



Ordine dei
Dottori Commercialisti e degli
Esperti Contabili di
Roma

PROGETTO BEPS: STATO DI ATTUAZIONE E SVILUPPI ATTESI

5 ottobre 2017

Il contrasto degli ibridi nel BEPS e nella disciplina interna

Carlo Maria Paoletta

Membro Commissione di Fiscalità Internazionale e Diritto
Comunitario



Agenda

- Cenni al Report OCSE su Action 2 «*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*» - ottobre 2015
- Le norme anti-ibridi nell'ordinamento italiano
 - Art. 44, comma 2, lett. a) TUIR
 - Art. 89, commi 3-*bis* e 3-*ter* TUIR



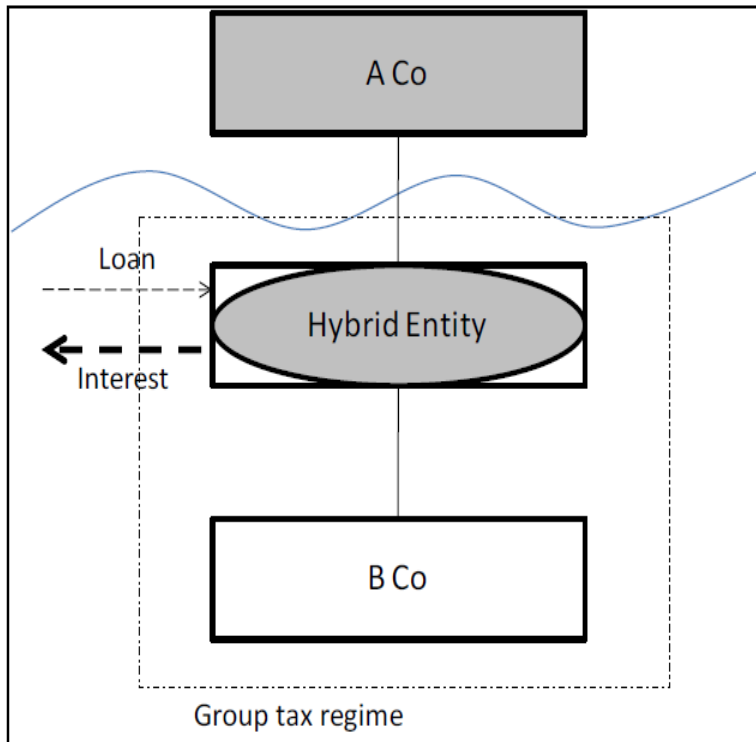
Hybrid mismatch arrangements

- Hybrid mismatch arrangements:
 - Entità ibride, trattate come trasparenti ai fini fiscali in uno Stato e come non trasparenti in un altro Stato;
 - Entità con doppia residenza, considerate residenti ai fini fiscali in due Stati
 - Strumenti ibridi, trattati fiscalmente in maniera differente nei diversi Stati (tipicamente, i proventi relativi ad un medesimo strumento sono considerati come capitale di prestito in uno Stato e quale capitale di rischio in un altro Stato)
 - Trasferimenti ibridi, vale a dire *arrangements* che sono disciplinati ai fini fiscali come trasferimento della proprietà di un asset in uno Stato e come *collateralized loan* (vale a dire come finanziamento garantito da un asset) in un altro Stato
- Sfruttamento degli hybrid mismatch arrangements al fine di:
 - Ottenere una doppia deduzione dei costi in tutti gli Stati coinvolti
 - Conseguire 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



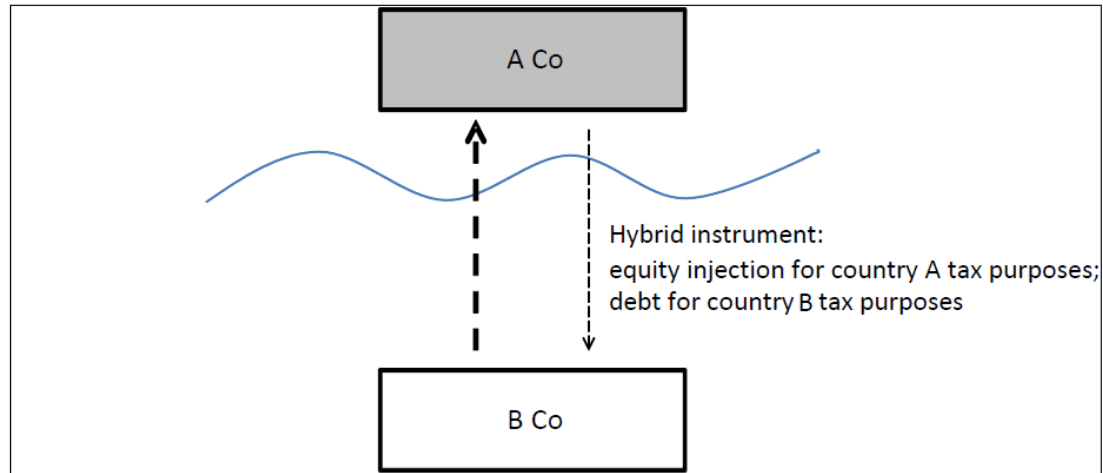
Alcuni esempi dei vantaggi fiscali derivanti da hybrid mismatch arrangements

- Un primo schema ritenuto elusivo è quello della doppia deduzione, basato sull'interposizione di un'entità ibrida tra due società residenti in Stati diversi al fine di ottenere una doppia deduzione



- L'entità ibrida è una società residente nello Stato B ed è:
 - trasparente ai fini fiscali nello Stato A
 - opaca ai fini fiscali nello Stato B
- L'entità ibrida contrae un finanziamento con un soggetto terzo (ad es. una banca) e utilizza i fondi per un conferimento in favore di B
- Gli interessi pagati dall'entità ibrida alla banca saranno:
 - Deducibili nello Stato B in capo all'entità ibrida (che è ivi considerata un soggetto opaco)
 - Deducibili anche nello Stato A, in quanto tali interessi saranno imputati alla società A in ragione del carattere fiscalmente trasparente dell'entità ibrida

Alcuni esempi dei vantaggi fiscali derivanti da hybrid mismatch arrangements



- La società B, controllata da A, viene finanziata mediante uno strumento ibrido che:
 - È trattato come strumento di debito nello Stato B, con la conseguenza che B beneficia della deduzione degli interessi passivi
 - È trattato come strumento di equity nello Stato A con la conseguenza che i proventi vengono trattati come utili da partecipazione nello Stato A



Hybrid mismatch arrangements e raccomandazioni OCSE

- Rispetto alle diverse forme di arbitraggio l'OCSE raccomanda l'adozione di misure che possono distinguersi in due categorie:
 - Misure puramente unilaterali
 - Misure frutto di un coordinamento ex ante tra gli Stati coinvolti (linking rules), da utilizzare in via sussidiaria rispetto alle misure puramente unilaterali
- Tra le misure puramente unilaterali, le due principali sono
 - Diniego dell'esenzione sui dividendi a fronte di una deducibilità dei proventi in capo all'erogante
 - Adozione di limitazioni al credito per le imposte estere in funzione del reddito netto imponibile del percipiente



Hybrid mismatch arrangements e raccomandazioni OCSE

- Linking rules: occorre distinguere
 - Linking rules primaria: destinata allo Stato di residenza dell'emittente
 - Linking rules secondaria: destinata allo Stato di residenza del percettore
- Linking rule primaria → non deducibilità di proventi derivanti da strumenti finanziari ibridi che danno luogo a fenomeni di «deduction/no inclusion»
- Linking rule secondaria → imponibilità in capo al percipiente di proventi derivanti da strumenti finanziari ibridi nella misura in cui lo Stato di residenza dell'emittente non provveda ad eliminare i fenomeni di «deduction/no inclusion»
- Linking rules applicabili nei casi in cui il *mismatch* non è causato dall'applicazione del regime di esenzione dei dividendi (di qui il carattere sussidiario)



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Art. 44, comma 2, lett. a) TUIR

- Disciplina *ante litteram* di contrasto agli ibridi → art. 44, comma 2, lett. a del TUIR
- Disciplina introdotta già con la riforma IRES del 2003 e dunque ante litteram rispetto alle raccomandazioni OCSE
- Art. 44, comma 2, lett. a) TUIR
- Gli strumenti finanziari emessi da soggetti non residenti si considerano simili alle azioni (con conseguente trattamento come dividendi dei relativi proventi) a condizione che:
 - la remunerazione sia 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;
 - la remunerazione sia **totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente**; a tale fine l'indeducibilità deve risultare da una dichiarazione dell'emittente stesso o da altri elementi certi e precisi



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche all'art. 89 TUIR

- Art. 89, commi 3-bis e 3-ter, TUIR introdotti con la legge n. 122/2016 (legge europea 2015-2016)
- 3-bis. L'esclusione di cui al comma 2 si applica anche:
 - a) alle remunerazioni sui titoli, strumenti finanziari e contratti indicati dall'articolo 109, comma 9, lettere a) e b), limitatamente al 95 per cento della quota di esse non deducibile ai sensi dello stesso articolo 109;
 - b) alle remunerazioni delle partecipazioni al capitale o al patrimonio e a quelle dei titoli e degli strumenti finanziari di cui all'articolo 44, provenienti dai soggetti che hanno i requisiti individuati nel comma 3-ter del presente articolo, limitatamente al 95 per cento della quota di esse non deducibile nella determinazione del reddito del soggetto erogante.
- 3-ter. La disposizione di cui alla lettera b) del comma 3-bis si applica limitatamente alle remunerazioni provenienti da una società che riveste una delle forme previste dall'allegato I, parte A, della direttiva 2011/96/UE del Consiglio, del 30 novembre 2011, nella quale è detenuta una partecipazione diretta nel capitale non inferiore al 10 per cento, ininterrottamente per almeno un anno, e che:
 - a) risiede ai fini fiscali in uno Stato membro dell'Unione europea, senza essere considerata, ai sensi di una convenzione in materia di doppia imposizione sui redditi con uno Stato terzo, residente al di fuori dell'Unione europea;
 - b) è soggetta, nello Stato di residenza, senza possibilità di fruire di regimi di opzione o di esonero che non siano territorialmente o temporalmente limitati, a una delle imposte elencate nell'allegato I, parte B, della citata direttiva o a qualsiasi altra imposta che sostituisca una delle imposte indicate.



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche alla Direttiva Madre-Figlia

- Le nuove previsioni implementano le modifiche apportate alla Direttiva Madre-Figlia (direttiva n. 2011/96/UE) dalla Direttive n. 2014/86/UE (Direttiva c.d. anti-ibridi) e n. 2015/121/UE (Direttiva c.d. anti-abuso), finalizzate ad evitare casi di doppia non imposizione
- Art. 4, par. 1, lett. a), della Direttiva Madre-Figlia prevede attualmente che, in caso di percezione da parte di società madri o di sue stabili organizzazioni di utili distribuiti da una società figlia, lo Stato della società madre ovvero quello della stabile organizzazione *«si astengono dal sottoporre tali utili a imposizione nella misura in cui essi non sono deducibili per la società figlia e sottopongono tali utili a imposizione nella misura in cui essi sono deducibili per la società figlia»*
- Norma rivolta a contrastare fenomeni di doppia non imposizione che si possano verificare in connessione con strumenti finanziari partecipativi che si atteggiano in parte come titoli partecipativi del patrimonio (*equity*) e in parte come titoli di debito (*debt*)
- La norma obbliga lo Stato di residenza del percipiente a distinguere tra l'importo che è stato qualificato presso la società figlia come onere finanziario deducibile e quello che è stato considerato come utile non deducibile, al fine di limitare l'applicazione della disciplina ordinariamente operante per i dividendi alla sola parte di provento qualificabile come utile e che, come tale, non sia stata oggetto di deduzione da parte dell'emittente secondo la legislazione fiscale del proprio Stato di residenza



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche all'art. 89 TUIR

- Le modifiche all'art. 89 TUIR sono anche finalizzate ad evitare la prosecuzione della procedura di infrazione n. 2016/0106 avviata proprio per il mancato recepimento da parte dell'Italia della Direttiva n. 2014/86/UE entro il 31 dicembre 2015
- Il motivo per cui l'Italia ha tardato nel recepimento della Direttiva n. 2014/86/UE è dovuto al fatto che il rischio di doppia non imposizione che si intende prevenire non si sarebbe potuto verificare nell'ordinamento italiano proprio in ragione della normativa già esistente prima delle modifiche apportate all'art. 89 TUIR
- Precisamente, l'art. 44, comma 2, lett. a) TUIR prevede la qualificazione di uno strumento finanziario come simile ad un'azione solo a condizione che la remunerazione sia totalmente indeducibile nella determinazione del reddito nello Stato estero di residenza del soggetto emittente. Pertanto, già prima delle modifiche, il soggetto beneficiario dei proventi non poteva fruire del regime di esclusione da imposizione proprio dei dividendi in caso di totale o parziale deducibilità della remunerazione in capo all'emittente estero
 - La distinzione tra componente qualificabile come utile e componente qualificabile come interesse era rilevante unicamente ai fini della deduzione della remunerazione per l'emittente italiano (art. 109, comma 9, TUIR)
- Prima delle modifiche l'ordinamento italiano prevedeva, anzi, un regime asimmetrico ed ingiustamente penalizzante, atteso che si aveva integrale imposizione della remunerazione in capo al percipiente anche nel caso in cui questa fosse stata parzialmente indeducibile per l'emittente



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche all'art. 89 TUIR

- Il nuovo art. 89, comma 3-bis, TUIR ammette ora, in determinati casi, la possibilità per il percettore di scindere le componenti reddituali del provento ricevuto. Precisamente, tale possibilità è ora prevista per:
 - Strumenti finanziari ibridi emessi da un emittente residente in Italia
 - Strumenti finanziari ibridi emessi da una società figlie UE
- In base al nuovo art. 89, commi 3-bis e 3-ter, TUIR la parziale detassazione del dividendo può essere ora applicata anche alla parte di provento ricevuta che non è stata oggetto di deduzione da parte dell'emittente con riguardo:
 - ai rapporti che intercorrono tra emittenti (società di capitali) e sottoscrittori (società di capitali ed enti equiparati) residenti in Italia e, quindi, rispetto a **strumenti finanziari ibridi "domestici"**
 - nonché rispetto alle remunerazioni derivanti da **contratti di associazione in partecipazione e cointeressenza con apporto di capitale o misto**
 - ai rapporti rientranti nell'ambito applicativo della Direttiva Madre-Figlia e, quindi, rispetto a **strumenti finanziari ibridi "europei"**, laddove l'emittente abbia i requisiti previsti dalla Direttiva Madre-Figlia per essere qualificato come "società figlia". Tali requisiti sono puntualmente previsti dall'art. 89, comma 3-ter, TUIR, anch'esso introdotto ex novo dalla legge europea 2015-2016



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche all'art. 89 TUIR

- In tutti i casi il regime di esclusione da imposizione relativo alla remunerazione si applica **limitatamente al 95 per cento della quota di essa non deducibile per il soggetto erogante**
- A completamento, la legge europea 2015-2016 è intervenuta anche sull'art. 27-bis, comma 1-bis, d.P.R. n. 600/1973 e ha esteso il **regime di esenzione da ritenuta** in uscita previsto in base alla Direttiva Madre-Figlia anche alle remunerazioni di cui all'art. 89, comma 3-bis, del TUIR erogate da una società figlia italiana ad una società madre europea sita in un altro Stato UE **“in misura corrispondente alla quota non deducibile nella determinazione del reddito della società erogante”**



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche all'art. 89 TUIR

- Pertanto, a seguito delle modifiche, dal 1/1/2016 è venuta meno l'asimmetria del trattamento fiscale della remunerazione in capo a emittente e percettore
- Tuttavia, tale eliminazione dell'asimmetria è limitata agli strumenti ibridi domestici e agli strumenti ibridi emessi da soggetti UE che soddisfino i requisiti della Direttiva Madre-Figlia
- Resta, quindi, l'asimmetria per i casi di:
 - Strumenti finanziari ibridi emessi da soggetti extra-UE
 - Strumenti finanziari ibridi emessi da soggetti UE che non soddisfino i requisiti della Direttiva Madre-Figlia (ad es. perché la società madre non abbia una partecipazione pari o superiore al 10% nella società figlia)
- Possibili nuove censure da parte dell'Unione europea in ragione della possibile violazione della libera circolazione dei capitali
 - Occorrerebbe comunque distinguere tra il caso delle società emittenti europee che non soddisfano i requisiti della Direttiva Madre-Figlia rispetto a casi che coinvolgano Stati extra-UE. In quest'ultimo caso – a differenza del primo – la Corte di giustizia ha mostrato maggiore apertura nell'accogliere cause di giustificazione (su tutte, quella legata all'efficienza dei controlli fiscali e allo scambio di informazioni, più difficile da garantire nei rapporti con Stati terzi, rispetto ai quali non operano le direttive UE sullo scambio di informazioni)



Contrasto agli ibridi e normativa italiana – Modifiche all'art. 89 TUIR

- Resta, inoltre, l'asimmetria al di fuori delle vicende ordinarie legate agli strumenti ibridi domestici ed emessi da società figlie che soddisfano i requisiti della Direttiva Madre-Figlia
- Il riferimento è, in particolare, alla cessione degli strumenti, quale vicenda straordinaria. Visto che l'art. 44 del TUIR non è stato modificato, gli strumenti finanziari ibridi la cui remunerazione non sia costituita totalmente dalla partecipazione ai risultati economici dell'emittente non sono assimilati alle azioni e, dunque, in caso di plusvalenza, non è applicabile il regime di *participation exemption*