



APPROFONDIMENTO

Tax planning aggressivo Il Rapporto OCSE “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”

di Piergiorgio Valente

Il Rapporto dell'OCSE “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” (c.d. BEPS) sottolinea come la sovrapposizione dei sistemi fiscali nazionali comporti rischi di doppia imposizione e/o doppia non imposizione e pone in evidenza come le imprese multinazionali possano sfruttare le differenze tra i diversi regimi fiscali nazionali e, in tal modo, ridurre in modo considerevole l'imposizione sul reddito. Obiettivo dell'OCSE è di illustrare le problematiche riguardanti l'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*, che determinate tipologie di strutture fiscali e/o operazioni possono creare.

1. Premessa

Il 12 febbraio 2013, l'OCSE ha pubblicato il Rapporto “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” (di seguito, “Rapporto BEPS”) il quale identifica i principi-chiave della **tassazione delle attività transfrontaliere** e le problematiche di **erosione della base imponibile** mediante il *profit shifting* che esse possono creare.

Il Rapporto BEPS precisa che ogni struttura fiscale avente l'obiettivo di erodere la base imponibile si avvale di una serie coordinata di strategie¹.

¹ Il Rapporto BEPS precisa che “(i)n practice any structure aimed at BEPS will need to incorporate a number of coordinated strategies, which often can be broken down into four elements: (i) minimisation of taxation in a foreign operating or source country (which is often a medium to

L'analisi delle diverse strutture fiscali esistenti ha evidenziato che:

- la tendenza generale è quella di associare i profitti ad operazioni riguardanti “*intangible rights and obligations*”;
- nonostante le strategie di pianificazione fiscale siano legittime e rispettino formalmente le norme e i principi fiscali esistenti, l'obiettivo complessivo potrebbe consistere nell'**erosione della base imponibile** degli Stati, secondo modalità contrastanti con lo spirito della legge².

2. La potestà impositiva

Il Rapporto BEPS identifica quattro principi

high tax jurisdiction) either by shifting gross profits via trading structures or reducing net profit by maximizing deductions at the level of the payer, (ii) low or no withholding tax at source, (iii) low or no taxation at the level of the recipient (which can be achieved via low-tax jurisdictions, preferential regimes or hybrid mismatch arrangements) with entitlement to substantial non-routine profits often built up via intragroup arrangements, as well as (iv) no current taxation of the low-taxed profits (achieved via the first three steps) at the level of the ultimate parent. Further, effective cash repatriation strategies may be an issue where, for instance, dividends need to be funded and of course, permanent foreign reinvestment of low-taxed cash will be relevant to allow booking of a particular tax rate for EPS purposes”.

² Per approfondimenti in tema pianificazione fiscale e rispetto dello spirito della legge, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011, pagg. 631 e seguenti; P. Valente, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: «tax compliance» e rispetto dello spirito della legge*, in “Corriere Tributario” n. 41/2011.

chiave della tassazione delle attività transfrontaliere:

- potestà impositiva;
- *transfer pricing*;
- leva finanziaria (*leverage*);
- regole anti-elusione.

La **potestà impositiva** (“*right to tax*”) di uno Stato dipende da specifici fattori di collegamento con una determinata giurisdizione. Generalmente, i sistemi fiscali dei singoli Stati prevedono l’applicazione del:

- principio della “tassazione su **base mondiale**” (“*worldwide principle*”) nei confronti dei soggetti residenti, fondato sul criterio della residenza³ del soggetto percettore dei redditi ovunque prodotti;
- principio della “tassazione su **base territoriale**” o “principio della fonte” (“*principle of source*”), nei confronti dei soggetti non residenti, basato sul criterio della localizzazione dei redditi.

In presenza di un elemento transnazionale di reddito, il contemporaneo e legittimo esercizio da parte di due Stati diversi del c.d. *right to tax* può comportare una sovrapposizione delle “sfere di potestà impositiva”, con conseguente doppia imposizione del contribuente⁴.

Un’ulteriore criticità è rappresentata dalla c.d.

“doppia non-imposizione” – i cui casi più rilevanti riguardano i c.d. “*mismatches between countries*” in relazione a “*hybrid entities and hybrid financial instruments*” – la quale può (anche) derivare dall’applicazione delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni⁵.

Il Rapporto BEPS identifica le modalità attraverso cui le imprese multinazionali operano al fine di beneficiare di un ridotto livello di tassazione:

- “**low taxed branch of a foreign company**”: un’impresa costituita in un Paese a fiscalità avanzata potrebbe essere assoggettata ad una tassazione limitata sui redditi derivanti da finanziamenti, mediante la costituzione di una *branch* in un Paese a fiscalità privilegiata. Tale sistema è attuabile se il Paese in cui è localizzato l’*head office* prevede l’esenzione per i redditi prodotti dalle stabili organizzazioni estere, sia in base alla legislazione nazionale, sia in base ai trattati contro le doppie imposizioni applicabili. Dal punto di vista della stabile organizzazione estera, il “risultato della limitata tassazione” può essere ottenuto in diversi modi, quali, ad esempio, (i) una ridotta aliquota fiscale (o pari a zero) applicabile nel Paese di localizzazione della *branch*, (ii) le attività poste in essere dalla *branch* non vengono considerate tali da creare un “collegamen-

³ Per approfondimenti in tema di residenza, cfr. P. Valente, *Esterovestizione e Residenza*, Milano, Ipsoa, 2013; P. Valente-C. Alagna, *C’è esterovestizione solo se l’operazione realizzata è «meramente artificiosa»*, in “Editoriale Eutekne”, 8 febbraio 2013; P. Valente, *Il «centro dell’interesse economico prevalente» come criterio di determinazione «privilegiato» della residenza fiscale*, in “il fisco” n. 4/2013, fascicolo n. 1, pag. 537.

⁴ Secondo il Rapporto BEPS, le cause della doppia imposizione internazionale possono rinvenirsi nel:

- contrasto tra due ordinamenti che adottano un “diverso criterio di collegamento”: un ordinamento adotta un criterio di collegamento personale, basato sulla residenza, sulla sede, sulla cittadinanza, mentre l’altro ordinamento adotta un criterio di collegamento oggettivo, basato cioè sul luogo di produzione del reddito;
- contrasto tra due ordinamenti che adottano un “criterio di collegamento personale” (es. residenza) e che, in base alla propria legislazione interna, considerano entrambi lo stesso soggetto come rientrante nella propria giurisdizione fiscale;
- contrasto tra due ordinamenti che adottano un “criterio di collegamento oggettivo” (es., luogo di produzione del reddito), e che, in base alla propria legislazione interna, considerano entrambi il reddito prodotto dal soggetto come prodotto nel proprio territorio.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, Ipsoa, 2012.

⁵ Il 29 febbraio 2012, la Commissione europea ha lanciato la consultazione pubblica “*The internal market: factual examples of double non taxation-cases*”, con l’obiettivo di individuare casi pratici di doppia non imposizione. In data 5 luglio 2012, la Commissione europea ha pubblicato il “*Summary report of the responses received on the public consultation on factual examples and possible ways to tackle double non-taxation*”, il quale illustra i risultati della suddetta consultazione. La *business community* ha evidenziato che è necessario:

- procedere ad una chiara distinzione tra “*actual double non-taxation*” (ad esempio, per effetto di “*mismatches of hybrid entities and hybrid instruments*”) e concorrenza fiscale (*low taxation*);
- valutare l’opportunità di fornire una definizione di doppia non imposizione;
- valutare la possibilità di introdurre e implementare misure dirette all’eliminazione della doppia non-imposizione a livello di ciascuno Stato membro, in quanto l’imposizione diretta rientra nella sfera di competenza degli Stati membri;
- trattare la problematica della doppia non-imposizione in coordinamento con quella relativa alla doppia imposizione, in quanto “*two sides of the same coin*”;
- un coordinamento con altre iniziative in tema di doppia non imposizione, tra cui quella a livello OCSE in tema di *hybrid mismatch arrangements*.

Per approfondimenti, cfr. P. Valente-C. Alagna, *Doppia non imposizione, i risultati della consultazione della Commissione UE*, in “Il Quotidiano Ipsoa”, 16 luglio 2012.

to fiscale” (*taxable presence*) con il territorio di riferimento;

- **“hybrid entities”**: 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’altro⁶;
- **“hybrid financial instruments and other financial transactions”**: particolari strumenti finanziari potrebbero presentare caratteristiche tipicamente connesse all’operazione di prestito e, allo stesso tempo, al capitale di rischio⁷;
- **“conduit company”**: le strutture *conduit* prevedono l’“interposizione nella catena societaria” di entità al solo fine di ottenere benefici fiscali. In particolare, l’interposizione di una *conduit company* localizzata in un Paese che ha stipulato un trattato contro le doppie imposizioni con il Paese qualificato nella specifica transazione come “Stato della fonte” potrebbe consentire l’eliminazione o la riduzione della tassazione alla fonte⁸;

⁶ Il Rapporto BEPS assume che un’entità residente nel Paese B riceva un finanziamento dalla *parent company* localizzata nel Paese A. La prima entità è considerata, ai fini fiscali, come soggetto non trasparente nel Paese B e come soggetto trasparente nel Paese A. Tale *mismatch* consente al gruppo di richiedere la deduzione nel Paese B a fronte di una non tassazione nel Paese A.

⁷ Il Rapporto BEPS fornisce il seguente esempio: “Assume that a company in Country A buys financial instruments issued by a company in Country B. Under Country A’s tax laws, the instrument is treated as equity, whereas for Country B’s tax purposes the instrument is regarded as a debt instrument. Payments under the instrument are considered to be deductible interest expenses for the company under Country B tax law while the corresponding receipts are treated as dividends for Country A tax purposes and therefore exempt therein”.

⁸ Secondo il Rapporto BEPS, la “*direct conduit company*” si inserisce tipicamente nel seguente quadro di riferimento:

- una società residente in un determinato Paese X (denominata “PCo”) desidera effettuare un investimento nel Paese Y attraverso la costituzione di una *subsidiary* locale (denominata “ForCo”);
- il Paese X non ha sottoscritto una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni con il Paese Y (oppure, i benefici ritraibili dall’applicazione della Convenzione esistente sono considerati non vantaggiosi);
- il Paese Z ha stipulato una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni sia con il Paese X che con il Paese Y.

In tale contesto potrà risultare più conveniente per la società PCo, sotto il profilo puramente fiscale, controllare la società ForCo utilizzando una “*intermediate holding*” (denominata “IHC”) localizzata nel Paese Z; IHC, residente ai fini fiscali nel Paese Z, potrà beneficiare sia delle agevolazioni previste dal trattato stipulato con il Paese X, sia

- **“derivatives”**: alcuni strumenti derivati possono essere utilizzati al fine di eliminare o ridurre la tassazione alla fonte sui flussi di pagamento *cross-border*⁹.

Il Rapporto OCSE “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*” del 5 marzo 2012 tratta delle differenze nelle legislazioni nazionali riguardanti *instruments, entities* o *transfers* che consentono alle imprese multinazionali di:

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

Tali strumenti possono presentare una serie di criticità quali:

- **riduzione del gettito fiscale** di uno o più degli Stati coinvolti; inoltre i costi sostenuti dal contribuente per la creazione ed implementazione degli *hybrid mismatch arrangements* sono generalmente deducibili con conseguente ulteriore riduzione del gettito fiscale;
- **concorrenza fiscale sleale**: alcune imprese sono in grado di beneficiare di “vantaggi com-

delle agevolazioni previste dal trattato stipulato con il Paese Y. In tal modo, PCo, residente nel Paese X, è in grado di ridurre il carico fiscale per i flussi di reddito (dividendi, interessi, *royalty*, ecc.) provenienti dal Paese Y (ForCo), grazie alla costituzione nel Paese Z della società IHC.

Diversa è la c.d. “*stepping stone conduit company*”. Una società residente nel Paese X (denominata “PCo”) effettua un investimento attraverso la costituzione di una *subsidiary* (denominata “ForCo”) nel Paese Y, con il quale il Paese X, o non ha alcun trattato contro le doppie imposizioni, o ne ha uno che non presenta condizioni particolarmente vantaggiose.

Il Paese X dispone, invece, di una Convenzione contro le doppie imposizioni con il Paese Z che, però non ha stipulato nessun trattato con il Paese Y. Esiste, tuttavia, una vantaggiosa convenzione stipulata tra il Paese Z ed il Paese W che, a sua volta, dispone di un efficace trattato stipulato con il Paese Y. Al fine di predisporre una struttura *conduit* tra il Paese X, ove risiede l’investitore, ed il Paese Y, ove verrà localizzato l’investimento, è necessario costituire due società “ponte” (del tipo “*intermediate holding*”) nel Paese Z e nel Paese W (rispettivamente IHC1 e IHC2), attraverso cui far transitare i flussi di reddito (dividendi, interessi, *royalty*, ecc.) provenienti dal Paese Y (ForCo).

Per approfondimenti, Cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit., pag. 80.

⁹ Il Rapporto BEPS fornisce il seguente esempio: “For example, fees for derivative contracts, such as forwards or interest rate swaps, may economically replace interest payments and thus avoid withholding tax at source, either because the relevant domestic law does not subject these payments to tax at source or because the relevant double tax treaty may prevent the country from taxing the income at source”.

petitivi impropri” generati dall’utilizzo degli *hybrid mismatch arrangements*, a svantaggio di altre imprese, generalmente di piccole e medie dimensioni, che non sono in grado di sfruttare tali strumenti;

- problemi di **efficienza economica**: nel caso di utilizzo di *hybrid mismatch arrangements*, per lo Stato del soggetto investitore un investimento all’estero risulta spesso più remunerativo di un equivalente investimento nazionale “con pregiudizio della *Capital Export Neutrality*”; inoltre, esso appare più vantaggioso di un investimento nazionale effettuato da parte di un soggetto residente nello Stato “*target*” dell’investimento, “con pregiudizio della *Capital Import Neutrality*”;
- **violazione del principio della trasparenza**;
- **violazione del principio di giustizia** ed equità in quanto si determina una disparità di trattamento tra imprese multinazionali e piccole e medie imprese che difficilmente riescono a sfruttare gli *hybrid mismatch arrangements*.

3. Rischi derivanti dalle politiche di transfer pricing

Il Rapporto BEPS evidenzia che il principio riconosciuto a livello internazionale, in materia di *transfer pricing*¹⁰ è quello del c.d. “*arm’s length*”¹¹ secondo il quale, ai fini fiscali, i soggetti “collegati”, appartenenti al medesimo gruppo multinazionale, devono allocare il reddito in conformità a quanto si rinviene tra soggetti terzi indipendenti, operanti in circostanze comparabili.

¹⁰ Per approfondimenti sul tema del *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, Ipsoa, 2012.

¹¹ Il principio di libera concorrenza è codificato nell’art. 9 del Modello di Convenzione dell’OCSE:

“Allorché

- a) un’impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un’impresa dell’altro Stato contraente, o
- b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un’impresa di uno Stato contraente o dell’impresa di un altro Stato contraente e, nell’uno e nell’altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che, a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza”.

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, op. cit., pagg. 1523 e seguenti.

Pertanto, l’obiettivo dell’*arm’s length principle* è garantire che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni intercorrenti tra soggetti collegati siano le medesime previste nei rapporti tra **soggetti terzi indipendenti**.

Le Amministrazioni finanziarie di molti Paesi attribuiscono un rilievo crescente alla determinazione dei valori delle transazioni intercorrenti tra entità localizzate in Stati diversi, nel caso in cui tra esse sussistano rapporti di controllo, diretto o indiretto. Tali operazioni, caratterizzate dall’esistenza di interessi economici non confliggenti tra i soggetti che le realizzano, comportano la possibilità che i corrispettivi pattuiti (*transfer prices*) non risultino aderenti ai **valori di mercato** (propri di negoziazioni condotte in assenza di legami tra le parti).

Secondo il Rapporto BEPS, l’utilizzo di politiche di *transfer pricing* finalizzate al “*trasferimento*” di utili tra imprese o verso Stati a fiscalità privilegiata (c.d. “*profit shifting*”) ha determinato una crescente attenzione da parte delle Autorità fiscali.

In questo contesto, solo la disponibilità di una chiara ed esaustiva analisi attestante le logiche della politica di *transfer pricing* adottata consente di dimostrare la coerenza e l’allineamento della stessa con le strategie d’impresa.

Nelle relazioni economiche tra imprese indipendenti, il compenso per la cessione di beni o la prestazione di servizi riflette le **funzioni** che ciascuna impresa è chiamata a svolgere.

Complementare all’individuazione e all’analisi delle funzioni esercitate è lo studio dei **rischi assunti dalle parti nell’espletamento delle proprie funzioni**, in quanto all’assunzione di maggiori rischi dovrebbe ragionevolmente corrispondere un aumento del rendimento previsto.

Secondo quanto previsto dalle *Transfer Pricing Guidelines* OCSE, il rispetto del principio del valore normale implica che la remunerazione relativa a transazioni intercorse tra soggetti collegati debba riflettere le funzioni svolte, i rischi assunti e gli *assets* utilizzati da ognuna delle parti coinvolte: conseguentemente, nello studio dei prezzi di trasferimento, tanto minore è il rischio (e le funzioni svolte) che una parte si assume nell’operazione oggetto di esame, tanto minore dovrebbe essere il margine di profitto che ad essa è attribuito¹².

¹² Ciò potrebbe creare, come indicato dal Rapporto BEPS, “*an incentive to shift functions/risks/assets to where their returns are taxed more favorably*”. Per approfondimenti sull’analisi funzionale, cfr. P. Valente, *Manuale del Tran-*

Gli studi effettuati dall'OCSE hanno evidenziato come numerose strutture di *tax planning* prevedano l'allocazione di significativi rischi e *intangibles* di elevato valore in **giurisdizioni a fiscalità privilegiata**¹³, creando pertanto un'erosione della base imponibile mediante l'utilizzo del *profit shifting*¹⁴.

Le *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE affrontano il problema dello *shifting* di funzioni, rischi e *assets*, nel capitolo 9, dedicato alle operazioni di *business restructuring*.

Le operazioni di riorganizzazione societaria e/o di ridefinizione funzionale comportano la riallocazione *cross-border* da parte di un'impresa multinazionale di funzioni, rischi e *assets*, così come di *profit potential* tra le imprese associate¹⁵.

A seguito di un'**operazione di riorganizzazione societaria/funzionale**, è necessario effettuare un'analisi volta all'identificazione delle funzioni, degli *assets* e dei rischi "*before and after the restructuring*", nonché una valutazione dei diritti e delle obbligazioni del soggetto nel contesto dei precedenti accordi pre-ristrutturazione (ivi compresi quelli esistenti su base normativa o contrattuale) e di come tali diritti e obbligazioni risultino modificati per effetto della riorganizzazione¹⁶.

Ovviamente, tale valutazione dovrà essere basata sui principi economici che di norma disciplinano i rapporti tra imprese indipendenti, o in assenza di questi, si dovrà valutare quali diritti o obbligazioni sarebbero stati previsti in situazioni analoghe se le parti avessero interagito in un contesto di libero mercato.

L'analisi funzionale deve "coprire", secondo il Rapporto BEPS, anche il c.d. "**transition period**" che potrebbe comportare lo svolgimento di determinate e specifiche attività non previste nel c.d. "modello a tendere" ("*To be*"); di conse-

sfer Pricing, op. cit., pagg. 2745 e seguenti; P. Valente, *L'analisi di funzioni, assets e rischi*, in "il fisco" n. 25/2012, fascicolo n. 1, pag. 3950.

¹³ P. Valente, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in "il fisco" n. 33/2012, fascicolo n. 1, pag. 5321.

¹⁴ In tale contesto, si pone la questione degli *arrangements* stipulati nell'ambito di un gruppo multinazionale e di come questi rispecchino l'effettivo comportamento delle parti coinvolte nelle transazioni infragruppo.

¹⁵ Per approfondimenti sul tema delle riorganizzazioni societarie e sull'impatto delle stesse sul *transfer pricing*, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*

¹⁶ Cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, per lo studio relativo all'identificazione di funzioni, *assets* e rischi "*before and after the restructuring*".

guenza, la politica di *transfer pricing* (e la relativa applicazione) in tale periodo potrebbe differire dalla situazione che si avrà a regime.

Le operazioni di riorganizzazione aziendale/ridefinizione funzionale devono essere accompagnate dalla predisposizione di un'apposita e corretta **documentazione** che espliciti gli *steps* e gli elementi che hanno caratterizzato la ristrutturazione.

Inoltre, si rileva che è in corso di studio il progetto di revisione del capitolo 6 delle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE, che ha ad oggetto la disciplina dei prezzi di trasferimento¹⁷.

La proprietà e lo sfruttamento dei **beni immateriali** rappresentano una parte significativa della creazione di valore nelle imprese multinazionali. Tali imprese investono sempre più in attività immateriali, al fine di migliorare la propria competitività e raggiungere un tasso di crescita più elevato di quello che garantirebbe l'investimento nel capitale materiale¹⁸.

Le operazioni di trasferimento *cross border* di *intangibles* possono presentare diversi (delicati) sviluppi da un punto di vista del *tax planning* per i gruppi multinazionali; d'altro canto, i Go-

¹⁷ L'OCSE ha avviato nel 2010 un progetto di revisione della disciplina dei beni immateriali, in previsione dell'aggiornamento del capitolo VI "*Special Considerations for Intangible Property*" delle *Guidelines* OCSE.

Nell'ambito di tale progetto, il 6 giugno 2012, il "*Working Party No. 6 on the Taxation of Multinational Enterprises*" (WP6 TPI) ha pubblicato il documento "*Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions*" (di seguito, "*Discussion Draft*") contenente:

- una proposta di revisione del capitolo VI delle *Guidelines* OCSE;
- una proposta di revisione dell'allegato al capitolo VI delle *Guidelines* OCSE, il quale prevede esempi applicativi delle disposizioni del medesimo capitolo VI.

Il *Discussion Draft* si sostanzia principalmente in quattro punti-chiave:

- definizione di bene immateriale;
- identificazione delle parti aventi il diritto a un "ritorno economico" relativo ai beni immateriali;
- identificazione delle transazioni aventi ad oggetto l'uso o il trasferimento di beni intangibili;
- determinazione delle condizioni di libera concorrenza nelle transazioni aventi ad oggetto beni immateriali.

Per approfondimenti in materia di beni intangibili e sui lavori dell'OCSE, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing, op. cit.*, pagg. 2193 e seguenti; P. Valente, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in "il fisco" n. 33/2012, fascicolo n. 1, pag. 5321.

¹⁸ Cfr. P. Valente, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in "il fisco" n. 33/2012, *cit.*

verni sono molto sensibili alla tematica dei trasferimenti di beni immateriali, in quanto preoccupati dalla possibile erosione di base imponibile che tale tipo di operazioni potrebbe comportare.

Il Rapporto BEPS evidenzia come sia necessario che il citato progetto sugli *intangibles* tenga in considerazione gli aspetti e le problematiche derivanti dal c.d. “*profit shifting*”. Difatti, le operazioni di *restructuring* possono essere uno strumento attraverso il quale trasferire gli *intangibles* verso giurisdizioni in grado di garantire un trattamento favorevole per lo sviluppo e/o la tassazione dei beni immateriali.

4. L’impatto della leva finanziaria

Precisa il Rapporto BEPS che i diversi Stati operano una distinzione, nel trattamento fiscale, tra “*debt*” ed “*equity*”. Le norme in vigore a livello nazionale agevolano le società che intendono **finanziarsi con capitale di debito** piuttosto che con capitale proprio. Infatti, il “trattamento differenziale” del debito rispetto all’*equity*¹⁹, sia a livello di ciascuna legislazione nazionale sia tra i differenti Stati, crea un incentivo al *debt-financing*: ad esempio, nel caso in cui la *parent company* e la sua controllata siano soggetti a norme fiscali diverse (in quanto localizzate in giurisdizioni differenti), l’importo del patrimonio netto che la *parent company* fornisce alla controllata influenzerà il carico fiscale complessivo del gruppo.

Un tipico esempio fornito dal Rapporto BEPS al fine di esplicitare i suddetti concetti, riguarda l’effettuazione di una *finance operation* in un Paese a fiscalità privilegiata, con l’obiettivo di finanziare le attività delle altre società del gruppo.

Il risultato che si può ottenere è il seguente:

- i pagamenti sono deducibili dagli utili imponibili della società soggetta ad un’elevata tassazione;
- il destinatario di tali pagamenti opera in una

¹⁹ Il Rapporto BEPS illustra le problematiche che derivano dal finanziamento con capitale di debito:

“*Debt is generally regarded as a resource that does not belong to the company and therefore, subject to certain conditions, interest on such debt is treated as deductible for tax purposes. On the other hand, the remuneration that a company pays to its shareholders in the form of dividends is generally not tax-deductible. This unsurprisingly may lead to a tax-induced bias toward debt finance as well as to attempts to characterize particular payments as deductible interest in the payer’s jurisdiction and as dividends (that may not be taxed) in the jurisdiction of the recipient.*”

giurisdizione caratterizzata da una tassazione favorevole, permettendo così una riduzione del carico fiscale totale.

5. Tax planning e regole anti-elusione

Nel contesto del *corporate tax planning* assumono particolare rilevanza le misure, adottate a livello nazionale, internazionale e sovranazionale, volte a negare e/o limitare i benefici fiscali ottenuti tramite operazioni considerate “*elusive*”, vale a dire operazioni che non violano letteralmente la norma ma che si pongono in contrasto con lo spirito della stessa.

Nel Rapporto BEPS si rileva che le regole anti-elusione differiscono tra i Paesi in ragione delle diverse tradizioni giuridico-legali, del livello di sofisticazione dei sistemi fiscali, delle interpretazioni fornite dai giudici nazionali: è presente un’ampia varietà di strategie adottate dai diversi Stati al fine di garantire “*the fairness and effectiveness of their corporate tax systems*”²⁰.

Le principali strategie anti-elusione previste nei differenti sistemi fiscali nazionali prevedono:

- “**general anti-avoidance rules or doctrines**”, le quali limitano o disconoscono i vantaggi fiscali ottenuti (e non dovuti) nei casi in cui le operazioni mancano di sostanza economica e sono prive di valide ragioni economiche;
- “**controlled foreign company (CFC) rules**”²¹, la cui applicazione comporta la tassazione, in capo ai soggetti residenti, dei redditi delle società estere residenti o localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata, da essi controllate;

²⁰ Il Rapporto BEPS precisa che “(t)hese strategies often focus on deterring, detecting and responding to aggressive tax planning. Deterrence strategies generally aim at discouraging taxpayers from taking an aggressive position. Such deterrence strategies include, for example, influencing taxpayers through the issuance of public rulings, applying promoter penalties, imposing additional reporting obligations, as well as implementing effective mass communication strategies. Detection strategies aim to ensure the availability of timely, targeted and comprehensive information, which traditional audits alone can no longer deliver. The availability of such information is important to allow governments to identify risk areas in a timely manner and be able to quickly decide whether and how to respond, thus providing increased certainty to taxpayers”.

²¹ La normativa italiana CFC è dettata dall’art. 167 del Tuir, il quale dispone la tassazione in capo ai residenti dei redditi delle società estere residenti o localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata da essi controllate, proporzionalmente alla partecipazione posseduta, indipendentemente dall’effettiva distribuzione di utili (“imputazione per trasparenza”).

- “**thin capitalisation rules**”: tali regole limitano la deducibilità degli interessi passivi;
- “**anti-hybrid rules**”, volte ad allineare le disposizioni fiscali nazionali con quelle di altri Paesi, al fine di eliminare la possibilità di *mis-matches*;
- “**anti-base erosion rules**”, le quali impongono elevate ritenute alla fonte, o negano la deducibilità di determinati pagamenti transfrontalieri.

Specifiche **regole** anti-abuso possono essere stabilite dalle **convenzioni contro le doppie imposizioni** al fine di evitare il fenomeno del “*tre-ty shopping*”, vale a dire l'utilizzo dei trattati da parte di soggetti che non potrebbero beneficiare degli stessi²².

Con riferimento agli Stati membri dell'Unione europea, particolare rilevanza assumono le decisioni della Corte di Giustizia UE in materia fiscale.

Il Rapporto BEPS rileva che gli schemi di pianificazione fiscale attuati dalle imprese multinazionali sono divenuti particolarmente aggressivi nel corso degli ultimi anni. Essi si sviluppano tra più giurisdizioni e comportano il **trasferimento effettivo degli utili imponibili** in Stati con regimi fiscali favorevoli. Una caratteristica fondamentale delle pratiche in questione è la riduzione dell'ammontare dell'imposta dovuta mediante operazioni formalmente legittime, ma che tuttavia sono in contrasto con lo scopo della norma.

In generale, le transazioni non dovrebbero essere “strutturate” in maniera tale da rendere le relative conseguenze fiscali poco coerenti con quelle economiche. In ogni caso, l'impresa dovrebbe porre in essere transazioni il cui “*tax result*” non possa ritenersi in contrasto con l'intento del legislatore.

Le Amministrazioni finanziarie stanno perfezionando tecniche e *performance* connesse alle verifiche fiscali nei confronti dei contribuenti-imprese multinazionali, al fine di limitare e prevenire l'utilizzo di forme di pianificazione fiscale aggressiva.

Anche gli organismi sovranazionali (OCSE e Commissione europea) negli ultimi anni hanno affrontato la problematica dell'*Aggressive Tax Planning* mediante la pubblicazione di specifiche raccomandazioni, linee guida e comunicazioni, quali:

²² Cfr. P. Valente, *Convenzioni Internazionali contro le doppie imposizioni*, op. cit.

- il Rapporto “*Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*”, pubblicato dall'OCSE nel mese di febbraio 2011²³;
- il Rapporto “*Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*”, pubblicato dall'OCSE nel mese di agosto 2011;
- il Rapporto OCSE “*Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*” del 5 marzo 2012;
- la “Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su modalità concrete di rafforzamento della lotta alla frode fiscale e all'evasione fiscale, anche in relazione ai Paesi terzi” [COM(2012)351], pubblicata dalla Commissione europea il 27 giugno 2012²⁴;
- il “Piano d'azione per la lotta alla frode e all'evasione fiscale e alla pianificazione fiscale aggressiva” [COM(2012)722], presentato il 6 dicembre dalla Commissione europea al Consiglio e al Parlamento dell'Unione europea²⁵;
- la Raccomandazione “*regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters*” e la Raccomandazione “*on aggressive tax planning*”, entrambe incluse nel piano d'azione della Commissione europea del 6 dicembre 2012.

6. L'importanza della *Corporate Tax Governance*

Il processo di globalizzazione economica, il libero movimento di persone e capitali, il trasferimento delle imprese (ed in particolare delle c.d. “*manufacturing bases*”) in *low cost locations*, gli sviluppi della tecnologia e delle comunicazioni hanno modificato il modo in cui le imprese multinazionali operano²⁶.

²³ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 1801 e seguenti.

²⁴ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Cooperazione internazionale e principi comunitari in tema di lotta a frode fiscale, evasione e tax planning aggressivo*, in “*il fisco*” n. 47/2012, fascicolo n. 1, pag. 7535.

²⁵ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *La Commissione Ue avanza proposte sulla pianificazione fiscale aggressiva*, in “*Editoriale Eutekne*”, 8 dicembre 2012.

²⁶ È la transnazionalità di spazi dilatati dalla tecnologia a determinare la penetrabilità delle frontiere materiali, la porosità dei confini fisici, la poligamia di luogo: da un lato, l'economia globale spazia in mercati senza barriere nazionali, inestricabilmente interdipendenti, privi di radicamento territoriale e svincolati dall'economia reale; dal-

Secondo il Rapporto BEPS, per un'impresa multinazionale, la competitività implica la capacità di vendere “*the best products at the best price*”, con l'obiettivo di aumentare profitti e *shareholder value*.

A tal fine, è naturale che le imprese tendano a localizzare i propri investimenti laddove la redditività risulti essere più alta²⁷: il livello di tassazione, i principi che caratterizzano il sistema fiscale di un determinato Paese e le modalità attraverso cui le Amministrazioni fiscali operano rappresentano uno dei fattori in grado di influenzare sia la redditività di un'impresa sia le decisioni di investimento della stessa²⁸.

D'altro canto, i Governi operano in un contesto globalizzato dove le *tax policies* nazionali devono essere considerate in connessione con quelle degli altri Paesi e devono essere attentamente valutati gli effetti di tale interazione²⁹.

Secondo il Rapporto BEPS, i principi accolti a livello internazionale, i quali derivano dalle *best practices* proprie dei diversi ordinamenti, non sono stati in grado di seguire i significativi cambiamenti che hanno interessato, soprattutto negli ultimi anni, i diversi settori economici. Le norme di fiscalità internazionale contenute negli ordinamenti nazionali sono principalmente espressione di un c.d. “*economic environment*”

l'altro, lo Stato-nazione si scopre permeabile al libero fluire della ricchezza dematerializzata. Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 16 e seguenti.

²⁷ L'allineamento strategico della variabile fiscale agli obiettivi perseguiti dal *top management* rappresenta l'orientamento più avanzato nelle società multinazionali. Esso deriva dalla consapevolezza nelle imprese dell'assoluta rilevanza di tale variabile nell'attuale scenario economico in via di rapida costante mutazione e ad elevata discontinuità. Un'efficiente politica fiscale implica il conseguimento della minimizzazione dell'imposizione consolidata mediante lo studio dei principi e l'elaborazione delle tecniche preordinate all'ottimizzazione della redditività dell'iniziativa imprenditoriale in un quadro organico in cui variabili fiscali e flussi finanziari consentano la realizzazione della migliore dinamica gestionale (c.d. “pianificazione fiscale”). Cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 53 e seguenti.

²⁸ Si tratta di concomitanti fenomeni complessi:
– quello della competizione interna (verticale) dei contribuenti con gli ordinamenti statali d'appartenenza;
– quello della competizione esterna (orizzontale) tra i diversi ordinamenti fiscali statali al fine di attrarre i contribuenti (c.d. “*bidding for companies*”).

Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 47 e seguenti.

²⁹ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 7 e seguenti.

caratterizzato da uno scarso livello di “integrazione economica transfrontaliera”.

Il Rapporto BEPS sottolinea l'importanza dell'interazione tra i sistemi di *corporate governance* e la **variabile fiscale**.

La *corporate governance* è l'insieme delle regole e delle prassi che determinano la struttura decisionale e organizzativa del governo societario. La *tax governance* nei gruppi di imprese risponde essenzialmente all'esigenza di assicurare la gestione e la prevenzione dei rischi connessi alla variabile fiscale³⁰.

Il Rapporto BEPS riafferma i principi stabiliti nelle “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*” del 2011, secondo cui la *tax compliance* richiede all'impresa di **cooperare** con le autorità fiscali e di fornire tutte le **informazioni richieste** al fine di garantire un'applicazione effettiva ed equa della legislazione fiscale³¹.

L'impegno delle imprese alla cooperazione, alla **trasparenza** e alla **tax compliance** dovrebbe adeguatamente riflettersi nei sistemi e nelle *policies* di *risk management*³².

In genere, i consigli di amministrazione hanno la possibilità di gestire il rischio fiscale in diversi modi. Essi, ad esempio, dovrebbero:

- sviluppare ed implementare adeguati principi di *tax policy*;
- implementare sistemi di controllo fiscale interno, al fine di allineare, con riguardo al rischio fiscale, gli interventi del *management* e la politica del consiglio di amministrazione.

Quest'ultimo dovrebbe essere consapevole, e a conoscenza, di tutti i potenziali rischi fiscali, mentre è altrettanto indispensabile identificare i soggetti incaricati del controllo interno e della funzione di *reporting* nei confronti del *board*.

7. L' action plan suggerito dall'OCSE

Il Rapporto BEPS suggerisce l'adozione di un “*comprehensive*” piano di azione al fine di con-

³⁰ Per approfondimenti in materia di *corporate governance* e *tax governance* cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 175 e seguenti.

³¹ Per approfondimenti cfr. P. Valente, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: «tax compliance» e rispetto dello spirito della legge*, in “Corriere Tributario” n. 41/2011.

³² Per approfondimenti su *tax governance*, *tax risk* e *tax risk management* nelle imprese multinazionali, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 657 e seguenti.

trastare i fenomeni di *profit shifting* che comportano un'erosione della base imponibile³³.

³³ Il Rapporto BEPS identifica i tempi di predisposizione dell'*action plan*:

"A comprehensive solution cannot be developed without the contribution of all stakeholders. All interested member countries will have to be involved in the development of the action plan and non-member countries, in particular G20 economies, will have to contribute as well. Consultation with the business community, as well as civil society, should be organised so that the views of practitioners and other stakeholders can be taken into account and to provide businesses with the certainty they need to make long-term investment decisions.

There is an urgent need to deal with this issue and the OECD is committed to provide an innovative and timely response to it. It is proposed that an initial comprehensive action plan be developed within the next six months so that the Committee on Fiscal Affairs can examine it at its next meeting in June 2013 (...) To develop such a plan, the CFA has given a mandate to the CFA Bureau, together with the chairs of the relevant working groups, to work with the OECD Secretariat, in consultation with interested countries and other stakeholders. The CFA Bureau and the chairs of the working parties will call on available expertise through a series of physical or virtual meetings and will monitor the work so that a draft action plan can be submitted to the CFA in time for it to be discussed and approved at its June 2013 meeting".

Il piano di azione suggerito dall'OCSE dovrebbe includere:

- strumenti volti a **neutralizzare** ed **eliminare** gli **effetti degli *hybrid mismatch arrangements*** e degli arbitraggi;
- **chiarimenti** in ordine alle disposizioni sui **prezzi di trasferimento applicabili**: in particolare, è necessario identificare specifiche aree di criticità come, ad esempio, i beni immateriali³⁴;
- ulteriori soluzioni in merito alla potestà impositiva degli Stati, con particolare riferimento all'area dei *digital goods*;
- la previsione di **misure anti-abuso** più efficaci, sia a livello nazionale sia a livello internazionale; esempi di tali misure possono essere rappresentati da regole anti-abuso generali, disposizioni CFC, ecc.;
- regole sul trattamento fiscale dei **finanziamenti infragruppo**;
- soluzioni di **contrasto ai regimi fiscali considerati dannosi**.

³⁴ Cfr. P. Valente, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in "il fisco" n. 33/2012, cit.