

**Il rapporto pubblicato il 5 marzo scorso**

## **Gli hybrid mismatch arrangements: conclusioni e raccomandazioni dell'OCSE**

Gli hybrid mismatch arrangements sfruttano le differenze nelle legislazioni nazionali riguardanti instruments, entities o transfers al fine di ottenere indebite deduzioni di costi in più Paesi e generare crediti d'imposta non dovuti per imposte corrisposte all'estero. Tali arrangements sollevano alcune criticità in termini di gettito fiscale, concorrenza fiscale, efficienza economica, giustizia e trasparenza. È quanto emerge dal Rapporto dell'OCSE "Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues", pubblicato il 5 marzo del 2012.

*di Piergiorgio Valente - Valente Associati GEB Partners*

Gli schemi di tax planning aggressivo possono determinare effetti distorsivi nella determinazione del reddito imponibile delle società appartenenti ad un gruppo multinazionale.

Il perseguimento esclusivo, da parte dei contribuenti, di vantaggi fiscali suscita la preoccupazione dell'Amministrazione fiscale che si vede sottrarre materia imponibile in virtù (anche) della manipolazione dei valori applicati alle transazioni tra entità dislocate in Paesi diversi.

In un contesto caratterizzato dall'opportunità di conseguire un equilibrio tra:

- l'esigenza del contribuente di ottimizzare la variabile fiscale mediante il perseguimento di un legittimo risparmio di imposta;
- l'esigenza delle Amministrazioni fiscali di evitare la perdita di materia imponibile per effetto di fenomeni di tax planning aggressivo,

si inseriscono le indicazioni dell'OCSE in tema di lotta alle pratiche di aggressive tax planning le quali evidenziano, a tal fine, l'importanza, nei rapporti tra Amministrazione fiscale e contribuente, di informazioni tempestive, mirate e complete. Secondo quanto previsto dall'OCSE nei Rapporti "Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning" del 12 agosto 2011 e "Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure" del febbraio 2011, il maggior vantaggio per il contribuente consiste nella riduzione dei rischi di compliance e dei rischi penaltributari connessi all'implementazione di pratiche elusive.

L'OCSE rileva che gli schemi di tax planning aggressivo - unitamente al reddito untaxed, alle deduzioni multiple e alle altre forme di arbitraggio internazionale - rappresentano fonte di particolare preoccupazione per le Amministrazioni fiscali anche nel recente Rapporto "Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues" del 5 marzo 2012. In quest'ultimo in particolare vengono descritti gli arrangements i quali sfruttano le differenze nelle legislazioni nazionali riguardanti instruments, entities o transfers al fine di:

- dedurre i medesimi costi in più Paesi,
- make income "disappear" tra Stati;
- generare artificialmente più tax credits per il medesimo foreign tax.

I suindicati arrangements sollevano alcune criticità in termini di gettito fiscale, concorrenza, efficienza economica, giustizia e trasparenza.

È quindi di tutta evidenza ruolo e rilevanza dell'implementazione delle misure di contrasto alla pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, nell'ottica di una riduzione delle sanzioni che, anche sul piano penaltributario, potrebbero essere applicate in conseguenza di una verifica fiscale.

### **Gli hybrid mismatch arrangements secondo l'OCSE**

Gli hybrid mismatch arrangements sono strumenti/transazioni/entità che possono essere ricondotti alle seguenti tipologie:

- strumenti ibridi;
- entità ibride;
- trasferimenti ibridi;
- entità con doppia residenza.

Gli strumenti ibridi coinvolgono due o più Stati esteri e, negli ordinamenti giuridici interessati, sono trattati fiscalmente in modo diverso (ad esempio, un medesimo strumento può qualificarsi quale capitale di prestito in uno Stato e quale capitale di rischio in un altro):

"Instruments which are treated differently for tax purposes in the countries involved, most prominently as debt in one country and as equity in another country".

Gli strumenti ibridi includono normalmente elementi di capitale di rischio (cointeressenza), di capitale di prestito (finanziamento) e/o derivati. La categoria in commento include arrangements che, nel contesto finanziario internazionale, sono conosciuti come:

- "prestiti" subordinati a lungo termine, da cui derivano "remunerazioni" dipendenti dagli utili degli emittenti;
- "azioni privilegiate convertibili" (convertibili, su opzione del titolare, in denaro);
- obbligazioni convertibili e "quote partecipative convertibili" (emessi non da società per azioni bensì da società di persone).

Le entità ibride sono trattate fiscalmente in modo diverso in due ordinamenti giuridici, in particolare, quali entità trasparenti in un ordinamento e quali entità non trasparenti nell'altro:

"Entities that are treated as transparent for tax purposes in one country and as non-transparent in another country".

I trasferimenti ibridi sono transazioni che, ai fini fiscali, sono disciplinati in uno Stato come trasferimenti di proprietà di uno strumento finanziario, mentre, nell'altro Stato con il quale intercorrono le medesime transazioni, sono regolati diversamente (ad esempio, quali prestiti assistiti da garanzia):

"Arrangements that are treated as transfer of ownership of an asset for one country's tax purposes but not for tax purposes of another country, which generally sees a collateralised loan".

Le entità con doppia residenza sono quelle che risultano residenti ai fini fiscali in due Stati diversi:

"Entities that are resident in two different countries for tax purposes".

Il Rapporto rileva che gli hybrid mismatch arrangements sfruttano le differenze nelle legislazioni nazionali riguardanti la loro regolamentazione al fine di:

- 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 Stato;
- generare indebiti crediti d'imposta per imposte corrisposte all'estero.

I suindicati strumenti, pertanto, sollevano alcune criticità con riferimento ai seguenti aspetti:

- si verifica un'indebita riduzione del gettito fiscale di uno o più Stati interessati. Inoltre, i costi che il contribuente sostiene per la creazione ed attuazione degli hybrid mismatch arrangements sono generalmente deducibili con conseguente ulteriore riduzione del gettito fiscale dello Stato coinvolto;
- si verificano situazioni di concorrenza fiscale sleale: per effetto dell'utilizzo degli strumenti in commento, alcune imprese sono in grado di beneficiare di vantaggi competitivi impropri a svantaggio di altre imprese (generalmente, di piccole e medie dimensioni), non in grado di sfruttare arrangements similari;
- si pongono 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); esso inoltre appare più vantaggioso di un investimento domestico effettuato da

parte di un soggetto residente nello Stato "target" dell'investimento (inficiando, in tal modo, la Capital Import Neutrality);

- si compromette il principio della trasparenza: "the public will be generally unaware that the effective tax regime is quite different for those taxpayers that can profit from mismatch opportunities";

- 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.

### Gli hybrid mismatch arrangements secondo l'OCSE: conclusioni e raccomandazioni

Con l'obiettivo di eliminare le distorsioni determinate dall'uso degli hybrid mismatch arrangements, il Rapporto suggerisce agli Stati di **adottare le strategie maggiormente 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.

Gli hybrid mismatch arrangements i quali comportano 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, precisa il Rapporto, possono essere determinate non solo dalla doppia imposizione, ma altresì dalla unintended doppia non imposizione.

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 condizioni:

"(i) the profits are fully linked to the economic results of the issuer or of any other companies which are part of the same group or of the specific business in relation to which financial instruments have been issued; and (ii) the profits are not deductible in the foreign country where the issuer is resident".

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

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

Il Rapporto raccomanda pertanto agli Stati:

- 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**.