



APPROFONDIMENTO

Le Raccomandazioni UE in materia di *aggressive tax planning* e *good governance* fiscale

di Piergiorgio Valente

Nonostante i vari interventi legislativi volti a combattere l'evasione ed elusione fiscale, non risulta agevole contrastare le strutture di pianificazione fiscale aggressiva, divenute negli ultimi anni sempre più sofisticate.

Tali strutture, sfruttando le distorsioni esistenti nelle diverse legislazioni nazionali, consentono alle imprese multinazionali di ridurre la pressione fiscale mediante operazioni formalmente legittime ma in contrasto con lo spirito della legge.

L'obiettivo della Commissione europea è quello di elaborare una strategia generale di contrasto al fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva.

1. Premessa

Il 6 dicembre 2012, la Commissione europea ha presentato al Consiglio e al Parlamento dell'Unione europea (di seguito anche "UE"), il piano d'azione per la lotta alla **frode** e all'**evasione fiscale** e alla **pianificazione fiscale aggressiva** (di seguito anche "*aggressive tax planning*")¹.

¹ Per approfondimenti in materia di *aggressive tax planning* e *tax governance*, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011; P. Valente, *La Commissione Ue avanza proposte sulla pianificazione fiscale aggressiva*, in "Il Quotidiano del commercialista - Editoriale" dell'8 dicembre 2012; P. Valente, *Contrasto alla pianificazione*

Il piano d'azione del 6 dicembre 2012 ha l'obiettivo di fornire, a livello comunitario, una risposta efficace all'evasione fiscale e all'*aggressive tax planning*, mediante l'invito agli Stati membri a porre in essere interventi mirati, soprattutto sul piano nazionale.

Il suddetto piano d'azione include due Raccomandazioni:

- la Raccomandazione C(2012)8805², in tema di ***good governance* fiscale**, che si concretizza in una decisa presa di posizione contro i paradisi fiscali;
- la Raccomandazione C(2012)8806³, in materia di ***aggressive tax planning*** che invita gli Stati membri ad intervenire sui tecnicismi e/o sulle lacune giuridiche che le imprese multinazionali sfruttano al fine di sottrarsi agli obblighi tributari.

fiscale aggressiva, in "Il Quotidiano Ipsoa" dell'8 ottobre 2012; P. Valente, *Linee Guida OCSE sulle multinazionali: 'tax compliance' e rispetto dello spirito della legge*, in "Corriere Tributario" n. 41/2011; P. Valente, *Tax governance' e gestione del 'compliance risk'*, in "Corriere Tributario" n. 35/2011; 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, *Tax governance: la gestione del rischio fiscale nelle imprese*, in "Amministrazione & Finanza" n. 2/2011.

² Consultabile al seguente link: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evolution/c_2012_8805_en.pdf.

³ Consultabile al seguente link: http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/taxation/tax_fraud_evolution/c_2012_8806_en.pdf.

2. La *governance* fiscale nelle imprese multinazionali: *tax compliance* e spirito della legge

La *tax governance* nei gruppi di imprese risponde essenzialmente all'esigenza di assicurare la gestione e la prevenzione dei rischi connessi alla variabile fiscale, nonché il supporto in sede di verifica fiscale.

La Raccomandazione n. XI in materia di fiscalità è stata oggetto di modifiche in sede di revisione delle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁴, al fine di dare atto della sempre più avvertita esigenza delle imprese multinazionali di munirsi di strumenti per una **adeguata gestione del rischio fiscale**.

La suddetta Raccomandazione prevede:

“1. Le imprese dovrebbero contribuire alle finanze pubbliche dello Stato ospitante mediante l'adempimento tempestivo degli obblighi tributari. In particolare, le imprese dovrebbero rispettare sia il dato letterale sia lo spirito delle leggi e dei regolamenti degli Stati in cui operano. Il rispetto dello spirito della legge richiede alle imprese di comprendere e seguire l'intento del legislatore. Non è necessario che l'impresa proceda a versamenti ulteriori rispetto a quelli richiesti in conformità a tale interpretazione. La *tax compliance* include tutte quelle misure in grado di fornire alle autorità competenti informazioni tempestive e rilevanti, o richieste dalla legge, ai fini della corretta determinazione delle imposte da accertarsi in relazione alle attività svolte e alle prassi sul *transfer pricing* conformi al principio di libera concorrenza.

2. Le imprese dovrebbero considerare la *governance* fiscale e la *tax compliance* quali importanti aspetti dei loro più ampi sistemi di *risk management*. In particolare, i consigli di amministrazione delle società dovrebbero adottare strategie di gestione del rischio fiscale al fine di assicurare che i rischi finanziari, regolamentari e reputazionali connessi alla variabile fiscale vengano adeguatamente identificati e valutati”.

Il Commentario alla Raccomandazione n. XI precisa che la c.d. “*corporate citizenship*” in ambito fiscale richiede alle imprese di:

- rispettare sia il dato letterale sia lo spirito delle leggi e dei regolamenti degli Stati in cui operano;
- **cooperare con le autorità fiscali**;
- fornire a queste ultime ogni informazione richiesta per legge o ritenuta rilevante.

Affinché possa ritenersi che un'impresa rispetti il dato letterale e lo spirito delle leggi e dei regolamenti, questa è tenuta a porre in essere quanto necessario per determinare l'intento del legislatore e ad interpretare le norme fiscali coerentemente con siffatto intento, tenendo in considerazione l'elemento letterale e la volontà storica sottesa all'intervento legislativo.

In generale, le transazioni non dovrebbero esse-

re “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.

La *tax compliance* richiede inoltre all'impresa di cooperare con le autorità fiscali e fornire tutte le informazioni richieste al fine di garantire un'applicazione effettiva ed equa della legislazione tributaria. A tale scopo, l'impresa dovrebbe rispondere in maniera tempestiva e completa alle richieste di informazioni effettuate dalle autorità competenti, in virtù di apposito accordo sullo scambio di informazioni⁵. Siffatto obbligo pre-

⁴ Le *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* (di seguito, “*Guidelines*”) sono raccomandazioni indirizzate alle imprese multinazionali al fine di promuovere condotte commerciali responsabili, capaci di garantire adeguati standards in settori specifici. L'obiettivo delle *Guidelines* è di migliorare il contesto internazionale in cui vengono realizzati investimenti esteri e aumentare il contributo delle imprese multinazionali allo sviluppo sostenibile.

La nuova versione delle *Guidelines* è stata approvata il 25 maggio 2011, dopo un lungo periodo di negoziazioni cui hanno preso parte rappresentanti di governi, esponenti del mondo imprenditoriale ed organizzazioni internazionali.

⁵ Per approfondimenti sullo scambio di informazioni in materia fiscale, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 1745 e seguenti; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, Ipsoa, 2012, pagg. 923 e seguenti; P. Valente, *Lo scambio di informazioni su richiesta secondo l'Ocse*, in “*il fisco*” n. 30/2010, fascicolo n. 1, pag. 4829; 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 automatico nelle fonti internazionali e sovranazionali*, in “*il fisco*” n. 20/2010, fascicolo n. 1, pag. 3160; P. Valente, *I Tax Information Exchange Agreements (TIEAs). Disposizioni Ocse su scambio di informazioni con paradisi fiscali*, in “*il fisco*” n. 35/2009, fascicolo n. 1, pag. 5781; P. Valente, *Lo scambio di informazioni spontaneo nelle fonti internazionali e sovranazionali*, in “*il fisco*” n. 32/2010, fascicolo n. 1, pag. 5170; P. Va-

senza tuttavia alcuni limiti: vi è infatti un importante nesso tra le informazioni che l'impresa dovrebbe fornire e la rilevanza delle informazioni medesime per l'applicazione delle norme fiscali⁶. L'impegno delle imprese alla cooperazione, alla trasparenza e alla *tax compliance* dovrebbe adeguatamente riflettersi nei sistemi e nelle *policies* di *risk management*⁷.

3. Gli interventi comunitari in materia di *tax compliance* e *aggressive tax planning*

Il 27 giugno 2012, la Commissione europea ha pubblicato il documento "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] (di seguito, "la Comunicazione")⁸, che esamina

lente, *Il dibattito internazionale su scambio di informazioni e base imponibile unica*, in "Corriere Tributario" n. 29/2011; P. Valente, *Lo scambio di informazioni in materia fiscale: tempistica del processo di peer review*, in "Il Quotidiano Ipsa", 28 maggio 2010; 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-C. Alagna, *Mutua assistenza amministrativa, la sottoscrizione del Protocollo di modifica*, in "Il Quotidiano IPSOA", 10 giugno 2011; P. Valente, *L'Accordo Italia-Jersey sullo scambio di informazioni*, in "Il Quotidiano Ipsa", 2 luglio 2012; P. Valente-C. Alagna, *Aggiornato l'art. 26 del Modello OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsa", 23 luglio 2012; P. Valente, *Scambio di informazioni automatico e confidenzialità nei Rapporti OCSE*, in "Il Quotidiano Ipsa", 31 luglio 2012; P. Valente-L. Beccari, *Il network dei Tax Information Exchange Agreements (TIEA)*, in "Il Quotidiano Ipsa", 3 ottobre 2012.

⁶ Secondo il Commentario alla Raccomandazione n. XI, "this recognises the need to balance the burden on business in complying with applicable tax laws and the need for tax authorities to have the complete, timely and accurate information to enable them to enforce their tax laws".

⁷ In genere, i consigli di amministrazione hanno la possibilità di gestire il rischio fiscale in diversi modi. Essi, ad esempio, dovrebbero:

- sviluppare e 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.

⁸ Il documento è consultabile al seguente *link*: [http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/publications/com_reports/taxation/com\(2012\)351_en.pdf](http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/common/publications/com_reports/taxation/com(2012)351_en.pdf)

Con riferimento all'azione di contrasto, da parte della Commissione europea, all'evasione fiscale, il Commissario Algirdas Šemeta ha affermato:

le modalità di rafforzamento delle attuali misure di contrasto alla frode e all'evasione fiscale e definisce una serie di nuove possibili iniziative⁹.

In particolare, la Comunicazione analizza le seguenti questioni-chiave:

- **riscossione più efficace** da parte degli Stati membri;
- miglioramento della **cooperazione transfrontaliera** tra le Amministrazioni fiscali degli Stati membri;
- adozione di una politica di *governance* fiscale coerente con quella dei Paesi terzi.

La cooperazione tra Stati rappresenta uno degli strumenti necessari per contrastare efficacemente l'evasione e la frode fiscale.

Secondo la Commissione, al fine di migliorare l'attività di cooperazione transfrontaliera, è opportuno:

- rafforzare gli strumenti esistenti volti a incentivare e rafforzare la cooperazione amministrativa, sia nel campo delle imposte dirette, sia in quello delle imposte indirette¹⁰.
- ampliare lo **scambio automatico di informazioni**: lo scambio di informazioni fornisce alle Amministrazioni fiscali rilevanti dati sui redditi percepiti e sulle attività detenute dai contribuenti¹¹;
- affrontare le tendenze e i meccanismi della frode fiscale e dell'evasione fiscale: la Com-

"Let there be no illusion: tax evaders steal from the pockets of ordinary citizens and deprive Member States of much-needed revenue. If we want fair and efficient tax systems, we must stamp out this activity. The political will to intensify the battle is there. Now it is time to translate that into action. As a Union of 27, we have a powerful advantage - strength in numbers. If we play as a team, with a common strategy, we can defeat the fraudsters and evaders, and reclaim vast sums of money that are legitimately due".

Cfr. comunicato stampa, IP/12/697, del 27 giugno 2012, in <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/697&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en>.

⁹ Per ulteriori approfondimenti sulla Comunicazione, 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.

¹⁰ La Commissione europea sottolinea come l'uso di tali strumenti non sia ancora effettivo e generalizzato e ritiene necessario il rafforzamento degli strumenti di cooperazione esistenti, al fine di colmare le lacune e prevenire più efficacemente l'evasione fiscale.

¹¹ La Commissione ritiene necessario promuovere il ricorso allo scambio automatico di informazioni, laddove ritenuto utile. A tal fine, sono stati elaborati "formati elettronici per i redditi da risparmiare" e sono allo studio "nuovi formati" per i redditi contemplati dalla Direttiva 2011/16/UE,

missione ritiene necessaria la condivisione di strumenti e metodi di lavoro tra le Amministrazioni fiscali degli Stati membri, al fine di individuare “tendenze e sistemi utilizzati per la frode ed evasione fiscale”¹²;

- garantire **livelli elevati di adempimento da parte dei contribuenti**: al fine di rendere più efficace la *compliance* da parte del contribuente, è necessaria una più approfondita informazione e comprensione delle norme fiscali vigenti nell’Unione europea e negli Stati membri. A tal fine, potrebbe essere utile la creazione di un “Portale *Internet Tasse e Imposte*” per tutti i tipi di imposte e contribuenti e di uno sportello unico per i contribuenti non residenti negli Stati membri;
- rafforzare la **governance tributaria**: la Commissione ritiene necessario sviluppare il coordinamento tra imposte dirette ed indirette¹³.

Nella Comunicazione, inoltre, la Commissione fornisce una **definizione di paradisi fiscali** intendendo con tale espressione “le giurisdizioni in

grado di finanziare i propri servizi pubblici senza prelevare imposte, o imponendo un’imposta minima sui redditi, e che si offrono come luoghi che i non residenti possono utilizzare per sfuggire alla tassazione nel loro Paese di residenza”.

Le caratteristiche tipiche di un paradiso fiscale possono essere:

- l’assenza di un effettivo scambio di informazioni;
- la mancanza di trasparenza;
- l’assenza dell’obbligo di svolgere attività significative.

Il contrasto ai paradisi fiscali è avvenuto negli ultimi anni mediante l’adozione di stringenti norme in materia di scambio di informazioni; a seguito dell’introduzione di tali disposizioni, numerosi c.d. “*ex paradisi fiscali*” si sono impegnati a rispettare i principi sanciti dall’OCSE.

Secondo la Commissione, i paradisi fiscali continuano a rappresentare un “danno potenziale” per gli interessi degli Stati membri. Come affermato nella Comunicazione,

“(l’)onere dei costi supplementari di adempimento imputabile all’intervento non coordinato degli Stati membri per proteggere le loro basi imponibili ricade su tutti i contribuenti. Analogamente, quando si verificano perdite di gettito fiscale perché le basi imponibili sono deviate verso i paradisi fiscali, ne fanno le spese tutti i contribuenti se le aliquote di imposta sono maggiorate per compensare l’erosione della base imponibile”.

Sul versante della lotta alla pianificazione fiscale aggressiva, si rileva che nel febbraio del 2011, il Comitato per gli affari fiscali dell’OCSE ha pubblicato il Rapporto “*Tackling Aggressive Tax Planning Through Improved Transparency and Disclosure*” (di seguito, “il Rapporto”).

Il Rapporto sottolinea l’importanza di informa-

con lo scopo di mettere in atto uno scambio di informazioni automatico sicuro ed efficace all’interno dell’Unione europea. Al fine di garantire l’effettività dello scambio di informazioni, è necessario migliorare le procedure di identificazione dei contribuenti.

¹² Secondo quanto riportato nella Comunicazione, “obiettivo della Commissione è quello di elaborare una strategia di contrasto al fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva”.

¹³ A tal fine, la Commissione sta esaminando la possibilità di disporre di uno strumento legislativo unico per la cooperazione amministrativa per tutti i tipi di imposte e tasse, in modo da garantire la piena integrazione e la perfetta coerenza dei meccanismi di cooperazione. Inoltre, dato che la “frode fiscale frequentemente si accompagna ad altre forme di criminalità”, è necessaria una maggiore collaborazione tra le Amministrazioni fiscali e le altre autorità, in particolare quelle competenti in materia di riciclaggio di denaro e sicurezza sociale, e le autorità giudiziarie, a livello sia nazionale che internazionale.

zioni tempestive, mirate e complete al fine di combattere i fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, fornisce un *overview* delle **misure di comunicazione (“disclosure”)** applicate in alcuni Stati membri dell’OCSE e detta alcune raccomandazioni.

Secondo l’OCSE, l’implementazione di misure di “*disclosure*”¹⁴ rappresenta lo strumento più idoneo a garantire la trasparenza fiscale, in un contesto caratterizzato da una leale cooperazione tra contribuenti e Amministrazioni finanziarie¹⁵.

¹⁴ Il Rapporto ha esaminato le seguenti iniziative adottate in alcuni Paesi OCSE:

- *early mandatory disclosure rules*;
- *additional reporting* con riferimento agli schemi di *aggressive tax planning*;
- uso di questionari;
- programmi di *cooperative compliance*;
- *rulings*;
- *disclosure rules* che prevedono l’applicazione di sanzioni.

¹⁵ L’esperienza degli Stati che hanno implementato le misure di *disclosure* ha dimostrato che da esse dipendono vantaggi per tutti i soggetti coinvolti. Per approfondimenti cfr. 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.

L'obiettivo che la Commissione si pone è quello

“di creare un ambiente fiscale sano ed equo nell'Unione (per gli Stati membri, i contribuenti e gli investitori) che permetta di far fronte in maniera efficiente all'erosione delle basi imponibili (all'interno dell'UE e in relazione ai Paesi terzi). È importante che i vantaggi che ne deriverebbero non siano messi in pericolo da misure prese dai Paesi terzi. Si stanno valutando attualmente le possibili risposte strategiche per raggiungere questo scopo, con l'intenzione di presentare un piano di azione verso la fine dell'anno. Lo scopo è l'adozione di una serie di misure, procedure e strumenti per un'azione coordinata: potrebbe trattarsi ad esempio di un abbinamento di misure difensive o sanzioni nei confronti dei Paesi che praticano una concorrenza fiscale sleale e di incentivi per i Paesi che pongono fine a tali pratiche. L'accento sarà posto sul coordinamento delle misure. La comunicazione affronterà anche i problemi connessi alla pianificazione fiscale aggressiva”.

4. La Raccomandazione della Commissione europea in materia di *aggressive tax planning*

La Raccomandazione sulla pianificazione fiscale aggressiva, pubblicata dalla Commissione europea il 6 dicembre 2012, afferma che l'*aggressive tax planning* “(...) consiste nello sfruttare a proprio vantaggio gli aspetti tecnici di un sistema fiscale o la disparità esistenti fra due o più sistemi fiscali al fine di ridurre l'ammontare delle imposte dovute”.

Tra le possibili conseguenze della **pianificazione fiscale aggressiva**, la Raccomandazione cita:

- le “**doppie deduzioni**”, come ad esempio, i casi in cui la medesima perdita è dedotta sia nello Stato della fonte che nello Stato della residenza;
- la “**doppia non imposizione**”, come ad esempio, nel caso di redditi non tassati nello Stato della fonte ed esenti nello Stato della residenza.

L'obiettivo della Commissione europea è quello di incoraggiare tutti gli Stati membri a seguire il medesimo approccio generale nel contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva, contribuendo

in tal modo all'eliminazione delle distorsioni esistenti.

La Raccomandazione affronta in particolar modo i seguenti due punti:

- applicazione di norme finalizzate ad evitare la doppia imposizione;
- norme generali anti-abuso.

Con riferimento al primo punto, la Commissione europea ritiene necessario rimediare ai casi in cui un contribuente trae vantaggi fiscali “organizzando i propri affari” in modo che il reddito non sia tassato da nessuna delle giurisdizioni fiscali interessate.

Frequentemente, gli Stati membri, nelle convenzioni contro le doppie imposizioni concluse con Paesi terzi, si impegnano a non assoggettare ad imposizione determinati elementi di reddito, in assenza di una previsione sulla verifica dell'effettiva tassazione del suddetto *income* nell'altro Paese aderente alla convenzione.

Al fine di evitare tale rischio di doppia non imposizione, la Raccomandazione suggerisce l'adozione, nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, di una specifica clausola, formulata nel seguente modo:

“Ove la presente Convenzione preveda che un elemento di reddito sia imponibile solo in uno degli Stati contraenti o che possa essere soggetto a imposizione in uno degli Stati contraenti, all'altro Stato contraente è preclusa l'imposizione di tale elemento solo se detto elemento è soggetto a imposta¹⁶ nel primo Stato contraente”.

Nel caso in cui gli Stati membri, al fine di evitare la doppia imposizione mediante norme unilaterali nazionali, prevedano un'esenzione fiscale

per un determinato elemento di reddito percepito in un'altra giurisdizione (ove tale *income* non è tassato), essi “(...) sono incoraggiati a garantire che l'elemento sia tassato”.

La Raccomandazione, inoltre, sottolinea come le specifiche misure anti-abuso adottate dai legislatori nazionali al fine di contrastare le strutture di pianificazione fiscale aggressiva, si siano frequentemente rivelate inadeguate.

¹⁶ La Raccomandazione specifica che un elemento di reddito dovrebbe essere considerato soggetto a imposta quando è “ritenuto imponibile dalla giurisdizione interessata e non è esente da imposta, né beneficia di un credito fiscale pieno o di un'imposizione a tasso zero”.

Per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l'elusione fiscale, la Raccomandazione suggerisce l'adozione di "una **norma generale anti-abuso** adattata alle situazioni naziona-

li, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione e alle situazioni che coinvolgono Paesi terzi".

A tal fine, la Commissione europea incoraggia gli Stati membri all'adozione, nella legislazione nazionale, di una clausola dalla seguente formulazione:

"Una costruzione¹⁷ di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica".

Per determinare se la "costruzione" (o serie di costruzioni) sia da considerare **artificiosa**, le autorità nazionali dovrebbero valutare la presenza di una o più delle seguenti situazioni:

- la qualificazione giuridica delle singole misure di cui si compone la "costruzione" **non è coerente con il fondamento giuridico** della costruzione nel suo insieme;
- la "costruzione" (o la serie di costruzioni) è posta in essere secondo modalità non ragionevolmente rinvenibili nella prassi comportamentale in ambito commerciale;
- la "costruzione" (o la serie di costruzioni) comprende elementi che hanno l'effetto di "compensarsi e di annullarsi" reciprocamente;
- le operazioni concluse sono di "natura circolare";
- la "costruzione" (o la serie di costruzioni) comporta un **significativo vantaggio fiscale**, di cui tuttavia non si tiene conto nei rischi commerciali assunti dal contribuente o nei flussi di cassa;
- le previsioni di utili al lordo delle imposte sono insignificanti rispetto all'importo dei vantaggi fiscali.

La Raccomandazione evidenzia che "(...) la finalità di una costruzione o di una serie di costruzioni artificiose consiste nell'eludere l'imposizione quando, a prescindere da eventuali intenzioni personali del contribuente, contrasta con l'obiettivo, lo spirito e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili".

5 La Raccomandazione in materia di *good governance* fiscale

Il 6 dicembre 2012, la Commissione europea ha

¹⁷ La Raccomandazione precisa che per "costruzione" si intende "una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno o un evento. Una costruzione può comprendere più di una misura o di una parte".

pubblicato altresì una Raccomandazione avente ad oggetto misure atte ad incentivare Paesi terzi considerati paradisi fiscali ad applicare gli **standards minimi di *good governance***¹⁸ in materia fiscale.

La Raccomandazione individua i casi in cui uno Stato terzo può ritenersi soddisfare i suddetti "*minimum standards of good governance*".

In particolare, si ritiene che uno Stato terzo operi secondo gli *standards* di *good governance* fiscale nei casi in cui:

- adotta "*legal, regulatory and administrative measures*" atte a favorire la *compliance* agli *standards* di trasparenza e scambio di informazioni¹⁹;

¹⁸ Per approfondimenti in materia di *good governance* fiscale, cfr. P. Valente, *Manuale di Governance Fiscale*, op. cit., pagg. 634 e seguenti.

¹⁹ Con riferimento agli *standards* di trasparenza e scambio di informazioni, l'Allegato alla Raccomandazione della Commissione prevede:

A. AVAILABILITY OF INFORMATION

A.1 The third country concerned ensures that ownership and identity information for all relevant entities and arrangements is available to its competent authorities.

A.2 The third country concerned ensures that reliable accounting records are kept for all relevant entities and arrangements.

A.3 Banking information is available for all account-holders

B. ACCESS TO INFORMATION

B.1 Competent authorities of the third country concerned have the power to obtain and provide information that is the subject of a request under an agreement on exchange of information, from any person within their territorial jurisdiction who is in possession or control of such information.

B.2 The rights and safeguards that apply to persons in the requested third country concerned are compatible with effective exchange of information.

C. EXCHANGING INFORMATION

C.1 Mechanisms for the exchange of information with Member States are such that this exchange is carried out in an effective manner.

C.2 The network of information exchange mechanisms of the third country concerned covers all Member States.

- applica effettivamente le suddette misure;
- non adotta “*harmful tax measures*” in materia di *business taxation*.

La Commissione precisa che l'adozione di disposizioni fiscali che prevedono una tassazione minima o pari a zero potrebbero essere considerate “potenzialmente dannose”.

Nel valutare se determinate misure debbano essere considerate “*harmful*” è necessario verificare:

- se i vantaggi tributari sono concessi **esclusivamente a soggetti non residenti** (o con riferimento a transazioni intercorse con soggetti non residenti);
- se i vantaggi concessi non riguardino tematiche inerenti la **fiscalità domestica**;
- se i vantaggi sono concessi anche in assenza di un'**effettiva e reale attività economica** e non richiedano la presenza dell'impresa nello Stato che offre il suddetto vantaggio;
- se le regole di determinazione del reddito delle imprese multinazionali seguano principi internazionali globalmente accettati;
- se le misure fiscali adottate siano **trasparenti**.

La Raccomandazione indica, inoltre, le possibili misure da adottare nei confronti degli Stati terzi che risultano essere *compliant* con gli *standards* di *good governance* fiscale. In particolare:

- gli Stati membri dovrebbero pubblicare **blacklists** degli Stati terzi che risultano essere *not compliant* con i suddetti *standards*;
- gli Stati membri dovrebbero includere nelle loro *blacklist* nazionali gli Stati individuati nel

C.3 The mechanism for exchange of information of the third country concerned contains adequate provisions to ensure the confidentiality of information received from Member States.

C.4 The exchange of information mechanisms of the third country concerned respect the rights and safeguards of taxpayers and third parties.

C.5 The third country concerned provides information under its network of agreements with Member States in a timely manner”.

punto precedente;

- ogni Stato membro dovrebbe stipulare una convenzione contro le doppie imposizioni con gli Stati terzi *not compliant* con gli *standards* minimi di *good governance fiscale*, o prevedere la rinegoziazione, sospensione o cessazione delle convenzioni già esistenti con tali Stati.

Con riferimento agli Stati che risultano invece *compliant* con gli *standards* di *good governance* fiscale, gli Stati membri dovrebbero:

- rimuovere gli Stati terzi *compliant* dalle suddette *blacklist*;
- procedere alle negoziazioni necessarie per la conclusione di una convenzione contro le doppie imposizioni.

Con riferimento agli Stati che si sono impegnati a rispettare gli *standards* minimi di *good governance* fiscale, gli Stati membri dovrebbero:

- offrire una stretta cooperazione ed assistenza ai suddetti Stati, in particolare ai c.d. Paesi in via di sviluppo²⁰, al fine di supportarne l'azione di contrasto dell'evasione fiscale e dell'*aggressive tax planning*;
- non prevedere l'adozione delle misure previste per gli Stati che non rispettano gli *standards* minimi di *good governance* fiscale.

²⁰ Con riferimento ai c.d. Paesi in via di sviluppo è opportuno segnalare che nel mese di ottobre 2012, nel corso dell'ottava sessione del “*Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*”, è stata adottata una nuova versione del “*Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*” (“Manuale ONU”), che rappresenta “*a complete draft covering the central policy, administrative and technical issues likely to be relevant for developing countries in this area. It has become clear, however, that the Manual would benefit from further, more detailed, examination of issues such as the treatment of intangibles and services*”.

Per ulteriori approfondimenti, cfr. P. Valente, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, Ipsoa, 2012, pagg. 933 e seguenti; P. Valente, *Il Manuale ONU sui prezzi di trasferimento per i Paesi in via di sviluppo*, in “Il Quotidiano Ipsoa”, 8 novembre 2012.