



APPROFONDIMENTO

Aggressive Tax Planning Profili elusivi delle transazioni finanziarie

di Piergiorgio Valente

L'utilizzo degli strumenti finanziari per costruire schemi elusivi rappresenta pratica diffusa. Considerata la complessità delle strategie, tuttavia, appare complessa l'individuazione dei citati schemi.

L'OCSE ha invitato gli Stati alla cooperazione al fine di contrastare tali pratiche. A tal proposito, sono state identificate alcune tipologie di transazioni che, in mancanza di determinati requisiti, dovrebbero essere considerate elusive.

1. Premessa

Da tempo, l'OCSE ha posto l'attenzione sui profili elusivi e sui possibili arbitraggi fiscali realizzati ponendo in essere **transazioni finanziarie cross border**. L'obiettivo dell'OCSE è quello di favorire la *tax compliance*, cercando di eliminare, allo stesso tempo, le distorsioni derivanti da schemi di pianificazione fiscale aggressiva¹ (di seguito anche, "*Aggressive Tax Planning*").

¹ Per ulteriori approfondimenti in materia di pianificazione fiscale aggressiva cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011, p. 1801 ss.; P. Valente, *Rapporto OCSE 2011: tax planning aggressivo e legittimo*, in "Corriere Tributario" n. 28/2011; P. Valente, *Aggressive tax planning: esame del Rapporto OCSE sulle iniziative di tax governance*, in "il fisco" n. 18/2011, fascicolo n. 1, pag. 2850; P. Valente-C. Alagna, *Attenzione dell'OCSE puntata sulla "pianificazione fiscale aggressiva"*, in "Il Quotidiano del commercialista", www.eutekne.info, del 15 febbraio 2013.

Un'indicazione generale sui principali temi e criticità che gli Stati devono affrontare è contenuta nel Rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" (di seguito, "Rapporto BEPS"). Nel Rapporto BEPS² sono descritte le tecniche più comuni per conseguire benefici meramente fiscali, sfruttando le asimmetrie derivanti dalle differenze che si registrano tra i diversi regimi fiscali nazionali o dal differente trattamento delle componenti di reddito degli strumenti finanziari. Di seguito, verranno illustrate le principali strategie di *aggressive tax planning*, attuate ponendo in essere transazioni finanziarie.

2. Transazioni finanziarie effettuate con una *branch/subsidiary* residente in uno Stato con differente regime fiscale

Uno degli schemi elusivi più frequenti consiste nel porre in essere un'operazione di **finanziamento tra una *branch/subsidiary*** localizzata in uno Stato a bassa imposizione e la **capogruppo** residente in uno Stato a tassazione meno vantaggiosa. Nello specifico, la *branch/subsidiary (Lender)* è residente nel Paese con *tax rate* più basso, così da assoggettare l'imponibile ad un regime fiscale più vantaggioso, mentre la capogruppo (*Borrower*) è residente in uno Stato con *tax rate* più e-

² Per ulteriori approfondimenti sul Rapporto BEPS, cfr. P. Valente, *Tax planning aggressivo. Il Rapporto OCSE "Addressing Base Erosion and Profit Shifting"*, in "il fisco" n. 12/2013, fascicolo n. 1, pag. 1802; P. Valente, *L'erosione della base imponibile e il profit shifting*, in "Il Quotidiano Ipsoa", 18 febbraio 2013.

levato, in modo da sfruttare il regime di deducibilità degli interessi. In tal caso, il beneficio fiscale derivante dall'operazione di finanziamento è rappresentato dalla **differenza tra i "tax rate effettivi"** delle diverse giurisdizioni coinvolte, moltiplicata per gli interessi relativi all'operazione di finanziamento.

Un'ulteriore strategia (attraverso la quale è possibile ottenere arbitraggi fiscali) si basa sull'utilizzo di **strumenti ibridi**, i quali presentano caratteristiche sia degli strumenti di debito, sia di quelli di partecipazione (*equity*).

Si consideri il caso di una *subsidiary* finanziata dalla capogruppo mediante uno strumento ibri-

do. La *subsidiary* è residente in uno Stato dell'Unione europea in cui lo strumento è trattato come debito; pertanto, beneficia del regime di deducibilità³ degli interessi.

La capogruppo è invece residente in uno Stato dell'Unione europea che tratta lo strumento ibrido come *equity*, da cui consegue che i relativi "frutti" sono assimilabili a dividendi. Pertanto, nell'ipotesi in cui il gruppo benefici 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:

$$[\text{Effective Tax rate (subsidiary)} - \text{Effective Tax rate (capogruppo)} \times (1 - \% \text{ esenzione})] \times (\text{Flussi}^4 \text{ strumento ibrido})$$

3. Leverage

Le norme fiscali vigenti nella maggior parte degli Stati incoraggiano le società a finanziarsi (e finanziare) mediante **debito** invece che con *equity*, in quanto gli interessi sono generalmente deducibili. Nel caso in cui la *parent company* e la *subsidiary* siano residenti in giurisdizioni con regole fiscali differenti, il livello di indebitamento della società finanziata influirà sul **carico fiscale totale del gruppo**⁵.

Una fattispecie frequente nella prassi si riscontra quando un gruppo costruisce un'operazione di "*debt financing*", finanziando, tramite una società del gruppo residente in un Paese a bassa tassazione, le altre società residenti in Paesi a tassazione più elevata.

In tal modo, il debito **sarà allocato alle società residenti** in Paesi a fiscalità meno vantaggiosa. Ciò che ne deriva è che gli interessi sono dedotti dalla base imponibile delle società operanti in Paesi a tassazione elevata, mentre la società finanziatrice del gruppo, che percepisce gli interessi, beneficia di un regime fiscale più vantaggioso, permettendo così una riduzione del carico fiscale complessivo del gruppo⁶.

³ 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.

⁴ Il flusso può essere qualificato come dividendo o come interesse in base alla legislazione nazionale.

⁵ Per maggiori approfondimenti cfr. OCSE, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Parigi, 2010.

⁶ Cfr. OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, Parigi, 13 febbraio 2013, p. 43.

Al fine di evitare abusi, le *subsidiary/branch* dovrebbero essere finanziate solamente nel caso in cui presentino adeguati livelli di patrimonializzazione⁷.

Alternativamente, le *subsidiary/branch* dovrebbero essere ricapitalizzate, in modo da mantenere una struttura equilibrata e coerente con gli *asset* e i rischi assunti.

4. Derivati

Alcuni strumenti derivati possono essere utilizzati per ridurre o eliminare le **ritenute alla fonte sulle transazioni cross border**. Per esempio, le *fee* associate ai contratti derivati, come i contratti *forward*⁸ o *interest rate swap*⁹, possono economicamente sostituire i pagamenti di interessi e, di conseguenza, sottrarsi all'applicazione della ritenuta alla fonte, sia perché la normativa nazionale potrebbe non sottoporre le *fee* a ritenuta alla fonte, sia perché potrebbe esistere un trattato

⁷ Per ulteriori approfondimenti cfr. P. Valente, *Attribuzione del reddito alla stabile organizzazione: il Rapporto OCSE del 2010*, in "il fisco" n. 43/2010, fascicolo n. 1, pag. 7000.

⁸ Il contratto *forward* è un contratto stipulato tra due parti che si accordano per scambiare a una data futura una determinata quantità di un bene o di un'attività finanziaria ad un prezzo (prezzo *forward*) stabilito nel momento dell'accordo.

⁹ L'*Interest Rate Swap* è il contratto con il quale due parti si accordano per scambiarsi reciprocamente, per un periodo di tempo predefinito al momento della stipula, pagamenti calcolati sulla base di tassi di interesse differenti e predefiniti, applicati ad un capitale nozionale. Da sottolineare che non c'è scambio di capitali, ma solo di flussi corrispondenti al differenziale fra i due interessi (di solito uno fisso ed uno variabile).

contro le doppie imposizioni che non prevede la tassazione alla fonte¹⁰.

Negli ultimi anni, l'OCSE ha posto l'attenzione, inoltre, sulle conseguenze fiscali delle **strategie di copertura**¹¹, esortando i Legislatori fiscali nazionali a indirizzare i comportamenti delle multinazionali e degli operatori bancari. In particolare, il 13 marzo 2013 è stato pubblicato dall'OCSE il Rapporto "*Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*" che si focalizza sulle strategie di *tax planning* aggressivo basate su tecniche di copertura.

In termini generali, l'**after tax hedging** consiste in una tecnica di copertura (di seguito anche "*hedging*") dei rischi che si basa sull'assumere posizioni di rischio opposte su un determinato elemento (e.g., tassi di interesse, valute), per un ammontare che tiene conto del trattamento fiscale delle componenti di reddito che scaturiscono

dal sottostante (l'elemento coperto) e dal derivato di copertura.

In tal modo, al netto dell'imposizione fiscale (*after tax*), la **copertura del rischio sarà efficiente**, poiché i risultati di una posizione (guadagni o perdite) saranno interamente compensati dai risultati della posizione opposta¹².

Di conseguenza, la possibilità di ricorrere all'*after tax hedging* si ha solamente qualora esista un diverso trattamento fiscale dei risultati che scaturiscono dalle posizioni assunte.

In tali casi, per ottenere un *hedging* efficace, bisogna definire l'ammontare dell'investimento di copertura in base al trattamento fiscale dei risultati delle posizioni di rischio. La relazione che lega l'ammontare del sottostante e quello del derivato di copertura, al fine di porre in essere tecniche di *after tax hedging*, si basa sulla seguente formula:

$$\text{Valore nominale strumento di copertura} = \text{Valore del sottostante (e.g. azioni)} \times \left[\frac{(1 - \text{aliquota fiscale maggiore})}{(1 - \text{aliquota fiscale minore})} \right]^{13}$$

Non necessariamente l'*after tax hedging* rappresenta una pratica fiscale aggressiva, in quanto molto spesso il fenomeno in commento discende da condizioni strutturali del mercato, che non dipendono da comportamenti opportunistici del contribuente¹⁴. Di contro, l'utilizzo di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva basate sull'*after tax hedging* permette di ottenere elevati rendimenti senza il sostenimento dei relativi rischi.

Gli schemi applicati possono essere costruiti in modo simmetrico (i profitti sullo strumento di

copertura sono esenti e le perdite sono indeducibili) oppure in modo asimmetrico (i profitti sullo strumento di copertura sono esenti mentre le perdite sono deducibili)¹⁵.

4.1. Schemi di pianificazione fiscale aggressiva caratterizzati da trattamento asimmetrico dei risultati dello strumento di copertura

L'utilizzo di tali schemi permette di ottenere benefici fiscali nel caso in cui i profitti sullo strumento di copertura non siano imponibili, mentre le perdite beneficiano del regime di deducibilità.

Un tipico schema elusivo viene messo in atto utilizzando **opzioni forex**¹⁶. Nello specifico, si supponga che una società detenga una partecipazione in una *subsidiary* estera contabilizzata in valuta straniera (FC). Al fine di "coprirsi", la società acquista un'opzione *put*¹⁷ sulla valuta stra-

¹⁰ Cfr. OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, op. cit., p. 41.

¹¹ Una strategia di copertura, in ambito finanziario, fa riferimento ad una strategia d'investimento disegnata per ridurre il profilo di rischio di un investimento mediante l'utilizzo di strumenti derivati quali opzioni *put* e *call*, vendite allo scoperto e contratti *future* e *forward*.

¹² Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, Parigi, 13 marzo 2013, p. 19.

¹³ Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, op. cit., p. 28.

¹⁴ Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, op. cit., p. 35:

"Although taxpayers may have a wide range of instruments to fully hedge on an after-tax basis, it is also possible that over/under hedging is the only realistic option. For example, this is the case when the tax system itself does not allow the taxpayer in a genuine transaction to avoid the disparate tax treatment of the results from the hedged item as compared to the results from the hedging instrument".

¹⁵ Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, op. cit., p. 20.

¹⁶ I *forex* sono contratti d'opzione con sottostante in valuta estera.

¹⁷ L'opzione *put* è un contratto che conferisce al possessore il diritto, ma non l'obbligo, di acquistare o vendere il titolo sul quale l'opzione stessa è scritta (c.d. "strumento sottostante"), ad un determinato prezzo di esercizio (c.d. "*strike price*") e/o entro una determinata data, in aggiunta ad un costo iniziale, comunque dovuto e non recuperabile, per la stipulazione/sottoscrizione del contratto d'opzione stesso.

niera per un valore nominale pari al valore delle azioni (*capital gains* esenti). Inoltre, vende un'opzione *call*¹⁸ sul mercato *forex* per un valore nominale superiore al valore delle azioni determinato sulla base del *tax rate* della società. Si ipotizzi inoltre che tale società sia residente in

uno Stato con differente valuta (DC) rispetto alla *subsidiary*. Si supponga infine che al momento della costruzione dello schema, le valute siano scambiate alla pari (1 FC = 1 DC).

Di seguito, si riporta un esempio numerico al fine di mostrare i *pay out* nei vari Stati del mondo¹⁹.

Tavola 1 - *Pay out* nei vari Stati del mondo

Case	Exchange rate	Share investment (tax rate = 0%) gains = non taxable (losses) = non deductible (a)	Sells Call option on FC T-Bills (tax rate = 30%) (losses) = deductible (b)	Buys Put option on FC (tax rate = 0%) gains = non taxable (c)	Net Result (d)
Case 1	1 FC=0,5 DC	70 FC=35 DC	100 FC=50 DC	70 FC=35 DC	
	<i>Pre-tax result</i>	(35 DC)	/	35 DC	0
	<i>Tax benefit/(cost)</i>	/	/	/	/
	<i>After-tax result</i>	(35 DC)		35 DC 0	0
Case 2	1 FC=1.5 DC	70 FC=105 DC	100 FC=150 DC	70 FC=105 DC	
	<i>Pre-tax result</i>	35 DC	(50 DC)	35 DC	(15 DC)
	<i>Tax benefit/(cost)</i>	/	15 DC	/	15 DC
	<i>After-tax result</i>	35 DC	(35 DC)	/	0

Come risulta dalla tavola 1, la società risulta pienamente coperta in tutti gli Stati del mondo. La tavola evidenzia i risultati della strategia di copertura nei due possibili scenari.

Nel primo scenario, si ipotizza un deprezzamento del 50% della valuta, da cui ne deriva:

- una diminuzione del 50% del valore della partecipazione nella *subsidiary* estera, pari a 35 DC [col. (a)];
- un *capital gain* di 35 DC relativo all'esercizio dell'opzione *put* [col. (c)];
- il mancato esercizio da parte del *buyer* (colui che assume la "posizione lunga" nella transazione) dell'opzione *call*²⁰.

In tale scenario, la copertura non impatta sul gettito fiscale, in quanto la svalutazione della partecipazione è compensata dai guadagni deri-

vanti dall'acquisto di un'opzione *put*.

Nel secondo caso, si ipotizza un apprezzamento della valuta straniera del 50% da cui deriva:

- un incremento del 50% del valore della partecipazione pari a 35 DC [col. (a)];
- una perdita di 50 DC relativa alla "posizione corta" sull'opzione *call* [col. (c)], compensata in parte dal beneficio fiscale di 15 DC ottenuto attraverso la deduzione della perdita (50 DC × 30%);
- il mancato esercizio dell'opzione *put* in quanto la posizione assunta non ha valore monetario positivo [col. (b)].

In questo caso, si consegue un azzeramento dei rischi mediante *after tax hedging*, in quanto la copertura è realizzata attraverso il beneficio fiscale derivante dalla deducibilità della perdita relativa all'assunzione di una "posizione corta" sull'opzione *call* (15 DC).

Le tecniche di *after tax hedging* sono costruite anche mediante altri strumenti derivati (*e.g. swap*)²¹. Il problema, dunque, può sorgere sia a livello domestico, laddove un Paese tassi i risultati di operazioni di copertura difformemente da quelli degli elementi coperti, che in un contesto inter-

¹⁸ Un'opzione *call* è uno strumento derivato in base al quale l'acquirente dell'opzione acquista il diritto, ma non l'obbligo, di acquistare un titolo (c.d. "sottostante") a un dato prezzo d'esercizio (c.d. "strike price"). Al fine di acquisire tale diritto, l'acquirente paga una somma detta premio.

¹⁹ Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, op. cit., p. 23.

²⁰ Una posizione lunga in un contratto d'opzione *call* dà il diritto a chi l'acquista, ma non l'obbligo, di acquistare in futuro una certa quantità di sottostante ad un determinato prezzo stabilito al momento della stipula.

²¹ Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, op. cit., p. 27.

nazionale, nell'ambito di gruppi operanti in diverse giurisdizioni, specie se a bassa fiscalità. Individuare tali schemi e contrastarli non è semplice stante:

- la complessità nel distinguere tra le tecniche di copertura lecite e le tecniche finalizzate a perseguire strategie di pianificazione fiscale aggressiva. Pertanto, deve essere posta attenzione sulla **“sostanza economica”** sottostante le transazioni e le caratteristiche dei regimi fiscali coinvolti;
- le criticità connesse a tali schemi, specialmente quando sono realizzati mediante **transazioni cross border**, con la partecipazione di diversi soggetti, in quanto non sempre è facilmente riscontrabile il rapporto tra l'elemento coperto e il derivato di copertura²²;
- la difficoltà di identificare efficaci strategie di contrasto. A tal proposito, il Rapporto dell'OCSE *“Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging”* invita le Amministrazioni fiscali dei vari Paesi a:
 - impiegare risorse specializzate;
 - emanare norme che favoriscano l'armonizzazione tra il trattamento fiscale dei risultati degli “elementi coperti” e dei “derivati di copertura”;
 - incoraggiare il dialogo con i contribuenti, favorendo la *tax compliance*.

4.2. Schemi di pianificazione fiscale aggressiva caratterizzati da trattamento simmetrico dei risultati dello strumento di copertura

Tali schemi sono stati utilizzati in molti Stati, soprattutto al fine di mettere in atto strategie prive di rischio denominate *carry trade*²³. Esse prevedono i seguenti *step* di applicazione²⁴:

- **“indebitarsi”** in una valuta straniera a tassi di interesse più bassi rispetto alla valuta locale ed “investire” parte del finanziamento nella stessa valuta, assumendo, pertanto, una “po-

sizione corta”²⁵;

- allo stesso tempo viene scambiato il saldo rimanente del finanziamento nella valuta locale, caratterizzata da tassi di interesse maggiori (la quota da scambiare nella valuta locale è evidentemente determinata in funzione del *tax rate*);
- la somma presa a prestito, assumendo una **“posizione corta”** nel mercato valutario, è soggetta ad imposizione sulle oscillazioni del tasso di cambio, a differenza dell'investimento effettuato nella valuta straniera (descritto al primo punto) che invece è esente, limitatamente alla componente relativa alle oscillazioni.

In tal modo, il contribuente può guadagnare sulle differenze dei tassi di interesse, scaricando i rischi derivanti dalla fluttuazione dei cambi sull'Erario, in quanto parte della copertura è ottenuta erodendo il gettito fiscale.

5. Le transazioni bancarie

Le conseguenze finanziarie della crisi possono rappresentare un'opportunità per le banche al fine di porre in essere schemi di pianificazione fiscale aggressiva²⁶.

Nel 2009, l'OCSE, al fine di rafforzare la *compliance* in ambito bancario, ha pubblicato il Rapporto *“Building Transparent Tax Compliance by Banks”*. In tale documento, oltre ai requisiti di *compliance* di cui dovrebbe dotarsi una banca, sono descritti gli **schemi di pianificazione fiscale aggressiva** intrapresi dalle banche e che l'OCSE intende combattere mediante il rafforzamento della *compliance* fiscale, della cooperazione tra gli Stati e della promozione di norme anti elusive.

A tal proposito, oltre agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva descritti nei paragrafi che precedono, viene posta l'attenzione su uno **schema elusivo molto diffuso, basato sui repurchase agreement** (c.d. *repo*).

I *repo* sono contratti nei quali un venditore (generalmente una banca) cede un certo numero di titoli a un acquirente e si impegna, nello stesso momento, a riacquistarli dallo stesso acquirente

²² Per esempio l'elemento coperto può appartenere ad una società residente in un Paese, mentre la copertura è realizzata tramite una controllata residente in altra giurisdizione.

²³ Nell'ambito della finanza internazionale, il *carry trade* è la pratica speculativa consistente nel prendere a prestito del denaro in Paesi con tassi di interesse più bassi, per cambiarlo in valuta di Paesi con un rendimento degli investimenti maggiore in modo da ripagare il debito contratto ed ottenere un guadagno con la medesima operazione finanziaria.

²⁴ Cfr. OCSE, *Aggressive Tax Planning based on After-Tax Hedging*, op. cit., p. 20.

²⁵ La posizione corta o *short position* è una operazione impostata prevalentemente sul mercato dei derivati (*future* e *option*) che consiste nel vendere lo strumento, con lo scopo di ricomprarlo successivamente a un prezzo inferiore.

²⁶ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, Parigi, 2009, p. 18.

a un prezzo (in genere più alto) e ad una data predeterminati.

Il suo 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.

Quando un *repo* è effettuato da due società dello stesso gruppo, residenti in diverse giurisdizioni, possono essere costruite operazioni elusive, in quanto alcune giurisdizioni considerano la transazione come una vendita, con successivo riacquisto, mentre altre come un finanziamento collateralizzato²⁷. La differenza nel trattamento consente di beneficiare (i) della deduzione degli interessi passivi nello Stato in cui il *repo* è trattato come un finanziamento collateralizzato, (ii) dell'esenzione sui *capital gain*, nello Stato in cui il *repo* è trattato come una vendita di azioni con successivo riacquisto²⁸.

Il Rapporto dell'OCSE "*Building Transparent Tax Compliance by Banks*" riconosce nel controllo interno della banca, specialmente nei sistemi di **corporate governance**²⁹ e di **risk management**, lo strumento principale per identificare le transazioni che presentano un elevato rischio fiscale.

A tal proposito si possono rilevare alcune caratteristiche che denotano chiaramente l'adozione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva³⁰.

Trattasi in particolare di transazioni:

- che non generano né profitti, né seguono una logica di mercato;
- che presentano termini contrattuali "fuori mercato";
- in cui vi è un flusso circolare della liquidità;
- in cui il beneficio fiscale è eccessivamente rilevante rispetto agli altri benefici nella transazione³¹;

²⁷ Un finanziamento collateralizzato è un'operazione di finanziamento garantito da un *asset* (c.d. "collaterale"), di solito rappresentato da un portafoglio di strumenti finanziari.

²⁸ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, op. cit., p. 40.

²⁹ Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., p. 631 ss.; P. Valente, *Tax governance e gestione del compliance risk*, in "Corriere Tributario" n. 35/2011; P. Valente, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in "Amministrazione & Finanza" n. 2/2011.

³⁰ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, op. cit., p. 24.

³¹ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, op. cit., p. 24: "There are certain features which may indicate aggressive tax planning, including transac-

- in cui due parti nella stessa giurisdizione sono soggette a trattamento fiscale differente;
- che presuppongono l'utilizzo di strutture complesse non correlate con l'attività commerciale ma che permettono di generare benefici fiscali.

Per contrastare tali fenomeni elusivi e favorire la trasparenza nelle banche, l'OCSE raccomanda la predisposizione di idonea **documentazione**, che descriva in modo trasparente politiche e schemi posti in essere dai soggetti bancari sia verso **soggetti finanziari**, sia verso la **clientela**.

Inoltre, il Rapporto "*Building Transparent Tax Compliance by Banks*" incoraggia le Amministrazioni finanziarie a porre in essere strategie per la prevenzione e l'individuazione di schemi elusivi sviluppati dalle banche.

A tal proposito l'OCSE, data la portata globale delle transazioni bancarie, raccomanda la cooperazione tra le Amministrazioni finanziarie dei diversi Paesi³². Al fine di eliminare le distorsioni derivanti dalle citate operazioni, il Rapporto "*Building Transparent Tax Compliance by Banks*" suggerisce l'applicazione delle seguenti regole³³:

- **statutory advance disclosure measures**: si tratta di regole che impongono al contribuente

tions: (...) in which two parties in the same jurisdiction claim differing tax treatments".

³² Per ulteriori approfondimenti in materia di scambio di informazioni, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, Ipsoa, 2012, p. 923 ss.; P. Valente, *Adottato un nuovo modello internazionale di accordo fiscale*, in "Il Quotidiano del commercialista", www.eutekne.info, del 31 luglio 2012; P. Valente, *Scambio di informazioni automatico e confidenzialità nei Rapporti OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsoa", 31 luglio 2012; P. Valente, Alagna C., *Aggiornato l'art. 26 del Modello OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsoa", 23 luglio 2012; P. Valente, *L'accordo Italia - Jersey sullo scambio di informazioni*, in "Il Quotidiano Ipsoa", 2 luglio 2012; P. Valente, *Il dibattito internazionale su scambio di informazioni e base imponibile unica*, in "Corriere Tributario" n. 29/2011; P. Valente-C. Alagna, *Mutua assistenza amministrativa, la sottoscrizione del Protocollo di modifica*, in "Il Quotidiano Ipsoa", 10 giugno 2011; P. Valente, *Lo scambio di informazioni spontaneo nelle fonti internazionali e sovranazionali*, in "il fisco" n. 32/2010, fascicolo n. 1, pag. 5170; P. Valente, *Lo scambio di informazioni su richiesta nelle fonti comunitarie*, in "il fisco" n. 31/2010, fascicolo n. 1, pag. 4987; P. Valente, *Lo scambio di informazioni su richiesta secondo l'OCSE*, in "il fisco" n. 30/2010, fascicolo n. 1, pag. 4829; P. Valente, *Il Protocollo 2010 di modifica della Convenzione sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale*, in "il fisco" n. 23/2010, fascicolo n. 1, pag. 3623; P. Valente, *Lo scambio di informazioni automatico nelle fonti internazionali e sovranazionali*, in "il fisco" n. 20/2010, fascicolo n. 1, pag. 3160.

³³ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, op. cit., p. 39.

di dichiarare le modalità con cui sono state effettuate alcune tipologie di operazioni, spesso utilizzate ai fini di una pianificazione fiscale aggressiva. In questo modo, i verificatori possono agire in maniera tempestiva riuscendo a raccogliere informazioni sugli schemi elusivi utilizzati³⁴. Tali misure sono state applicate efficacemente negli Stati Uniti e nel Regno Unito e hanno portato effettivamente a una diminuzione degli schemi di *aggressive tax planning*;

- **anti-avoidance rules and “abuse of law” principles:** l'adozione di norme anti-elusive, se accompagnata dalla previsione delle relative sanzioni, agisce come deterrente contro la pianificazione fiscale aggressiva;
- **penalties:** l'applicazione delle sanzioni alle fattispecie di pianificazione fiscale aggressiva può essere un efficace deterrente per l'utilizzo di tali pratiche.

L'OCSE, nel Rapporto “*Building Transparent Tax Compliance by Banks*”, infine, incoraggia al dialogo aperto e trasparente tra verificatori e banche, finalizzato alla creazione di un approccio comune teso al miglioramento della gestione del rischio fiscale, a beneficio di entrambe le parti³⁵.

6. Le norme anti-elusive proposte nel Rapporto BEPS

Nel Rapporto BEPS, l'OCSE esorta gli Stati all'adozione di norme anti-elusive quali³⁶:

- **anti-hybrid rules:** trattasi di regole dirette a negare i benefici derivanti dall'utilizzo di determinati *hybrid mismatch arrangements*; a tal fine, il Rapporto BEPS suggerisce l'armo-

nizzazione del trattamento fiscale degli strumenti ibridi nel caso di una transazione tra due società residenti in giurisdizioni diverse. Nello specifico, qualora lo strumento sia trattato come *equity* in una giurisdizione e come debito nell'altra non dovrebbe essere consentita la deduzione degli interessi;

- **general anti-avoidance rules or doctrines:** limitano o negano l'applicazione di benefici fiscali, per esempio, in situazioni in cui le transazioni non hanno sostanza economica;
- **anti-base erosion rules:** impongono l'applicazione di ritenute alla fonte con aliquote più elevate rispetto a quelle previste ordinariamente per i redditi da capitale, o negano la deducibilità di alcune voci di costo³⁷;
- **thin capitalisation and other rules limiting interest deductions:** non consentono la deduzione degli interessi quando, ad esempio, il rapporto “*debito-equity*” del debitore è considerato eccessivo³⁸.

³⁷ Cfr. OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, *op. cit.*, p. 38: “*rules, which impose higher withholding taxes on, or deny the deductibility of, certain payments (e.g. those made to entities located in certain jurisdictions)*”.

³⁸ Nella ris. n. 44/E del 30 marzo 2006, in banca dati “*fisconline*”, dell'Agenzia delle Entrate, si legge che al fine di determinare il reddito della stabile organizzazione “è necessario valutare se e in che misura le risorse che la casa madre mette a disposizione, direttamente o indirettamente, della propria stabile organizzazione nel territorio di altro Stato, possano essere considerate finanziamenti produttivi di interessi passivi deducibili dal reddito della stabile organizzazione stessa. L'insufficienza dei mezzi propri, rispetto alla struttura patrimoniale ed alle attività esercitate, infatti, può determinare un eccessivo indebitamento della stabile organizzazione e, in definitiva, un trasferimento di reddito a beneficio dello Stato di residenza della casa madre”. Come precisato dal Commentario OCSE all'art. 7 del Modello di Convenzione (cfr. paragrafo 18.3) “è necessario che la stabile organizzazione sia dotata di una struttura patrimoniale appropriata sia per l'impresa sia per le funzioni che esercita. Per tali ragioni, il divieto di dedurre le spese connesse ai finanziamenti interni – ossia quelli che costituiscono mera attribuzione di risorse proprie della casa madre – dovrebbe continuare ad applicarsi in via generale”.

³⁴ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, *op. cit.*, p. 40.

³⁵ Cfr. OCSE, *Building Transparent Tax Compliance by Banks*, *op. cit.*, p. 43.

³⁶ Cfr. OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, *op. cit.*, p. 38.