Stati interessati, sollevano criticità in relazione al gettito fiscale, alla concorrenza fiscale, all'efficienza economica, alla trasparenza e alla giustizia ed equità.

Le distorsioni, *ut supra* descritte, possono essere determinate non solo dalla doppia imposizione⁴⁵, ma altresì dalla c.d. «doppia non imposizione»⁴⁶.

L'adozione di misure specifiche, dirette ad assicurare il coordinamento tra il trattamento fiscale in uno Stato e quello dell'altro Stato interessato, svolge un ruolo significativo nella risoluzione delle criticità poste dagli strumenti in commento.

L'esperienza dei Paesi (*in primis*, Stati Uniti, Regno Unito, Danimarca, Germania, ma anche Nuova Zelanda, Italia e Austria) che hanno adottato le suindicate misure è significativa. Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, il Rapporto evidenzia come gli utili distribuiti da società non residenti sono esenti fiscalmente nella misura del 95% solo se ricorrono le seguenti condizioni⁴⁷:

⁴⁵ Secondo BIAC, «*Double taxation could result in a number of ways:*

i) incomplete coordination of overlapping hybrid limitations in different countries;
ii) incomplete alignment of the rules with other domestic law and treaty provisions; or failure to take account of tax resulting from the distribution of earnings from one jurisdiction to another.

22. One important way in which double taxation can arise is the failure to take account of taxation by an investor country under CFC rules. The BEPS Action Plan states, as part of Action 2, that to the determination of whether an amount is included in income shall take account of whether the income is taxable under CFC (or similar) rules in the investor jurisdiction. The proposed rules, however, take this into account only with respect to certain categories of transactions (i.e., Reverse Hybrids), not with respect to others (e.g., Hybrid Instruments). The Discussion Draft states that taxation under CFC rules is not taken into account more fully because of concerns about the complexity and workability of such an approach.

*23. Because of the risk of double taxation, BIAC recommends that taxation under CFC rules be taken into account in all categories of transactions, consistent with the BEPS Action Plan. CFC rules provide another important protection against BEPS, and this should be reflected in the hybrid rules. To the extent that the CFC rules operate to tax income, there is no need for the hybrid rules to apply» (cfr. BIAC, *OECD discussion draft on BEPS action 2: neutralise the effects of hybrid mismatch arrangements*, 2 maggio 2014). Cfr. inoltre VALENTE P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss..*

⁴⁶ Per approfondimenti in materia di doppia imposizione e doppia non imposizione e sulle azioni intraprese dagli organismi sovranazionali (OCSE e Commissione europea) per eliminare/limitare tali fenomeni, cfr. P. VALENTE, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE «Addressing Base Erosion and Profit Shifting»*, in *Il fisco*, n. 12/2013; P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2201 ss..

⁴⁷ Cfr. l'art. 89 del TUIR, comma 3:

«Qualora si verifichi la condizione di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo, l'esclusione di cui al comma 2 si applica agli utili provenienti dai soggetti di cui all'articolo

- la remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dall'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi;
- la relativa remunerazione è totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente⁴⁸.

Rileva tuttavia il Rapporto che le misure specifiche, ove adottate, devono essere oggetto di costante monitoraggio al fine di⁴⁹:

73, comma 1, lettera d), e alle remunerazioni derivanti da contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), stipulati con tali soggetti residenti negli Stati o territori di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, o, se ivi non residenti, relativamente ai quali, a seguito dell'esercizio dell'interpello secondo le modalità del comma 5, lettera b), dell'articolo 167, siano rispettate le condizioni di cui alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 87. Concorrono in ogni caso alla formazione del reddito per il loro intero ammontare gli utili relativi ai contratti di cui all'articolo 109, comma 9, lettera b), che non soddisfano le condizioni di cui all'articolo 44, comma 2, lettera a), ultimo periodo».

⁴⁸ A tal proposito cfr.:

- art. 44 del TUIR, comma 2:

«Ai fini delle imposte sui redditi:

a) si considerano simili alle azioni, i titoli e gli strumenti finanziari emessi da società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a), b) e d), la cui remunerazione è costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale i titoli e gli strumenti finanziari sono stati emessi. Le partecipazioni al capitale o al patrimonio, nonché i titoli e gli strumenti finanziari di cui al periodo precedente emessi da società ed enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettera d), si considerano simili alle azioni a condizione che la relativa remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente; a tale fine l'ineducibilità deve risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso o da altri elementi certi e precisi»;

- art. 109 del TUIR, comma 9:

«Non è deducibile ogni tipo di remunerazione dovuta:

a) su titoli, strumenti finanziari comunque denominati, di cui all'articolo 44, per la quota di essa che direttamente o indirettamente comporti la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi;

b) relativamente ai contratti di associazione in partecipazione ed a quelli di cui all'articolo 2554 del codice civile allorché sia previsto un apporto diverso da quello di opere e servizi».

⁴⁹ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, 5 marzo 2012, p. 25:

«a) *Hybrid mismatch arrangements that arguably comply with the letter of the laws of two countries but that achieve non-taxation in both countries, which result may not be intended by either country, generate significant policy issues in terms of tax revenue, competition, economic efficiency, fairness and transparency.* b) *The same concern that exists in relation to distortions caused by double taxation*

- garantire una adeguata applicazione nelle diverse circostanze del caso concreto;
- evitare che le stesse possano essere *circumvented* mediante l'uso di *arrangements* più complessi.

Nel Rapporto «*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*», l'OCSE raccomanda pertanto agli Stati⁵⁰:

- di adottare misure specifiche (ovvero di rivedere quelle esistenti) dirette a negare l'applicazione dei benefici in ipotesi di ricorso a determinati *hybrid mismatch arrangements*;
- di cooperare e scambiare le informazioni relative agli strumenti in commento, così come le eventuali strategie e misure adottate, nonché di monitorare l'effettività di queste ultime;
- di intraprendere specifiche iniziative di *disclosure* in tema di strumenti ibridi.

Al fine di eliminare le distorsioni derivanti dall'utilizzo degli *hybrid mismatch arrangements*, l'OCSE suggerisce agli Stati di attuare strategie in linea con il proprio sistema fiscale e le prassi interne.

4. Le più recenti raccomandazioni dell'OCSE

L'importanza di adottare misure, sia a livello nazionale che internazionale, dirette a contrastare i fenomeni di doppia non imposizione connessi all'uso degli strumenti ibridi è stata ribadita dall'OCSE nel documento «*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*» del 16 settembre 2014.

Le modifiche alla legislazione nazionale hanno l'obiettivo di garantire un più effettivo allineamento tra «*domestic and cross-border tax outcomes*». A tal fine, l'OCSE raccomanda di attuare disposizioni:

exists in relation to unintended double non-taxation. c) Specific and targeted rules which link the tax treatment in the country concerned to the tax treatment in another country in appropriate situations hold significant potential to address certain hybrid mismatch arrangements and have recently been introduced by a number of countries. d) Countries' experience in relation to the design, application and effects of specific and targeted rules denying benefits in the case of hybrid mismatch arrangements is positive. The application of the rules needs however to be constantly monitored to ensure that the rules apply in appropriate circumstances and are not circumvented through the use of even more complex arrangements».

⁵⁰ Cfr. OCSE, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, 5 marzo 2012, pag. 27.

- che assicurino il diniego dell'esenzione dei dividendi – concessa al fine di contrastare la cd. «doppia imposizione economica» – con riferimento ai pagamenti già deducibili effettuati «*under financial instruments*»⁵¹;
- dirette ad impedire che gli strumenti ibridi vengano utilizzati al fine di duplicare i crediti d'imposta per ritenute applicate alla fonte⁵²;
- per il miglioramento dei regimi riguardanti le *Controlled Foreign Companies* e gli investimenti *offshore*, con l'obiettivo di:
 - riportare il reddito delle entità ibride «*within the charge to taxation*» nella giurisdizione dell'investitore;
 - imporre obblighi di *information reporting* sugli intermediari⁵³, in

⁵¹ «68. A country that provides for a dividend exemption specifically to relieve economic double taxation on distributed profit should restrict such exemption to payments that are paid out of after-tax profits. In a wholly-domestic situation this outcome can generally be achieved by restricting the dividend exemption to payments that are characterised as dividends or distributions under domestic law. In cross-border payment situations, however, such a restriction will not be sufficient, as the domestic criteria characterising the payment and determining its tax treatment will not apply to the payer. Jurisdictions that relieve economic double taxation by offering a dividend exemption for amounts paid by a foreign payer should therefore similarly limit the benefit of the dividend exemption to payments that are paid out of after-tax profits.

69. The payee jurisdiction should not be required to extend relief from economic double taxation under domestic law in circumstances where the payment has not borne underlying tax. The Report therefore recommends that jurisdictions which offer an exemption for dividends do not extend that exemption to deductible payments. This recommendation is not subject to the same limitations as to scope that apply to the hybrid financial instrument rule. Jurisdictions should also give further consideration to whether a recommendation in respect of the dividend exemption should apply to other types of double tax relief granted for dividends» (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).

⁵² «55. Hybrid transfers are typically a particular type of collateralized loan arrangement or derivative transaction where the counterparties to the same arrangement in different jurisdictions both treat themselves as the owner of the loan collateral or subject matter of the derivative. This difference in the way the arrangement is characterised can lead to payments made under the instrument producing a mismatch in tax outcomes.

56. While the legal mechanisms for achieving a hybrid transfer depend on the individual tax rules of the jurisdictions involved, the most common transaction used to achieve a mismatch in tax outcomes under a hybrid transfer is a sale and repurchase arrangement (generally referred to as a «repo») over an asset where the terms of the repo make it the economic equivalent to a collateralised loan. A repo can give rise to a mismatch in tax outcomes where one jurisdiction treats the arrangement in accordance with its form (a sale and a repurchase of the asset) while the counterparty jurisdiction taxes the arrangement in accordance with its economic substance (a loan with the asset serving as collateral)» (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).

⁵³ «91. It can be difficult for both investors and tax administrations to obtain sufficient information on what income has been accumulated in the offshore fund and how much has been allocated to a

grado di consentire agli investitori *offshore* e alle Amministrazioni finanziarie coinvolte di applicare le nuove disposizioni;

- «*restricting the tax transparency of reverse hybrids*», appartenenti allo stesso gruppo.

Se le suindicate raccomandazioni hanno l'obiettivo di prevenire *mismatches* connessi all'uso degli strumenti ibridi, misure si rendono necessarie per il coordinamento del trattamento fiscale applicato ai redditi da strumenti ibridi in tutti gli Stati interessati⁵⁴.

In questo caso, secondo l'OCSE, è opportuno che vengano adottate disposizioni nazionali che escludano:

- la deducibilità di un pagamento il quale è a sua volta deducibile in un'altra giurisdizione;
- l'esenzione dei pagamenti i quali sono deducibili da parte del *payer*;
- la deduzione di un pagamento il quale non può essere classificato quale "*ordinary income*" da parte del percipiente.

Le legislazioni nazionali dovrebbero prendere in considerazione e disciplinare due diversi tipi di pagamenti:

- pagamenti effettuati in relazione a un *hybrid mismatch arrangement*⁵⁵, i quali sono deducibili secondo le disposizioni applicabili

resident investor. For this reason the Report recommends the development of guidance for tax filing and information reporting requirements that would facilitate the ability of non-resident investors and tax administrations to determine the income and gains derived by the entity and amounts allocated to each investor» (OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).

⁵⁴ «43. *The extent of a mismatch is determined by comparing the tax treatment of the payment under the laws of each jurisdiction where the mismatch arises. A D/NI mismatch generally occurs when the proportion of a payment that is deductible under the laws of one jurisdiction does not correspond to the proportion that is included in ordinary income by any other jurisdiction. A DD mismatch arises to the extent that all or part of the payment is deductible under the laws of another jurisdiction.*

44. *All the mismatch arrangements described above involve payments. The amount of a payment is measured in money. While differences in the way two jurisdictions value a payment can give rise to mismatches, differences in the valuation of money itself are not within the scope of the hybrid mismatch rule. For example, gains and losses from foreign currency fluctuations on a loan are differences in the value of money (rather than the amount of money) payable under that loan. This kind of mismatch will not give rise to a D/NI outcome provided the proportion of the interest and principal payable under the loan is the same under the laws of both jurisdictions*» (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).

⁵⁵ «41. *A hybrid mismatch arrangement is an arrangement that exploits a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to produce a mismatch in tax outcomes where that mismatch has the effect of lowering the aggregate tax burden of the parties to the arrangement*» (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch*

nella *payer jurisdiction* (ma che non sono inclusi nell'*ordinary income* del *payee* o di un investitore correlato);

- pagamenti effettuati in relazione a un *hybrid mismatch arrangement* che comportano una doppia deduzione con riferimento al medesimo pagamento («*double deduction*»).

Con l'obiettivo di scongiurare il rischio di doppia imposizione, è opportuno predisporre chiare «*guidance on the co-ordination or tie breaker rules where more than one country seeks to apply such rules to a transaction or structure*». A tal fine, si precisa che una giurisdizione non è necessariamente tenuta ad applicare l'*hybrid mismatch rule*, allorché altra disposizione venga applicata nell'altro Stato interessato, la quale è parimenti idonea a neutralizzare il *mismatch* determinato dallo strumento ibrido⁵⁶.

L'*Action 2* del *BEPS Action Plan* fa altresì riferimento alle eventuali modifiche da apportare al Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, al fine di assicurare che le «*dual resident entities are not used to obtain the benefits of treaties unduly*».

Le modifiche all'art. 4(3) del Modello OCSE⁵⁷, quali parte dell'attività svolta con riferimento all'*Action 6*⁵⁸, hanno la funzione di superare alcune criticità connesse alle *dual-resident entities*, attraverso la previsione secondo cui «*cases of dual treaty residence would be solved on a case-by-case basis rather than on the basis of the current rule based on place of effective management of entities*»⁵⁹.

Arrangements, 16 settembre 2014).

⁵⁶ L'OCSE invita gli Stati ad introdurre «*the recommended rules so that the effect of hybrid mismatch arrangement is neutralised even if the counterparty jurisdiction does not have effective hybrid mismatch rules*» (cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014).

⁵⁷ «3. *Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated.*»

⁵⁸ «*Action 6 – Prevent treaty abuse. Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids.*» Per approfondimenti sull'*Action 6* del Progetto BEPS cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 1895 ss..

⁵⁹ Specifiche raccomandazioni in tema di *dual resident payer*:

«1. *Neutralise the mismatch to the extent the payment gives rise to DD Outcome:*

(a) *Response – Deny the deduction in the resident jurisdiction.*

Each resident jurisdiction will deny a deduction for such payment to the extent it gives rise to a DD

Alcune criticità tuttavia permangono con riferimento a quegli schemi di pianificazione fiscale aggressiva e, quindi, ai fenomeni di evasione fiscale derivanti, ad esempio, dal fatto che una entità è residente di un determinato Stato ai sensi della legislazione nazionale di quest'ultimo, mentre, allo stesso tempo, è residente di un altro Stato «*under a tax treaty concluded by the first State*».

Secondo l'OCSE, la soluzione a situazioni quale quella sopra delineata non può che essere rinvenuta nella legislazione nazionale⁶⁰.

Non meno rilevanti appaiono le disposizioni convenzionali relative alle entità c.d. trasparenti. Il Rapporto dell'OCSE del 1999, «*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnership*», riporta una esaustiva analisi dell'applicazione delle disposizioni convenzionali alle *partnerships*, incluse quelle situazioni in cui è rinvenibile «*a mismatch in the tax treatment of the partnership*». Il suindicato Rapporto tuttavia non si occupa espressamente dell'applicazione dei trattati fiscali a entità diverse dalle *partnerships*.

Con l'obiettivo di far fronte a tale lacuna, e tenendo altresì conto del fatto che molti Paesi hanno riscontrato alcune criticità nell'attuazione delle conclusioni di cui al Rapporto del 1999, l'OCSE, nelle sue raccomandazioni del 16 settembre 2014, invita gli Stati ad includere nel Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE una nuova disposizione la quale ha l'obiettivo di assicurare che «*income of transparent entities is treated, for the purposes of the Convention, in accordance with the principles*» del Rapporto del 1999.

outcome.

(b) Rule does not apply to extent the deduction is set off against dual inclusion income.

No mismatch will arise to the extent that the deduction is set-off against income that is included as ordinary income under the laws of both jurisdictions (dual inclusion in-come).

(c) Treatment of excess deduction.

(i) Any deduction that exceeds the amount of dual inclusion income (the excess deduction) may be eligible to be set-off against dual inclusion income in another period.

(ii) In order to prevent stranded losses, the excess deduction may be allowed to the extent that the taxpayer can establish, to the satisfaction of the tax administration, that the excess deduction cannot be set off against any income under the laws of the other jurisdiction that is not dual inclusion income.

2. Rule only applies to deductible payments made by a dual resident:

A taxpayer will be a dual resident if it is resident for tax purposes under the laws of two or more jurisdictions.

3. Rule only applies to payments that result in a hybrid mismatch:

A deduction for a payment results in a hybrid mismatch where the deduction for the payment may be set-off, under the laws of the other jurisdiction, against income that is not dual inclusion income».

⁶⁰ Inoltre, «*the change to Art. 4(3) will not address BEPS concerns that arise from dual-residence where no treaty is involved*».

Finito di stampare nel mese di maggio 2016

CENTRO STAMPA UNIVERSITÀ

Università degli Studi di Roma *La Sapienza*

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

