



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

RIVISTA DI DIRITTO  
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE  
*INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW*

1

2014

gennaio/aprile

Fondata da | *Founded by*  
GIOVANNI PUOTI

Diretta da | *Directors*  
ANDREA AMATUCCI, JACQUES MALHERBE,  
GIOVANNI PUOTI, CLAUDIO SACCHETTO,  
JOSÈ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ  
EDITRICE

SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “LA SAPIENZA”  
**DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE**  
**RIVISTA DI DIRITTO**  
**TRIBUTARIO INTERNAZIONALE**

*INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW*

**FONDATORE/FOUNDER**

Giovanni PUOTI

**DIREZIONE SCIENTIFICA/SCIENTIFIC DIRECTORS**

Andrea AMATUCCI – Jacques MALHERBE – Giovanni PUOTI –  
Claudio SACCHETTO – José Manuel TEJERIZO LOPEZ

**COMITATO SCIENTIFICO/SCIENTIFIC COMMITTEE**

Ruben ASSOREY (Argentina) – Domenico DA EMPOLI (Italia) – Lorenzo DEL FEDERICO (Italia) – Eugenio DELLA VALLE (Italia) – Patrick DIBOUT (France) – Adriano DI PIETRO (Italia) – Hans FLICK (Deutschland) – Gabor FOLDES (Magyarország) – Daniel GUTMANN (France) – Pedro Manuel HERRERA MOLINA (España) – Haron JORAN (Israel) – Joachim LANG (Deutschland) – Gaetano LICCARDO † (Italia) – Leonardo PERRONE (Italia) – Mauricio PLAZAS VEGA (Colombia) – Franco PICCIAREDDA (Italia) – Manuel PIRES (Portugal) – Franco ROCCATAGLIATA (Italia) – Roman SEER (Deutschland) – Stanley SIEGEL (U.S.A.)

**DIREZIONE DELLA REDAZIONE/EDITORIAL DIRECTORS**

Fabrizio AMATUCCI – Pietro SELICATO

**COMITATO DI REDAZIONE/EDITORIAL COMMITTEE**

**ROMA (Responsabile: Pietro SELICATO)**

Gemma CARALLO – Pier Luca CARDELLA – Mauro CICCOLINI – Serenella CRISAFULLI – Isabella CUGUSI – Carla LOLLIO – Pietro ROSSOMANDO – Valentino TAMBURRO – Piergiorgio VALENTE – Marco VERSIGLIONI – Maria Nicola VILLANI

**NAPOLI (Responsabile: Fabrizio AMATUCCI)**

Roberta ALFANO – Anna Rita CIARCIA – Sossio COLELLA – Tatiana COMPAN PARODI – Maria Beatrice D’ANNA – Cristina MAYER – Alfonsoantonio MORGILLO – Valeria NASTI – Maria Pia NASTRI – Giovanna PETRILLO – María Catalina PLAZAS MOLINA – Angela Andreina PUOPOLO – Roberta SCARPATO – Loredana STRIANESE

**TORINO (Responsabile: Claudio SACCHETTO)**

Marco BARASSI – Francesco CANNAS – Roberto FRANZÉ – Mario GRANDINETTI – Barbara TESSA – Giuseppe VANZ – Alessandro VICINI RONCHETTI

**PESCARA (Responsabile: Lorenzo DEL FEDERICO)**

Marco BALDACCI – Christian CALIFANO – Silvia GIORGI – Luigi LOVECCHIO – Gabriele MARINI – Francesca MICONI – Francesco MONTANARI – Annalisa PACE – Alberto RENDA – Concetta RICCI – Caterina VERRIGNI

**MILANO (Responsabile: Giuseppe MARINO)**

Andrea BALLANCIN – Giovanna COSTA – Serena CIBECCHINI – Barbara NIGRO – Daniele RUSSETTI – Luigi VELE – Luca VITALE

**CORRISPONDENTI SCIENTIFICI/SCIENTIFIC CORRESPONDENTS**

- Kristina AIJMA, University of Helsinki (Finland)
- Rita CALÇADA PIRES, University Lusíada of Lisbon (Portugal)
- Klaus-Dieter DRUEEN, University of Dusseldorf (Germany)
- J. Clifton FLEMING Jr., Brigham Young University (U.S.A.)
- Daniel GUTMANN, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (France)
- Juan Ignacio GOROSPE OVIEDO, CEU Universidad San Pablo – Madrid (Spain)
- Gerard MEUSSEN, University of Nijmegen (The Netherlands)
- Federica LIBERATORE, European Commission (Bruxelles)
- Heleno TAVEIRA TORRES, University of São Paulo (Brazil)
- Edoardo TRAVERSA, Catholic University of Leuven (Belgium)

**COORDINATORE DELLA REDAZIONE/PROJECT MANAGER**

Pietro SELICATO

**SEGRETERIA DI REDAZIONE/EDITORIAL OFFICE**

Carmelo BONOMO – Mauro CICCOLINI – Giulia COLLETTI – Pietro ROSSOMANDO  
editorialstaff@rdti.it - <http://www.rdti.it>



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE

# RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

*INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW*

Fondata da • *Founded by*  
GIOVANNI PUOTI

Diretta da • *Directors*  
ANDREA AMATUCCI  
Emerito di *Diritto Finanziario*  
Università Federico II - Napoli

JACQUES MALHERBE  
Emerito di *Diritto Tributario*  
Università Cattolica - Lovanio

GIOVANNI PUOTI  
Ordinario di *Diritto Tributario*  
 Rettore Università Telematica Niccolò Cusano

CLAUDIO SACCHETTO  
Ordinario di *Diritto Tributario*  
Università di Torino

Josè Manuel Tejerizo López  
Cattedratico di *Diritto Finanziario e Tributario*  
Universidad Nacional de Educacion a Distancia UNED - Madrid

1

2014

gennaio/aprile



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ EDITRICE

Sapienza Università di Roma - Dipartimento di Scienze Politiche  
**RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE**  
*INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW*

**COMITATO SCIENTIFICO DEI REVISORI ESTERNI**  
***PEER REVIEW COMMITTEE***

Tutti gli articoli pubblicati sulla Rivista di Diritto Tributario Internazionale sono oggetto di valutazione collegiale da parte dei Direttori, che ne approvano la pubblicazione. La maggior parte degli articoli pubblicati nella prima e nella seconda sezione della Rivista, se richiesto dagli autori, è soggetta ad una valutazione secondo le prescrizioni dell'ANVUR a cura del Comitato scientifico dei Revisori, così composto:

- Prof. Francisco ADAME MARTINEZ  
(Cattedratico di Diritto Tributario e Finanziario nell'Università di Siviglia)
- Prof. Massimo BASILAVECCHIA  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Teramo)
- Prof. Pietro BORIA  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Beniamino CARAVITA DI TORITTO  
(Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Daria COPPA  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Prof. Roberto CORDEIRO GUERRA  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Firenze)
- Prof. Francesco D'AYALA-VALVA  
(già Ordinario di Diritto Tributario nell'Università dell'Aquila)
- Prof. Stefano FIORENTINO  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Salerno)
- Prof. Emma GALLI  
(Associato di Scienza delle Finanze nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Alessandro GIOVANNINI  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Siena)
- Prof. Manlio INGROSSO  
(Ordinario di Diritto Tributario nella Seconda Università di Napoli)
- Prof. Enrico LAGHI  
(Ordinario di Economia Aziendale nell'Università Sapienza di Roma)
- Prof. Josè Maria LAGO MONTERO  
(Cattedratico di Diritto Finanziario e Diritto Tributario nell'Università di Salamanca)
- Prof. Carlos Maria LÓPEZ ESPADAFOR  
(Cattedratico nell'Università di Jaén)
- Prof. Paolo LIBERATI  
(Ordinario di Scienza delle Finanze nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Jean Claude MARTINEZ  
(Ordinario di diritto tributario nell'Università di Paris II)
- Prof. Giuseppe MELIS  
(Straordinario di Diritto Tributario nell'Università LUISS-Guido Carli)
- Prof. Mario NUSSI  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Udine)
- Prof. Pasquale PISTONE  
(Associato di Diritto Tributario nell'Università di Salerno)
- Prof. Josè Andrés ROZAS  
(Professore Titolare di Diritto Finanziario e Tributario nell'Università di Barcellona)
- Prof. Salvatore SAMMARTINO  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Palermo)
- Eugenio SIMÓN ACOSTA  
(Cattedratico di Diritto Finanziario nell'Università di Navarra)
- Prof. Giuseppe TINELLI  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Roma Tre)
- Prof. Loris TOSI  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Venezia)
- Prof. Antonio URICCHIO  
(Ordinario di Diritto Tributario nell'Università di Bari)
- Prof. Juan Enrique VARONA ALABERN  
(Cattedratico di Diritto Tributario e finanziario nell'Università di Cantabria)

## Sezione I – Dottrina

### *Section I – Academic Essays*

**GIUSEPPE ABBAMONTE**

Diritto, arti del fare e funzioni amministrative e tributarie 7

**JOSÉ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ**

L'incertezza giuridica nel diritto tributario (la situazione spagnola) 43

**ANDREA AMATUCCI**

I limiti della potestà tributaria sul reddito nella Costituzione tedesca 97

**CRISTINA TRENTA**

Tax Implications of Natural Disasters and Pollution 119

## Sezione II – Documenti commentati

### *Section II – Commented documents*

**ALBERTO RENDA**

L'irrinunciabile diritto al contraddittorio nel procedimento tributario e le conseguenze della sua violazione nella prospettiva della giurisprudenza comunitaria e nazionale. Nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea – Sezione V, Sentenza 3 luglio 2014, Cause riunite C-129/13 e C-130/13 145

**MARCELLA MARTIS**

Brevi note sul regime impositivo dei proventi derivanti dalle vincite da gioco realizzate sul territorio nazionale. La C.G.U.E. conferma la natura discriminatoria della normativa domestica. Nota a Corte di Giustizia dell'Unione Europea - Sezione Terza, Sentenza 22 ottobre 2014, Cause Riunite C-344/13 e C 367/13 167

## Sezione III – Appunti e rassegne

### *Section III – Notes and Surveys*

**CLAUDIO SACCHETTO**

Recension at G. PATON, *La liquidacion des empresas en crisis* 195

**PIERGIORGIO VALENTE**

Criticità e prospettive in materia di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il "profit shifting" 217

**ALESSANDRO TERZUOLO**

La voluntary disclosure e lo scambio di informazioni in materia fiscale: riflessioni critiche e cenni di comparazione internazionale 255

**BARBARA TESSA**

"Scudo fiscale-ter", "Collaborazione volontaria" e "Offshore Voluntary Disclosure Program" USA a confronto: eccezione alla regola o nuovo trend del Legislatore italiano? 271

**PIETRO MASTELLONE**

Fenomenologia dell'abuso del diritto tributario nella prospettiva comparata 293

# Critical Issues and Future Prospects to Counter Base Erosion through Profit Shifting (BEPS): Status Report

Piergiorgio Valente

*SUMMARY: 1. Introduction; 2. BEPS: Critical Areas; 3. Countering Actions and Future Prospects in the Areas of Digital Economy, Hybrid Instruments and Treaty Abuse; 4. Critical Issues in Transfer Pricing; 5. New Issues on Permanent Establishment.*

## 1. Introduction

International transparency and cooperation within the tax arena are two fundamental principles that have become increasingly significant in the past few years and, as a consequence, the pressure exerted on non-cooperative States has been rising and so has the will to enhance the automatic exchange of information<sup>1</sup>.

With the aim to create a «level playing field», there is an increasing and common desire by States to counter the so-called «unfair tax competition» resorted to by States to attract capitals and foreign investments.

The countering of taxable base erosion phenomena, as a result of the artificial shifting of profits towards more favorable tax jurisdictions (so-called BEPS) has become a topmost priority ever since, in June 2012, the G20 Leaders encouraged the international community, and the OECD first and foremost:

- to intervene in order to effectively counteract the phenomenon, by means of coordinated actions for the purpose of fostering the diffusion of international transparency standards;

---

<sup>1</sup> For further details on information exchange, cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, 2014, 2743 ss.; P. VALENTE, L. VINCIGUERRA, *Scambio di informazioni. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, 20 ss.

- to identify mismatches in tax systems offering enterprises the opportunity to implement aggressive tax planning schemes.

## 2. BEPS: Critical Areas

A number of studies were carried out at OECD for the purpose of sounding out the full extent of the taxable base erosion phenomenon by multinational enterprises<sup>2</sup>.

Such studies emphasized how multinational enterprises tend to adopt tax planning structures which have become particularly aggressive in the past few years with the aim to reduce the group's aggregate tax burden by means of transactions that are apparently (only) formally legitimate but are nevertheless in conflict with the main purpose of the rule (or «the spirit of the law»).

Certain international tax areas are characterized by a high risk level, thereby meaning by greater opportunities in terms of base erosion and profit shifting.

In the document «Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting» (hereinafter, «Action Plan»), published on 19 July 2013 to complement the contents of the previous Report of the same year<sup>3</sup>, the OECD identifies key actions (so-called «Actions») which national Governments must put into effect in order to counteract taxable base erosion<sup>4</sup>.

Areas in which intervention is required specifically involve, among other things, e-economy, hybrid instruments, transfer pricing of intangibles, of services and relevant documentary burdens, permanent establishments, and treaty abuse phenomena.

The implementation of interventions in the above areas necessarily requires that States within the international community duly consider the various principles underpinning the successful countering of tax evasion and tax fraud, while bearing in mind the need for effective administrative cooperation in tax matters.

What should be considered, first and foremost, is that profits are taxable in the Country in which such economic activities are sourced. Furthermore, it is necessary to identify - within the context of the respective

<sup>2</sup> Cfr. OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 12 February 2013. For further details, cfr. VALENTE, *op. cit.*, 1904 ss.

<sup>3</sup> Cfr. OECD, *op. cit.*.

<sup>4</sup> For further details on the OECD Action Plan, cfr. VALENTE, *op. cit.*, 1904 ss.

systems - any possible gaps/loopholes that might be exploited by multinational enterprises aiming to transfer profits to more favorable tax jurisdictions (so-called «profit shifting»), with the consequent erosion of the taxable base. Lastly, it is absolutely essential that all actions required to support the development of an automatic exchange system be implemented on a multilateral as well as on a bilateral level.

### 3. Countering Actions and Future Prospects in the Areas of Digital Economy, Hybrid Instruments and Treaty Abuse

Issues concerning the taxation of e-economy entail a significant number of complex aspects and as such, a comprehensive definition of the same would require further and in-depth studies that would entail a rather extended period of time.

Further studies conducted by the OECD allow to establish a given number of principles underlying the various activities related to the matter at issue and which are under the scrutiny of the working Group created for the purpose:

- analysis of «tax challenges» raised by the e-economy («nexus, data, and characterization») and re-definition of technical details related to possible options that are available (with special focus on multi-sided business models as well as on users and consumers participation in value creation);
- evaluation of economic incidence of VAT and direct taxation, as well as their impact on e-economy;
- application of measures that might have already been adopted within the framework of treaty provisions or of national regulations to such cases involving so-called «double non-taxation» of income deriving from the sale of e-products or services.

An area that raises special concern relates to «double non-taxation» with reference to hybrid instruments, regarding which there is a need to adopt measures to coordinate the respective tax regimes and, in particular, national provisions that would exclude:

- deductibility of a payment which is, in turn, deductible in another jurisdiction;
- exemption of payments which are deductible by the payer;
- deduction of a payment which may not be classified as «ordinary income» by recipient.

Phenomena such as treaty abuse (so-called «treaty shopping») might be effectively countered by implementing one or more of the following approaches.

A first approach provides for the inclusion, in the title and in the preamble of each Treaty Against Double Taxation (hereinafter «DTT»), a clear provision according to which the contracting States, in their stipulation of an agreement, pursue the clear intent to counteract double non-taxation phenomena. A second approach suggests that DTTs establish a specific anti-abuse provision based on the LOB clauses model contained in treaties signed by the United States. Thirdly, it would be appropriate to insert, in each DTT, a general anti-abuse rule based on the so-called «principal purposes test».

#### 4. Critical Issues in Transfer Pricing

The determination of the remuneration in transactions involving intangibles was subject to substantial and in-depth examinations which led to the amendment of Chapters 1 and 6 of the OECD Guidelines<sup>5</sup>.

In particular, Chapter 1 of the OECD Guidelines was amended for the purpose of introducing remarks on a number of specific topics, such as location savings, assembled workforce and group synergies.

Within the context of Chapter 6 of the OECD Guidelines, the definition of intangible assets is particularly significant. To such purpose, it should be noted that the term «*intangible*» must be understood to refer to something that is not a «a physical asset or a financial asset», which may be held in order to use such asset to carry out a commercial activity and, which use or transfer is subject to remuneration in relations between/among third independent parties.

Far from focusing on legal or accounting definitions, a transfer pricing analysis on the topic of intangible assets should rather aim at determining conditions that independent parties generally apply to comparable transactions.

Transfer pricing techniques may entail substantial difficulties and require a considerable investment in terms of resources by both, Tax Authorities and multinational corporations alike, which are not strictly related to

<sup>5</sup> Cfr. OECD, *Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*, 16 September 2014.

the (potentially) high volume of taxable matter involved, but also to their considerable level of complexity and specialization<sup>6</sup>.

One of the OECD's objectives is to enhance taxpayers' transparency, as these must provide the Tax Authorities with all of the information required to perform an accurate transfer pricing risk assessment and to counter phenomena related to the erosion of taxable bases through profit shifting.

The document entitled «Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting», published by the OECD on 16 September 2014, contains the revised standards for the preparation of the required transfer pricing documentation (*i.e.* Master File and Local File) as well as a template for country-by-country reporting.

The collection of the above documentation allows the Tax Authorities to get acquainted with the transfer pricing position of multinational groups, assess potential risks and effectively address audit activities towards companies that have engaged in transfer pricing practices for the sole purpose of «shifting» profits artificially to low-tax States. The foregoing, with undeniable advantages in terms of maximizing the ratio between the use of limited resources available and tax revenues.

At the same time, it is necessary that the compilation of the documentation not entail any further compliance costs for taxpayer, as balance should be sought between any information required by the Tax Authorities and the various activities that multinational enterprises must engage in to meet the afore-said requirements.

The OECD recently intervened on the issue involving the determination of the remuneration of so-called «low added value»<sup>7</sup> services. The objective is to reach a balance between the need to ensure an appropriate charge-back mechanism of the services above-mentioned and the need to protect the taxable base of Countries in which the entity/ties that supplies/supply the said services is/are located.

«Low added value» services are those supplied by one or more members of a group on behalf of other members, if these:

- are support services;
- are not part of the group's core business;

<sup>6</sup> Cf. VALENTE, *op. cit.*, 1349 ss.; P. VALENTE, A. DELLA ROVERE, P. SCHIPANI, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing. Metodologie applicative*, Milano, 2013; P. VALENTE, *Manuale del Transfer Pricing*, Milano, 2012.

<sup>7</sup> Cf. OECD, *Discussion Draft, BEPS Action 10: Proposed modifications to Chapter VI of the Transfer Pricing Guidelines relating to low-value-adding intra-group services*, 3 November 2014.

- do not require the use of «unique» and «valuable» intangibles;
- do not require the management of significant risks, nor do they involve risks of a considerable volume.

The determination of the remuneration for «low added value» services occurs pursuant to a simplified procedure consisting of three (3) steps. As a first step, the group is required to determine on a yearly basis the pool of costs borne by all of the companies for low added value services. Costs excluded from the cost pool are the ones related to any in-house activity, strictly carried out to the advantage of the entity that establishes it. As a second step, taxpayer should identify and exclude from the pool such costs that are imputable to services provided by a group member exclusively on behalf of another member of the group. With the third step, pool costs - borne to the benefit of more group members - are allocated among group members. Taxpayer is required to select an allocation key, to be applied «on a consistent basis» for all cost allocations concerning the same category of low added value services.

## 5. New Issues on Permanent Establishment

The Discussion Draft entitled «BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status» (hereinafter, «Discussion Draft»), published on 31 October 2014, emphasizes the need to revise the definition of «permanent establishment» in order to prevent abuse. In particular, the aim of the OECD is to counteract the taxable base erosion phenomenon, by contrasting the «artificial avoidance of PE status».

The purpose of an updated «permanent establishment» definition is to counter abuse phenomena linked to some specific situations in which «commissionaire arrangements» are taken into consideration.

Pursuant to the OECD, many of the structures including «*commissionaires*» were basically established for the main purpose of eroding the taxable base of the State in which the sales were made.

Amendments to paragraphs 5 and 6 of Article 5 of the OECD Model are indeed essential, in order to clarify that where activities, carried out in one State, involve the regular conclusion of agreements by the foreign enterprise, the latter has a «sufficient taxable nexus» in that State, unless the intermediary carries out the above activities as part of his/her own independent activity.

A provision, in particular, has attracted the OECD's attention, which is the one set forth under paragraph 4 of Article 5 of the OECD Model, pursuant to which a permanent establishment may not be deemed to exist where a fixed place of business is strictly used for the performance of activities therein indicated and/or are preparatory or auxiliary with respect to the company's core purpose.

In the first place, it is worth noting that some provisions set forth under paragraph four (4) do not specifically refer to so-called «preparatory or auxiliary» activities. This is in conflict with what the original purpose of the paragraph should be, *i.e.*, to «cover» exclusively such activities that are precisely of a preparatory or auxiliary nature. The OECD suggests that the said provision be amended in order to subject all such activities listed under paragraph 4 of Article 5 of the OECD Model to the condition of «preparatory or auxiliary» nature.

In the second place, some critical issues were raised as to the application of paragraph 4 in such cases where activities are fragmented among related parties, as such hypothesis is not specifically regulated by the current Commentary to the to the OECD Model.

# Criticità e prospettive in materia di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*: lo stato dell'arte

Piergiorgio Valente

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. BEPS: criticità e azioni di contrasto; 3. I cd. Deliverables del 16 settembre 2014; 3.1. Problematiche e prospettive in tema di economia digitale; 3.2. Le raccomandazioni in tema di strumenti ibridi; 3.3. Le novità in tema di lotta alle pratiche fiscali dannose; 3.4. Il contrasto ai fenomeni di *treaty shopping* e *treaty abuse*; 3.5. Criticità in materia di *transfer pricing*: i beni immateriali; 3.6. Criticità in materia di *transfer pricing*: i requisiti documentali; 3.7. Lo strumento multilaterale per la revisione dei trattati; 4. I più recenti sviluppi; 4.1. Le novità in materia di stabile organizzazione; 4.2. La determinazione della remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto.

## 1. Premessa

La crisi economico-finanziaria degli ultimi anni ha accentuato il dibattito sulla cd. «*international tax justice*», per motivi diversi.

I Paesi colpiti dalla crisi mondiale hanno avvertito la necessità di aumentare il gettito fiscale (anche per la difficoltà di ridurre le proprie spese), e conseguentemente, hanno rafforzato la lotta all'evasione e all'elusione fiscale internazionale.

Da più parti si è evidenziato come le economie mondiali sono strettamente interdipendenti; per tali ragioni i principali organismi sovranazionali (*in primis*, l'OCSE) hanno intensificato le proprie attività ed unito gli sforzi, in quanto è divenuta evidente la necessità di adottare soluzioni multilaterali per contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile e del *profit shifting* (cd. «BEPS»).

È cresciuta inoltre l'importanza della trasparenza e della cooperazione internazionale sul piano fiscale: esempi possono essere rappresentati dalla pressione effettuata sugli Stati non collaborativi<sup>8</sup> e dalla volontà di raffor-

<sup>8</sup> «The effectiveness of this crackdown on offshore tax evasion is highly contested. A positive view

zare lo scambio di informazioni automatico<sup>9</sup>; vi è, pertanto, da parte degli Stati il desiderio comune di contrastare la cd. «*unfair tax competition*» utilizzata dai Paesi per attrarre capitali e investimenti esteri, con l'obiettivo di creare un «*level playing field*» nella scena tributaria mondiale.

Anche le cd. «NGOs» hanno posto l'attenzione sull'«*international non-taxation*» e hanno spostato il dibattito dalla legittimità o meno (dal punto di vista fiscale) delle operazioni poste in essere dalle imprese multinazionali al fatto che queste debbano dimostrare di pagare «*the fair share of taxes*» nei Paesi in cui operano<sup>10</sup>.

Il contrasto al BEPS è divenuto pertanto una priorità da quando, nel giugno 2012, i *Leaders* del G20 hanno invitato la comunità internazionale, e *in primis* l'OCSE:

- ad intervenire al fine di combattere efficacemente il fenomeno, mediante azioni coordinate dirette a favorire la diffusione degli *standard* internazionali di trasparenza;

*asserts that treaties significantly raise the probability of detecting tax evasion and greatly improve tax collection (...). According to policy makers, «the era of bank secrecy is over (G20 2009). A negative view, on the contrary, asserts that the G20 initiative leaves considerable scope for bank secrecy and brings negligible benefits (...). Whether the positive or the negative view is closer to reality (...) is an important question for two reasons. First, the fight against offshore tax evasion is a key policy issue. Globalization and the information technology revolution have made it easier for tax evaders to move funds offshore. Absent information exchange between countries, personal capital income taxes cannot be properly enforced, giving rise to substantial revenue losses and constraining the design of tax systems. (...). Second, although treaties have prevailed as the main policy instrument in the fight against international tax evasion, surprisingly little is known about their effectiveness. (...).»*. Cfr. N. JOHANNESSEN, G. ZUCMAN, *The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown*, in *American Economic Journal: Economic Policy*, 2014, 6(1), 65 ss..

<sup>9</sup> Per approfondimenti sullo scambio di informazioni cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, 2014, 2743 ss.; P. VALENTE, L. VINCIGUERRA, *Scambio di informazioni. Profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, 20 ss..

<sup>10</sup> «NGOs (...) have been very successful in lobbying policymakers, national and EU parliamentarians and especially the press. These NGOs have significantly stimulated the fair share debate, especially the debate on “corporate social responsibility” and tax planning. It is evident from this debate, that it is not obvious that a taxpayer should take advantage of everything that is legally possible. A taxpayer, such as a multinational company is also responsible for determining its own limits. This can be recognized in the way a company wants to reflect “corporate social responsibility” in its tax planning policy (...). Some NGOs do their best to influence customers of companies that are accused of aggressive tax planning by naming and shaming these companies. They sometimes even occupy shops (e.g. Vodafone and Starbucks) operated by these companies and call for a buyers' boycott. Another tactic of NGOs is to accuse «rich» countries of having tax treaties with developing countries which harm the latter countries. (...).» Cfr. P. ESSERS, *International Tax Justice between Machiavelli and Habermas*, in *Bulletin for International Taxation*, Vol. 68, 2014.

- ad individuare i *mismatches* negli ordinamenti fiscali che offrono alle imprese l'opportunità di porre in essere schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

## 2. BEPS: criticità e azioni di contrasto

Gli studi effettuati dall'OCSE e i dati disponibili consentono di cogliere l'estensione del fenomeno dell'erosione della base imponibile da parte delle imprese multinazionali, realizzata mediante lo spostamento dei profitti in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità di vantaggio<sup>11</sup>.

I suindicati studi evidenziano come le imprese multinazionali tendano ad adottare strutture di pianificazione fiscale divenute nel corso degli ultimi anni particolarmente aggressive con l'obiettivo di ridurre il carico fiscale complessivo di gruppo, mediante operazioni formalmente legittime da un punto di vista formale, ma in contrasto con lo scopo della norma<sup>12</sup>.

Alcune aree della fiscalità internazionale in particolare sono caratterizzate da un elevato grado di rischio, inteso come maggiori opportunità in termini di *base erosion e profit shifting*<sup>13</sup>:

<sup>11</sup> Cfr. OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 12 febbraio 2013. Cfr. per approfondimenti, VALENTE, *op. cit.*, 1904 ss.

<sup>12</sup> Il Rapporto dell'OCSE mostra come le imprese tendano a localizzare i propri investimenti laddove la redditività risulta più alta: 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 fattori in grado di influenzare sia la redditività di un'impresa sia le decisioni di investimento della stessa. Anche i Governi si trovano ad operare 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 interazione; inoltre, gli Stati risultano in competizione tra loro al fine di attrarre gli investimenti dei contribuenti, i quali utilizzano le disposizioni di legge con l'obiettivo di ridurre i costi (fiscali). Sul tema, cfr. P. VALENTE, *BEPS e transazioni finanziarie: erosione ed elusione internazionale delle basi imponibili*, in *Il fisco*, n. 6/2014; P. VALENTE, *Base Erosion e Profit shifting. L'Action plan dell'OCSE*, in *Il fisco*, n. 37/2013; P. VALENTE, *Tax planning aggressivo Il Rapporto OCSE «Addressing Base Erosion and Profit Shifting»* in *Il fisco*, n. 12/2013; VALENTE, *op. cit.*, 1904 ss..

<sup>13</sup> Il Rapporto dell'OCSE «*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*» ha identificato i seguenti quattro principi-chiave sottostanti la tassazione delle transazioni transfrontaliere: *jurisdiction to tax*: il contemporaneo e legittimo esercizio della potestà impositiva da parte del Paese di residenza dell'impresa multinazionale e del c.d. Stato della fonte comporta l'insorgere di un rischio di doppia imposizione; *transfer pricing*: secondo il Rapporto BEPS, potrebbe esserci un incentivo a spostare funzioni, rischi e *assets* in Paesi caratterizzati da una fiscalità vantaggiosa, creando pertanto un'erosione

- *hybrid mismatch arrangements* e arbitraggi;
- applicazione di principi e disposizioni previsti dalle convenzioni contro le doppie imposizioni ai redditi derivanti da transazioni aventi ad oggetto «*digital goods*» e servizi;
- trattamento fiscale del *debt-financing* tra parti correlate, *captive insurance* e delle altre transazioni finanziarie infragruppo;
- transazioni intercorse tra parti correlate, con particolare riferimento a quelle aventi ad oggetto beni intangibili e quelle derivanti da operazioni di riorganizzazione aziendale;
- effettività delle misure anti-abuso («GAAR», regimi CFC, *thin capitalization*, norme dirette a prevenire l'abuso dei trattati);
- presenza di regimi fiscali dannosi.

Nel documento «*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*» (di seguito, «*Action Plan*»), pubblicato il 19 luglio 2013 a completamento di quanto contenuto nel precedente Rapporto del febbraio 2013, l'OCSE individua le principali azioni che i Governi nazionali devono intraprendere al fine di contrastare il fenomeno dell'erosione della base imponibile<sup>14</sup>.

Le aree di intervento concernono specificamente l'economia digitale; gli strumenti ibridi e gli strumenti multilaterali; il *transfer pricing*, i beni immateriali, le transazioni ad alto rischio e gli oneri documentali; la stabile organizzazione; i fenomeni di abuso dei trattati, i regimi fiscali dannosi e la *disclosure*; la disciplina CFC; gli interessi passivi e gli strumenti finanziari; la composizione delle controversie internazionali.

Nel dare attuazione agli interventi proposti nelle suindicate aree è opportuno che gli Stati della comunità internazionale tengano conto dei principi per un'efficace lotta all'evasione e alla frode fiscale e per un'effettiva cooperazione amministrativa in materia tributaria.

Innanzitutto, va considerato che i profitti devono essere sottoposti a tassazione nel Paese in cui hanno luogo le attività economiche che li generano. Inoltre, è necessario individuare, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, i *gaps* in grado di essere sfruttati dalle imprese multinazionali

---

della base imponibile mediante lo spostamento dei profitti;  
*leverage*: le modalità di finanziamento delle imprese (*equity* vs debito, *intercompany* o verso terzi) possono influire sul carico fiscale complessivo del gruppo;  
 regole anti-elusione: assumono particolare rilevanza le misure, adottate a livello nazionale e sovranazionale, volte a negare e/o limitare i benefici fiscali ottenuti tramite operazioni considerate «elusive».

<sup>14</sup> Per approfondimenti sull'*Action Plan* dell'OCSE cfr. VALENTE, *op. cit.*, 1904 ss..

per trasferire i profitti in giurisdizioni a tassazione più favorevole (cd. «*profit shifting*»), erodendo la base imponibile. Infine, risulta fondamentale intraprendere tutte le azioni necessarie a supportare lo sviluppo di un sistema per lo scambio automatico di informazioni, sia a livello multilaterale che bilaterale<sup>15</sup>.

### 3. I c.d. *Deliverables* del 16 settembre 2014

In data 16 settembre 2014, a seguito della pubblicazione di diversi *Discussion Drafts* e delle numerose consultazioni tenute nel corso degli ultimi due anni, l'OCSE ha presentato un primo «*pacchetto di misure*» (cd. *Deliverables* 2014) concernente sette delle quindici azioni individuate nell'*Action Plan*, volte a prevenire e contrastare l'erosione della base imponibile mediante lo spostamento dei profitti<sup>16</sup>.

#### 3.1. Problematiche e prospettive in tema di economia digitale

Le questioni connesse alla tassazione dell'economia digitale (*Action 1*) si presentano alquanto complesse e una loro compiuta definizione richiede studi e approfondimenti da effettuarsi in un arco temporale significativo.

È quanto emerge dal documento «*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*», pubblicato dall'OCSE il 16 settembre 2014, il quale fornisce alcune raccomandazioni preliminari per la disciplina delle transazioni digitali, detta le linee per lo svolgimento dell'attività di studio a livello internazionale sul tema, precisando che questa sarà condotta durante tutto l'anno 2015<sup>17</sup>.

Il lavoro svolto, alla data di pubblicazione del suindicato documento, dalla *Task Force ad hoc* costituita consente di fissare alcuni principi sui quali sarà imperniata l'attività futura:

- l'IVA nelle transazioni *business-to-consumer* (B2C)<sup>18</sup> è ritenuta una

<sup>15</sup> Cfr. T. O'SHEA., *Tax avoidance and abuse of law*, in *The EC Tax Journal*, Vol. 11, 2010-11; H. VAN DEN HURK., *Starbucks versus the People*, in *Bulletin for International Taxation*, 2014; VALENTE, *op. cit.*, 1965 ss..

<sup>16</sup> Per approfondimenti sulle 15 *Actions* proposte dall'OCSE cfr. VALENTE, *op. cit.*, 1927 ss..

<sup>17</sup> L'attività del *Working Party* No. 9 del CFA dell'OCSE dovrebbe essere completata entro la fine del 2015.

<sup>18</sup> «*Business-to-consumer (B2C) models were among the earliest forms of e-commerce. A business*

«*pressing issue*» la quale richiede un intervento immediato al fine di proteggere le entrate erariali ed assicurare un «*level playing field*» tra fornitori esteri e fornitori nazionali;

- gli studi effettuati nel contesto dell'*Action 7* del *BEPS Action Plan* («*preventing the artificial avoidance of PE Status*»<sup>19</sup>) dovranno tenere in considerazione l'eventualità che le attività, già ritenute a carattere preparatorio o ausiliario, potrebbero non beneficiare delle eccezioni alla regola generale sulla definizione di stabile organizzazione, in quanto «*core components of the business*»<sup>20</sup>;
- compito del *Working Party* No. 1 del CFA sarà quello di chiarire la caratterizzazione, secondo le vigenti disposizioni convenzionali, di determinati pagamenti effettuati nel contesto dei nuovi modelli di *business* tipici dell'economia digitale<sup>21</sup>, in particolare i «*cloud com-*

---

*following a B2C business model sells goods or services to individuals acting outside the scope of their profession. B2C models fall into several categories, including, for example, so-called "pureplay" online vendors with no physical stores or offline presence, «click-and-mortar» businesses that supplemented existing consumer-facing business with online sales, and manufacturers that use online business to allow customers to order and customise directly. The goods or services sold by a B2C business can be tangible (such as a CD of music) or intangible (i.e. received by consumers in an electronic format). Through digitization of information, including text, sound, and visual images, an increasing number of goods and services can be delivered digitally to customers increasingly remote from the location of the seller. B2C e-commerce can in many cases dramatically shorten supply chains by eliminating the need for many of the wholesalers, distributors, retailers, and other intermediaries that were traditionally used in businesses involving tangible goods. Partly because of this disintermediation, B2C businesses typically involve high investment in advertising and customer care, as well as in logistics. B2C reduces transaction costs (particularly search costs) by increasing consumer access to information. It also reduces market entry barriers, as the cost of maintaining a website is generally cheaper than installing a traditional brick-and-mortar retail shop». Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014, 74 ss.; VALENTE, *op. cit.*, 2063 ss..*

<sup>19</sup> «*ACTION 7 - Prevent the artificial avoidance of PE status.*

*Develop changes to the definition of PE to prevent the artificial avoidance of PE status in relation to BEPS, including through the use of commissionaire arrangements and the specific activity exemptions. Work on these issues will also address related profit attribution issues». Cfr. più ampiamente infra.*

<sup>20</sup> In siffatta eventualità, è da valutare se una «*reasonable, administrable rule*» dovrà essere all'uopo introdotta.

<sup>21</sup> «*The digital economy has given rise to a number of new business models. Although many of these models have parallels in traditional business, modern advances in ICT have made it possible to conduct many types of business at substantially greater scale and over longer distances than was previously possible. This section discusses several prominent examples of these new business models. Some of these business models may complement each other and in some cases overlap with each other (for example, payment services could be described under e-commerce or under cloud computing). The business models discussed below are by no means exhaustive. Indeed, just as innovation in the digital economy allows the rapid development of new business models, it can also quickly cause*

*puting payments»* (inclusi i «*payments for infrastructure-as-a-service, software-as-a-service, and platform-as-a-service transactions»*)<sup>22</sup>.

A livello OCSE, vi è la consapevolezza che la tempistica definita nel luglio 2013 nell'*Action Plan*, così come le necessarie interazioni tra i diversi contesti di studio del progetto BEPS, potrebbero rendere poco agevole una previsione in ordine alla effettività delle soluzioni che il progetto BEPS medesimo potrà fornire alle criticità dell'economia digitale<sup>23</sup>.

In tal modo, il documento in commento definisce le linee lungo le quali si svilupperà l'attività di studio da parte della *Task Force* nel corso del 2015. Questa infatti:

- continuerà ad analizzare le *broader tax challenges* della *digital economy* («*including nexus, data, and characterization»*), procedendo eventualmente ad una ri-definizione dei dettagli tecnici relativi alle possibili opzioni a disposizione (con particolare attenzione ai *multi-sided business models* e alla partecipazione di *users* e *consumers* nella creazione del valore);
- opererà quale *centre of expertise* della *digital economy* per tutta la durata del progetto BEPS, con l'obiettivo di assicurare che il lavoro svolto in tutte le altre aree possa essere in grado di risolvere, altresì, criticità e sfide poste dalla *digital economy*;
- verificherà in che modo i risultati raggiunti negli altri settori di stu-

---

*existing businesses to become obsolete. The types of business discussed include several varieties of e-commerce, app stores, online advertising, cloud computing, participative networked platforms, high speed trading, and online payment services». Cfr. OCSE, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, 16 settembre 2014, 73; Cfr. VALENTE, op. cit., 2063 ss..*

<sup>22</sup> «*Cloud computing is the provision of standardized, configurable, on-demand, online computer services, which can include computing, storage, software, and data management, using shared physical and virtual resources (including networks, servers, and applications). Because the service is provided online using the provider's hardware, users can typically access the service using various types of devices wherever they are located, provided they have a suitable Internet connection. The resources to which cloud computing customers are granted access are not stored on a single computer. Instead, they are on many networked computers that are available to everyone who has access to that «cloud» of computing resources (which, depending on the cloud, could be a single organisation, a community of organisations, the general public, or some combination thereof). (...)*». Cfr. OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014, 80.

<sup>23</sup> Dato, tuttavia, l'impatto delle suindicate criticità, l'OCSE reputa fondamentale procedere nella discussione e nell'approfondimento del tema, anche in coordinamento con gli altri settori di studio, con particolare *focus* su quelle che sono state definite le «*broader tax challenges and potential options related to nexus, data, and characterisation»* dell'economia digitale, al fine di valutare in che modo l'*outcome* dell'intero progetto BEPS potrà influire sulla loro «*relevance, urgency, and scope»*. Cfr. VALENTE, *op. cit.*, 2063 ss..

dio del progetto BEPS possano essere utilizzati per far fronte alle questioni sollevate dall'economia digitale;

- valuterà l'*economic incidence* dell'IVA e della tassazione diretta, così come il loro impatto sulle sfide fiscali poste dall'economia digitale;
- qualora ulteriori interventi dovessero rendersi necessari nell'area dell'imposizione diretta al fine di risolvere le criticità poste dall'economia digitale, potrà valutare di restringere l'ambito di applicazione delle misure eventualmente già adottate (nel contesto delle disposizioni convenzionali o della normativa nazionale) a situazioni quali quelle che coinvolgono la doppia non-imposizione del reddito derivante dalla vendita di prodotti digitali e servizi.

A tal fine, si renderà necessario procedere con gli approfondimenti relativi al *nexus*, ai dati, ai *multi-sided business models*, alla caratterizzazione delle transazioni, alle potenziali soluzioni alle criticità poste dalla *digital economy*, con l'obiettivo di garantire che queste ultime:

- siano «*viable and fair*»;
- in grado di evitare i fenomeni di doppia imposizione;
- vengano implementate senza eccessivi costi amministrativi e di *compliance*.

Inoltre, sarà opportuno procedere ad un monitoraggio costante dell'attività svolta nelle altre aree interessate dal progetto BEPS, la quale dovrà necessariamente prendere in considerazione ed affrontare le *key features* dell'economia digitale che sollevano le maggiori preoccupazioni ai fini BEPS.

A tale scopo, appare cruciale il lavoro svolto in tema di *artificial avoidance* della stabile organizzazione, *transfer pricing*, *Controlled Foreign Companies*<sup>24</sup> e sull'*economic incidence* della tassazione diretta e dell'IVA.

<sup>24</sup> «CFC rules provide for the taxation of profits derived by non-resident companies in the hands of their resident shareholders. They can be thought of as a category of anti-avoidance rules, or an extension of the tax base, designed to tax shareholders on passive or highly mobile income derived by non-resident companies in circumstances where, in the absence of such rules, that income would otherwise have been exempt from taxation (e.g. under a territorial system) or only taxed on repatriation (e.g. under a worldwide tax system with a deferral regime).

CFC rules vary substantially in approach. In some instances, they seek to reduce tax incentives to undertake business or investment through a nonresident company. But they may also include provisions (such as the exclusion of active income) intended to ensure that certain types of investment in a foreign jurisdiction by residents of the country applying the CFC regime will be subject to no greater overall tax burden than investment in the same foreign jurisdiction by shareholders that are not residents. Most systems of CFC rules have the character of anti-avoidance rules targeting diverted income, and are not intended to deter genuine foreign investment.

CFC rules require some or all of the foreign company's profits to be included in the income of the

### 3.2. Le raccomandazioni in tema di strumenti ibridi

L'importanza di adottare misure, sia a livello nazionale che internazionale, dirette a contrastare i fenomeni di doppia imposizione connessi all'uso degli strumenti ibridi (*Action 2*) è stata ribadita dall'OCSE nel documento «*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*» del 16 settembre 2014.

Le modifiche alla legislazione nazionale hanno l'obiettivo di garantire un più effettivo allineamento tra «*domestic and cross-border tax outcomes*». A tal fine, l'OCSE raccomanda di attuare disposizioni:

- che assicurino il diniego dell'esenzione dei dividendi - concessa al fine di contrastare la cd. «doppia imposizione economica» - con riferimento ai pagamenti già deducibili effettuati «*under financial instruments*»<sup>25</sup>;
- dirette ad impedire che gli strumenti ibridi vengano utilizzati al fine di duplicare i crediti d'imposta per ritenute applicate alla fonte<sup>26</sup>;

*resident shareholder, and thus may also have the effect of protecting the tax base of the source country by discouraging investments that erode its tax base or that are designed to shift profit to low-tax jurisdictions*». Cfr. OCSE, «*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*», 16 settembre 2014, 35. Per approfondimenti cfr. VALENTE, *op. cit.*, 2063 ss..

<sup>25</sup> «68. *A country that provides for a dividend exemption specifically to relieve economic double taxation on distributed profit should restrict such exemption to payments that are paid out of after-tax profits. In a wholly-domestic situation this outcome can generally be achieved by restricting the dividend exemption to payments that are characterised as dividends or distributions under domestic law. In cross-border payment situations, however, such a restriction will not be sufficient, as the domestic criteria characterising the payment and determining its tax treatment will not apply to the payer. Jurisdictions that relieve economic double taxation by offering a dividend exemption for amounts paid by a foreign payer should therefore similarly limit the benefit of the dividend exemption to payments that are paid out of after-tax profits*». Cfr. OCSE, «*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*», 16 settembre 2014. Per approfondimenti cfr. VALENTE, *op. cit.*, 2025 ss..

<sup>26</sup> «55. *Hybrid transfers are typically a particular type of collateralized loan arrangement or derivative transaction where the counterparties to the same arrangement in different jurisdictions both treat themselves as the owner of the loan collateral or subject matter of the derivative. This difference in the way the arrangement is characterised can lead to payments made under the instrument producing a mismatch in tax outcomes.*

56. *While the legal mechanisms for achieving a hybrid transfer depend on the individual tax rules of the jurisdictions involved, the most common transaction used to achieve a mismatch in tax outcomes under a hybrid transfer is a sale and repurchase arrangement (generally referred to as a "repo") over an asset where the terms of the repo make it the economic equivalent to a collateralised loan. A repo can give rise to a mismatch in tax outcomes where one jurisdiction treats the arrangement in accordance with its form (a sale and a repurchase of the asset) while the counterparty jurisdiction taxes the arrangement in accordance with its economic substance (a loan with the asset serving as*

- per il miglioramento dei regimi riguardanti le *Controlled Foreign Companies* e gli investimenti *offshore*, con l'obiettivo di:
  - riportare il reddito delle entità ibride «*within the charge to taxation*» nella giurisdizione dell'investitore;
  - imporre obblighi di *information reporting* sugli intermediari<sup>27</sup>, in grado di consentire agli investitori *offshore* e alle Amministrazioni finanziarie coinvolte di applicare le nuove disposizioni;
- «*restricting the tax transparency of reverse hybrids*», appartenenti allo stesso gruppo.

Se le suindicate raccomandazioni hanno l'obiettivo di prevenire *mismatches* connessi all'uso degli strumenti ibridi, misure si rendono necessarie per il coordinamento del trattamento fiscale applicato ai redditi da strumenti ibridi in tutti gli Stati interessati.

In questo caso, è opportuno che vengano adottate disposizioni nazionali che escludano:

- la deducibilità di un pagamento il quale è a sua volta deducibile in un'altra giurisdizione;
- l'esenzione dei pagamenti i quali sono deducibili da parte del *payer*;
- la deduzione di un pagamento il quale non può essere classificato quale «*ordinary income*» da parte del percipiente.

Le legislazioni nazionali dovrebbero prendere in considerazione e disciplinare due diversi tipi di pagamenti:

- pagamenti effettuati in relazione a un *hybrid mismatch arrangement*<sup>28</sup>, i quali sono deducibili secondo le disposizioni applicabili

---

*collateral*). While the collateral for these arrangements often involves shares of controlled entities, the same repo technique can be used with virtually any asset that generates an excluded or exempt return or some other tax relief under the laws of both jurisdictions». Cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014.

<sup>27</sup> «91. It can be difficult for both investors and tax administrations to obtain sufficient information on what income has been accumulated in the offshore fund and how much has been allocated to a resident investor. For this reason the Report recommends the development of guidance for tax filing and information reporting requirements that would facilitate the ability of non-resident investors and tax administrations to determine the income and gains derived by the entity and amounts allocated to each investor». Cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014.

<sup>28</sup> «41. A hybrid mismatch arrangement is an arrangement that exploits a difference in the tax treatment of an entity or instrument under the laws of two or more tax jurisdictions to produce a mismatch in tax outcomes where that mismatch has the effect of lowering the aggregate tax burden of the parties to the arrangement». Cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014.

nella *payer jurisdiction* (ma che non sono inclusi nell'*ordinary income* del *payee* o di un investitore correlato);

- pagamenti effettuati in relazione a un *hybrid mismatch arrangement* che comportano una doppia deduzione con riferimento al medesimo pagamento («*double deduction*»).

Con l'obiettivo di scongiurare il rischio di doppia imposizione, è opportuno predisporre chiare linee guida per l'ipotesi in cui uno o più Paesi eserciti la propria potestà impositiva sulle transazioni in commento.

Una giurisdizione non è necessariamente tenuta ad applicare l'*hybrid mismatch rule*, allorché altra disposizione venga applicata nell'altro Stato interessato, la quale è parimenti idonea a neutralizzare il *mismatch* determinato dallo strumento ibrido<sup>29</sup>.

L'*Action 2* del *BEPS Action Plan* fa altresì riferimento alle eventuali modifiche da apportare al Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, al fine di assicurare che le «*dual resident entities*» non vengano utilizzate con l'obiettivo di ottenere benefici convenzionali non dovuti.

Le modifiche all'art. 4(3) del Modello OCSE<sup>30</sup> hanno la funzione di superare alcune criticità connesse alle *dual-resident entities*, attraverso la previsione secondo cui i casi di *dual residence* dovrebbero essere risolti «*on a case-by-case basis*».

Alcune criticità tuttavia permangono con riferimento a quegli schemi di pianificazione fiscale aggressiva e, quindi, ai fenomeni di evasione fiscale derivanti, ad esempio, dal fatto che una entità è residente di un determinato Stato ai sensi della legislazione nazionale di quest'ultimo, mentre, allo stesso tempo, è residente di un altro Stato «*under a tax treaty concluded by the first State*».

Secondo l'OCSE, la soluzione a situazioni quale quella sopra delineata non può che essere rinvenuta nella legislazione nazionale<sup>31</sup>.

Non meno rilevanti appaiono le disposizioni convenzionali relative alle entità cd. *trasparenti*. Il Rapporto dell'OCSE del 1999, «*The Application*

<sup>29</sup> L'OCSE invita gli Stati ad introdurre «*the recommended rules so that the effect of hybrid mismatch arrangement is neutralised even if the counterparty jurisdiction does not have effective hybrid mismatch rules*». Cfr. OCSE, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 16 settembre 2014. Per approfondimenti cfr. VALENTE, *op. cit.*, 2025 ss..

<sup>30</sup> «3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated».

<sup>31</sup> Inoltre, «*the change to Art. 4(3) will not address BEPS concerns that arise from dual-residence where no treaty is involved*». Cfr. per approfondimenti VALENTE, *op. cit.*, 2063 ss..

of the OECD Model Tax Convention to Partnership», riporta una esaustiva analisi dell'applicazione delle disposizioni convenzionali alle *partnerships*, incluse quelle situazioni in cui è rinvenibile «*a mismatch in the tax treatment of the partnership*».

Il suindicato Rapporto tuttavia non si occupa espressamente dell'applicazione dei trattati fiscali a entità diverse dalle *partnerships*. Con l'obiettivo di far fronte a tale lacuna, e tenendo altresì conto del fatto che molti Paesi hanno riscontrato alcune criticità nell'attuazione delle conclusioni di cui al Rapporto del 1999, l'OCSE, nelle sue raccomandazioni del 16 settembre 2014, invita gli Stati ad includere nel Modello OCSE una nuova disposizione la quale ha l'obiettivo di assicurare che il reddito delle entità trasparenti venga disciplinato, ai fini fiscali, in conformità ai principi sanciti nel Rapporto del 1999.

### 3.3. Le novità in tema di lotta alle pratiche fiscali dannose

A distanza di circa 15 anni dalla pubblicazione del Rapporto «*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*», le considerazioni e le preoccupazioni in esso espresse con riferimento al «*race to the bottom on the mobile tax base*» non hanno perso di rilevanza.

In alcuni settori, ciò che assume importanza è la riduzione delle aliquote d'imposta - in alcuni ordinamenti giuridici - applicabili al reddito delle società.

La circostanza secondo cui i regimi fiscali preferenziali<sup>32</sup> rappresentano una cd. «*pressure area*» per i Governi dei Paesi a fiscalità avanzata è stata sottolineata dall'OCSE nel citato *Action Plan*.

Con l'obiettivo di combattere le pratiche fiscali dannose<sup>33</sup> più efficacemente, tenendo in considerazione «*transparency and substance*», l'*Action 5*

<sup>32</sup> «*In order for a regime to be considered preferential, it must offer some form of tax preference in comparison with the general principles of taxation in the relevant country. A preference offered by a regime may take a wide range of forms, including a reduction in the tax rate or tax base or preferential terms for the payment or repayment of taxes. Even a small amount of preference is sufficient for the regime to be considered preferential. The key point is that the regime must be preferential in comparison with the general principles of taxation in the relevant country, and not in comparison with principles applied in other countries. For example, where the rate of corporate tax applied to all income in a particular country is 10%, the taxation of income from mobile activities at 10% is not preferential, even though it may be lower than the rate applied in other countries*». Cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, 22.

<sup>33</sup> «*Four key factors and eight other factors are used to determine whether a preferential regime*

dell'Action Plan richiede al *Forum on Harmful Tax Practices* («Forum») di riavviare le attività di contrasto attribuendo priorità agli interventi diretti a migliorare la trasparenza e ad attribuire rilevanza al requisito della «*substantial activity*».

In sostanza, il *Forum* dovrebbe intervenire sotto tre diversi aspetti:

- in primo luogo, dovrebbe procedere alla finalizzazione della revisione dei 30 regimi fiscali preferenziali presenti negli ordinamenti degli Stati membri;
- in secondo luogo, dovrebbe procedere alla definizione di una strategia per la partecipazione da parte dei Paesi non membri OCSE;
- in terzo luogo, dovrebbe procedere ad una valutazione in ordine alle modifiche necessariamente da apportare al *framework* esistente.

Con riferimento alla revisione dei regimi preferenziali esistenti a livello di ciascuno Stato membro, il documento «*Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*», del 16 settembre 2014, evidenzia come particolare enfasi viene data da parte del *Forum*:

- all'elaborazione di una metodologia per definire il requisito del «*substantial activity*» nel contesto della disciplina sugli intangibili;
- al miglioramento della trasparenza attraverso «*compulsory spontaneous exchange on rulings*», relativi ai regimi fiscali preferenziali<sup>34</sup>.

---

*within the scope of the FHTP's work is potentially harmful. A reference to substantial activity is already included in the eight other factors so this is not a new concept. The eight other factors generally help to spell out, in more detail, some of the key principles and assumptions that should be considered in applying the key factors themselves.*

*The four key factors are:*

1. *The regime imposes no or low effective tax rates on income from geographically mobile financial and other service activities.*
2. *The regime is ring-fenced from the domestic economy.*
3. *The regime lacks transparency (for example, the details of the regime or its application are not apparent, or there is inadequate regulatory supervision or financial disclosure).*
4. *There is no effective exchange of information with respect to the regime.*

(...). Cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, 23. Cfr. per approfondimenti VALENTE, *op. cit.*, 2301 ss..

<sup>34</sup> «*Lack of transparency may arise in two broad contexts: (1) in the way in which a regime is designed and administered, including favourable application of laws and regulations, negotiable tax provisions, and a failure to make administrative practices widely available; and (2) the existence of provisions such as secrecy laws or inadequate ownership and other information requirements that prevent (or would prevent) effective exchange of information. Issues around transparency often link into concerns around exchange of information*». Cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, 35. Cfr.

Si rileva un generalizzato consenso degli Stati per l'adozione di misure dirette a rafforzare il requisito della «*substantial activity*», mentre diversi approcci sono stati presi in considerazione con l'obiettivo comune di un «*allineamento*» della tassazione dei profitti alla «*sostanza*» delle attività svolte.

Con riferimento alla trasparenza, il documento del 16 settembre 2014 dà atto della esistenza di un *framework* dettagliato e condiviso da tutti gli Stati membri, il quale troverà applicazione con riferimento ai citati regimi preferenziali<sup>35</sup>.

È inoltre in corso l'attività di revisione, da parte del *Forum*, dei regimi degli *associate countries*<sup>36</sup>.

### 3.4. Il contrasto ai fenomeni di *treaty shopping* e *treaty abuse*

La necessità di contrastare i fenomeni di *treaty shopping* e di *treaty abuse*<sup>37</sup> (*Action 6*) è stata ribadita dall'OCSE nel documento «*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*», pubblicato il 16 settembre 2014, con il quale la medesima organizzazione fornisce agli Stati precise raccomandazioni in materia.

Secondo il citato documento, tre diversi approcci possono essere adottati al fine di combattere i fenomeni di *treaty shopping*:

per approfondimenti VALENTE, *op. cit.*, 2301 ss..

<sup>35</sup> «*This framework, whilst seeking to achieve a similar outcome, is, however, focussed on the factors in the 1998 Report. The framework deals with the following four key design questions:*

1. *When does the obligation to spontaneously exchange information on rulings arise?*

2. *Who must information be exchanged with?*

3. *What information must be exchanged?*

4. *What is the legal basis for the spontaneous information exchange?». Cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, 38.*

<sup>36</sup> «*The effectiveness of information exchange very much depends on the timeliness of the information exchanged. For that reason, a country that has provided a ruling that is subject to the obligation to spontaneously exchange information under Action Item 5 must exchange the relevant information on that ruling with any affected country as quickly as possible and no later than 3 months after that in which the ruling becomes available to the competent authority of the country that has granted the ruling. The recommendation is that the relevant authorities within the country that has granted the ruling transmit that ruling to their competent authority without undue delay. Countries need to ensure they have an appropriate system in place to ensure they are in a position to do so». Cfr. OCSE, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, 16 settembre 2014, 47.*

<sup>37</sup> Sui fenomeni di *treaty shopping* e *treaty abuse* cfr. P. VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2012, 80 ss.; VALENTE, *op. cit.*, 2153 ss..

- un primo approccio prevede l'inclusione, nel titolo e nel preambolo di ciascuna convenzione contro le doppie imposizioni, di una chiara statuizione secondo cui gli Stati contraenti, nella stipula dell'accordo, perseguono l'intento di contrastare i fenomeni di non-imposizione;
- un secondo approccio suggerisce di inserire nelle convenzioni contro le doppie imposizioni una disposizione antiabuso specifica sul modello delle *LOB clauses* contemplate nei trattati sottoscritti dagli Stati Uniti. Tale disposizione avrebbe l'obiettivo di contrastare un'ampia casistica di situazioni di *treaty shopping*, «*based on the legal nature, ownership in, and general activities of, residents of a Contracting State*»;
- in terzo luogo, con l'obiettivo di combattere ogni altra forma di abuso, incluse quelle forme le quali non rientrano nell'ambito di applicazione delle *LOB clauses*, si rende opportuno prevedere, in ciascuna convenzione contro le doppie imposizioni, una norma anti-abuso generale basata sul «*principal purposes of transactions or arrangements*» (cd. «*principal purposes test*»).

Ciascuna disposizione proposta presenta vantaggi e svantaggi e potrebbe risultare poco appropriata nel contesto di alcuni ordinamenti giuridici. Inoltre, le disposizioni proposte dovrebbero essere differenzialmente adattate al fine di tenere conto di eventuali «*constitutional or EU law restrictions*»<sup>38</sup>.

In generale, quale requisito minimo, si può ritenere che gli Stati debbano raggiungere un accordo diretto ad includere nei trattati bilaterali una dichiarazione espressa secondo la quale è loro comune intenzione eliminare la doppia imposizione, evitando, allo stesso tempo, situazioni idonee ad agevolare comportamenti elusivi. Essi inoltre dovrebbero espressamente dichiarare che intendono attuare la suindicata proposizione attraverso un approccio «combinato» o mediante l'adozione di una disposizione che preveda il cd. «*principal purposes test*» o di una *LOB clause*, eventualmente supportata da una misura in grado di contrastare i cd. «*conduit arrangements*» non altrimenti previsti nella convenzione medesima.

La *LOB clause* suggerita dall'OCSE restringe l'ambito di applicazione delle disposizioni convenzionali, le quali generalmente interessano i soggetti residenti di uno Stato contraente. In particolare, il par. 1 della *LOB clause* prevede che un residente di uno Stato contraente «*shall not be entitled to the benefits of the Convention unless it constitutes a «qualified person*», secondo la

<sup>38</sup> Nei limiti in cui vengano adottate, da parte di ciascun Paese, efficaci misure antiabuso, una certa flessibilità può essere senz'altro riconosciuta nella fase di implementazione delle suindicate raccomandazioni OCSE.

definizione fornita nel paragrafo 2, a meno che i benefici convenzionali non siano applicati in virtù dei restanti paragrafi della *LOB clause* medesima<sup>39</sup>.

Una persona può godere dei benefici convenzionali - con riferimento ad una data categoria di reddito - nonostante non si caratterizzi quale «*qualified person*» nei limiti in cui il suindicato reddito sia connesso all'«*active conduct of a trade or business in that person's State of residence*».

Rilevante è altresì la cd. «*derivative benefits provision*», la quale consente a determinate entità possedute da residenti di altri Stati di godere dei medesimi benefici convenzionali che questi ultimi avrebbero potuto ricevere se avessero investito direttamente nei Paesi interessati<sup>40</sup>.

La disposizione sul cd. «*principal purposes test*» si ispira ai principi già delineati nel Commentario all'art. 1 del Modello OCSE. Essa individua «*a more general way*» di contrastare i casi di abuso dei trattati, incluse quelle situazioni di *treaty shopping* che non rientrano nell'ambito di applicazione della *LOB clause* (tra le quali l'OCSE individua i cd. «*conduit financing arrangements*»)<sup>41</sup>.

Infine, l'OCSE raccomanda di prevedere, nelle convenzioni bilaterali, una disposizione che statuisca che «*tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation*». Tale statuizione implica una riformulazione del titolo e del preambolo del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, diretta a dichiarare che l'intento comune delle parti contraenti è quello di eliminare i fenomeni di doppia imposizione senza tuttavia creare le condizioni per agevolare situazioni di evasione ed elusione fiscale.

<sup>39</sup> La definizione di «*qualified person*» viene fornita facendo riferimento «*to the nature or attributes*» delle diverse categorie di persone. In tal modo, beneficeranno delle disposizioni convenzionali tutti i soggetti i quali ricadranno nell'ambito di applicazione del suindicato paragrafo 2. Cfr. per approfondimenti VALENTE, *op. cit.*, 2301 ss..

<sup>40</sup> Rimane ferma la possibilità per ciascuno Stato contraente di concedere comunque i benefici convenzionali qualora l'applicazione delle disposizioni della *LOB clause* portasse ad un loro diniego.

<sup>41</sup> Il documento include raccomandazioni relative a disposizioni antiabuso convenzionali specifiche «*that seek to address strategies, other than treaty shopping, aimed at satisfying treaty requirements with a view to obtain inappropriately the benefit of certain provisions of tax treaties. These targeted rules, which are supplemented by the PPT rule described above, address (1) certain dividend transfer transactions; (2) transactions that circumvent the application of the treaty rule that allows source taxation of shares of companies that derive their value primarily from immovable property; (3) situations where an entity is resident of two Contracting States, and (4) situations where the State of residence exempts the income of permanent establishments situated in third States and where shares, debt-claims, rights or property are transferred to permanent establishments set up in countries that do not tax such income or offer preferential treatment to that income*». Cfr. OCSE, «*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*», 16 settembre 2014, 13. Per approfondimenti, cfr. VALENTE, *op. cit.*, 2153 ss..

### 3.5. Criticità in materia di *transfer pricing*: i beni immateriali

Con la pubblicazione, il 16 settembre 2014, del documento «*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*», l'OCSE ha proposto specifici cambiamenti ai capitoli 1 e 6 delle Linee Guida dell'OCSE («*Guidelines OCSE*») sui prezzi di trasferimento<sup>42</sup>.

In particolare, il capitolo 1 delle *Guidelines* OCSE è stato modificato al fine di introdurre considerazioni in merito a specifiche tematiche, quali i *location savings*, l'*assembled workforce* e le sinergie di gruppo.

Al fine di stabilire le modalità di ripartizione dei *location savings* tra due o più società consociate è necessario considerare fattori quali:

- l'effettiva sussistenza dei *location savings*;
- l'ammontare di ciascun *location saving*;
- condizioni e limiti dell'eventuale trasferimento dei *location savings*, da un membro del gruppo a un «*customer or supplier*» indipendente;
- nel caso di non trasferimento dei *location savings* a soggetti terzi, le modalità attraverso le quali imprese indipendenti, le quali operano in circostanze analoghe, «*would allocate any retained net location savings*»<sup>43</sup>.

Nel caso in cui un'*assembled workforce* venga trasferita, nel contesto di un'operazione di riorganizzazione, da una società all'altra appartenente allo stesso gruppo, il *transferee* beneficia del fatto che né tempo né risorse verranno investiti al fine di costituire e formare una nuova *workforce*. In tali circostanze, risulta pertanto opportuno, considerato altresì il metodo di determinazione del prezzo di trasferimento applicato, «riflettere» tale risparmio, in termini di tempo e costi, negli aggiustamenti apportati al prezzo di libera concorrenza «*otherwise charged with respect to the transferred assets*»<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Per approfondimenti sui profili fiscali dei beni immateriali cfr. P. VALENTE, E. FUSA, F. GHISELLI, A. TRON, *Marchi, Brevetti e Know-how. Gestione internazionale degli intangibili*, Milano, 2014; P. VALENTE, A. DELLA ROVERE, P. SCHIPANI, *Analisi di comparabilità nel transfer pricing. Metodologie applicative*, Milano, 2013; VALENTE, *op. cit.*, Milano, 2012; P. VALENTE, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012 sui cd. "safe harbours"*, in *il fisco*, n. 34/2012; P. VALENTE, *Transfer pricing e beni immateriali: il Discussion Draft OCSE del 6 giugno 2012*, in *il fisco*, n. 33/2012; P. VALENTE, S. MATTIA, *Principi e criticità nella selezione del metodo per determinare il transfer pricing*, in *Corriere Tributario*, n. 3/2011.

<sup>43</sup> Cfr. OCSE, «*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*», 16 settembre 2014, 13.

<sup>44</sup> «*In other situations, the transfer of the assembled workforce may result in limitations on the transferee's flexibility in structuring business operations and create potential liabilities if workers are terminated. In such cases it may be appropriate for the compensation paid in connection with the restructuring to reflect the potential future liabilities and limitations*». Cfr. OCSE, «*Guidance on*

In alcune circostanze, vantaggi e svantaggi connessi all'appartenenza a un gruppo possono derivare da azioni concertate e comportare un «*material, clearly identifiable structural advantage or disadvantage*» sul mercato con riferimento ad altri operatori non appartenenti al gruppo, ma che sono tuttavia coinvolti in transazioni comparabili. Una puntuale valutazione in ordine:

- alla sussistenza di siffatti vantaggi/svantaggi;
- alla loro natura e origine;
- alla loro relazione con azioni di gruppo deliberatamente concertate;

può essere effettuata esclusivamente mediante un'accurata analisi funzionale e di comparabilità.

Di rilievo appare, nel capitolo 6 delle *Guidelines* OCSE, la più precisa definizione di beni immateriali nell'ambito del *transfer pricing*. A tal fine, si precisa che il termine «*intangible*» è da intendersi riferito a qualcosa che non è «*a physical asset or a financial asset*», in grado di essere posseduto per farne uso nello svolgimento di attività commerciale e il cui utilizzo o trasferimento è soggetto a remunerazione nei rapporti tra terzi indipendenti.

Lungi dal focalizzare l'attenzione su definizioni di carattere legale o contabile, una analisi di *transfer pricing* in tema di beni immateriali dovrebbe piuttosto mirare a determinare le condizioni che parti indipendenti normalmente applicano a transazioni comparabili<sup>45</sup>.

### 3.6 Criticità in materia di *transfer pricing*: i requisiti documentali

I problemi che le tecniche di *transfer pricing* possono presentare sono significativi e richiedono un notevole investimento di risorse sia da parte delle Amministrazioni finanziarie, sia da parte delle società multinazionali, non solo a causa della elevata materia imponibile coinvolta, ma anche a motivo della loro complessità e specializzazione<sup>46</sup>.

---

*Transfer Pricing Aspects of Intangibles*», 16 settembre 2014, 17.

<sup>45</sup> «*Intangibles that are important to consider for transfer pricing purposes are not always recognised as intangible assets for accounting purposes. For example, costs associated with developing intangibles internally through expenditures such as research and development and advertising are sometimes expensed rather than capitalised for accounting purposes and the intangibles resulting from such expenditures therefore are not always reflected on the balance sheet. Such intangibles may nevertheless be used to generate significant economic value and may need to be considered for transfer pricing purposes. Furthermore, the enhancement to value that may arise from the complementary nature of a collection of intangibles when exploited together is not always reflected on the balance sheet*». Cfr. OCSE, «*Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles*», 16 settembre 2014, 29.

<sup>46</sup> Cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, Milano, 2014, 1349 ss.; VALENTE, DELLA

Obiettivo dell'Action 13 dell'Action Plan è il rafforzamento della trasparenza da parte del contribuente, il quale dovrà fornire all'Amministrazione finanziaria tutte le informazioni necessarie per un'accurata attività di *risk assessment* nel *transfer pricing* e per il contrasto dei fenomeni di erosione della base imponibile tramite lo spostamento dei profitti.

Questo viene confermato nel documento «*Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*», pubblicato dall'OCSE il 16 settembre 2014, il quale contiene i *revised standards* per la predisposizione della documentazione sui prezzi di trasferimento (*Master File* e *Local File*) ed un *template* di *country-by-country reporting*.

Il suindicato Rapporto riporta gli aggiornamenti al capitolo 5 delle *Guidelines* OCSE in materia di documentazione sui prezzi di trasferimento il quale fornisce linee guida sia per l'Amministrazione finanziaria (nella sua attività di *auditor*) sia per il contribuente, che, attraverso tale documentazione, dovrà dimostrare il rispetto dell'*arm's length principle*.

Le transazioni *intercompany* poste in essere dalle società multinazionali non sempre sono direttamente comparabili con transazioni intercorse tra parti indipendenti, in particolare quando esse hanno ad oggetto la prestazione di servizi altamente specializzati o beni immateriali con caratteristiche particolari o talvolta uniche. I gruppi multinazionali che operano in un contesto internazionale trovano non agevole il rispetto delle *transfer pricing rules*; le Amministrazioni finanziarie, a loro volta, incontrano difficoltà nell'ottenere le informazioni necessarie per valutare le politiche del gruppo.

La predisposizione dei suddetti tre documenti (*Master File*, *Local File* e *template* di *country-by-country reporting*) consente all'Amministrazione finanziaria di conoscere la posizione di *transfer pricing* dei gruppi multinazionali, valutare eventuali rischi ed indirizzare in maniera efficiente le attività di *audit* verso le società che hanno posto in essere pratiche di *transfer pricing* al solo fine di spostare «artificialmente» profitti in Stati caratterizzati da una fiscalità vantaggiosa. Ciò, con innegabili vantaggi in termini di massimizzazione del rapporto tra l'utilizzo delle limitate risorse a disposizione e le entrate fiscali<sup>47</sup>.

---

ROVERE, SCHIPANI, *op. cit.*; VALENTE, *op. cit.*; P. VALENTE, *La documentazione in materia di transfer pricing: il White Paper dell'OCSE*, in *il fisco*, n. 43/2013; P. VALENTE, *La revisione della disciplina OCSE in materia di documentazione per il transfer pricing*, in *il fisco*, n. 14/2014.

<sup>47</sup> Nel corso degli ultimi anni, l'OCSE ha rilevato la necessità di ottimizzare l'attività dell'Amministrazione finanziaria in merito alle verifiche aventi ad oggetto il *transfer pricing*. A

Tuttavia, è necessario che la predisposizione di tale documentazione non comporti, per il contribuente, ulteriori costi di *compliance*, rendendosi, pertanto, necessaria la ricerca di un equilibrio tra le informazioni richieste dalle Amministrazioni finanziarie e le attività che le imprese multinazionali devono porre in essere per soddisfare tali richieste<sup>48</sup>.

Obiettivo dell'OCSE diviene ora quello di garantire l'implementazione nei vari Stati dei nuovi *standard* di predisposizione della documentazione: per tale ragione, le attività previste nel corso del 2015 consistono nell'identificazione dei mezzi più idonei per il *filing* delle informazioni richieste e delle tempistiche di invio, nonché nell'individuazione di disposizioni a garanzia della riservatezza delle informazioni fornite.

L'implementazione di tale sistema può permettere alle Amministrazioni finanziarie di focalizzare l'attenzione sugli aspetti rilevanti di una verifica sui prezzi di trasferimento, riducendo in tal modo i tempi della verifica, i costi e l'utilizzo inefficiente di risorse.

Tutto ciò gioverebbe anche alle imprese multinazionali, soprattutto in termini di maggior certezza riguardo, ad esempio, a tematiche come la documentazione di *transfer pricing* da predisporre, la cooperazione con l'Amministrazione finanziaria, ed altri aspetti in grado di favorire la trasparenza e la *compliance*.

---

tal fine, è necessario definire un chiaro ed efficace «*transfer pricing process*» che abbia le seguenti caratteristiche:

efficace identificazione e valutazione dei «*transfer pricing risks*» che porti alla selezione dei casi «*rilevanti*»;

definizione di una legislazione sulla predisposizione e il possesso da parte delle società multinazionali di un'adeguata documentazione di *transfer pricing*;

elevato grado di cooperazione e collaborazione con il contribuente;

definizione di un approccio operativo da utilizzare nelle verifiche fiscali, da condividere con il contribuente;

ricorso a *transfer pricing specialists* sia interni che esterni alla propria organizzazione;

ricorso a tecniche di risoluzione delle controversie fiscali che prevedano la negoziazione tra Amministrazione finanziaria e contribuente.

Il processo di valutazione dei *transfer pricing risks* presuppone la verifica della:

presenza di transazioni infragruppo;

sussistenza di un potenziale rischio;

convenienza ad effettuare una verifica sui prezzi di trasferimento.

<sup>48</sup> Il documento pubblicato in data 16 settembre 2014 dall'OCSE evidenzia le posizioni dei diversi Stati in merito al citato «*equilibrio*» tra le informazioni richieste dalle Amministrazioni finanziarie e i costi/oneri di *compliance* a carico delle imprese multinazionali per soddisfare tali richieste.

### 3.7. Lo strumento multilaterale per la revisione dei trattati

L'Action 15 dell'Action Plan invita a procedere ad un'analisi delle questioni di diritto tributario e di diritto pubblico internazionale connesse con la predisposizione di uno strumento multilaterale che consenta agli Stati di implementare le misure adottate nel contesto del progetto BEPS nelle rispettive convenzioni bilaterali<sup>49</sup>.

Sulla base delle risultanze della suindicata analisi, gli Stati interessati svilupperanno uno strumento multilaterale che:

- rappresenti un approccio innovativo alle questioni fiscali internazionali;
- sia in grado di rispondere efficacemente ai cambiamenti repentini dell'economia globale.

Secondo il Rapporto «*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*», del 16 settembre 2014, si tratta di approccio nuovo, il quale non incontra precedenti nel panorama della fiscalità internazionale, sebbene sia già stato applicato in altri settori del diritto pubblico internazionale<sup>50</sup>.

<sup>49</sup> «ACTION 15 - Develop a multilateral instrument.

Analyse the tax and public international law issues related to the development of a multilateral instrument to enable jurisdictions that wish to do so to implement measures developed in the course of the work on BEPS and amend bilateral tax treaties. On the basis of this analysis, interested Parties will develop a multilateral instrument designed to provide an innovative approach to international tax matters, reflecting the rapidly evolving nature of the global economy and the need to adapt quickly to this evolution». Secondo quanto affermato dall'OCSE nell'Action Plan, vi è la necessità di considerare nuove e innovative modalità di implementazione delle misure adottate nel contest dei lavori BEPS:

«The delivery of the actions included in the Action Plan on BEPS will result in a number of outputs. Some actions will likely result in recommendations regarding domestic law provisions, as well as in changes to the Commentary to the OECD Model Tax Convention and the Transfer Pricing Guidelines. Other actions will likely result in changes to the OECD Model Tax Convention. This is for example the case for the introduction of an anti-treaty abuse provision, changes to the definition of permanent establishment, changes to transfer pricing provisions and the introduction of treaty provisions in relation to hybrid mismatch arrangements.

Changes to the OECD Model Tax Convention are not directly effective without amendments to bilateral tax treaties. If undertaken on a purely treaty-by-treaty basis, the sheer number of treaties in effect may make such a process very lengthy, the more so where countries embark on comprehensive renegotiations of their bilateral tax treaties. A multilateral instrument to amend bilateral treaties is a promising way forward in this respect» (cfr. p. 24 dell'Action Plan). Per approfondimenti, cfr. VALENTE, *op. cit.*, 1940 ss..

<sup>50</sup> L'esperienza acquisita in tali ultimi settori dovrebbe rappresentare una guida imprescindibile per la definizione delle questioni connesse allo sviluppo del citato strumento, nonché per

È, ad ogni modo, opinione dell'OCSE quella secondo cui uno strumento multilaterale per la revisione dei trattati fiscali bilaterali «*is desirable and feasible*», tant'è che le negoziazioni dovrebbero essere intavolate al più presto.

I vantaggi connessi allo sviluppo di uno strumento multilaterale sono innumerevoli.

La negoziazione a livello multilaterale consente senz'altro di superare le complessità, in termini di tempi e modalità, di una pluralità di negoziazioni di tipo bilaterale. Considerato che queste ultime si svolgono, normalmente, lungo l'arco di qualche decennio, lo strumento multilaterale di revisione del contenuto convenzionale garantirebbe speditezza e coordinamento del processo diretto ad implementare le misure BEPS.

Ciascun trattato si presenta quale distinto ed autonomo negozio giuridico, il cui coordinamento con gli accordi omologhi non è di agevole definizione. Tale esigenza di coordinamento potrebbe risultare particolarmente compromessa se le misure adottate nel contesto del progetto BEPS dovessero essere implementate mediante la stipula di tanti protocolli di modifica quante sono le convenzioni contro le doppie imposizioni del *network* mondiale<sup>51</sup>.

Lo strumento multilaterale di negoziazione consentirebbe invece di raggiungere «risultati sincronizzati» in grado di garantire un risparmio in termini di risorse, nonché maggiore chiarezza delle «*BEPS-related international tax treaty rules*»<sup>52</sup>.

Un ulteriore vantaggio è connesso alla partecipazione dei Paesi cd. in via di sviluppo, per i quali le difficoltà di ordine pratico connesse all'implementazione delle misure BEPS sono più rilevanti che per i Paesi sviluppati. Si rilevano maggiori complessità durante la fase di rinegoziazione, in ragione soprattutto del «non allineamento» - tra le due categorie di Paesi - sul piano dell'esperienza e dell'*expertise* necessari.

Lo strumento multilaterale offrirebbe ai Paesi cd. in via di sviluppo la possibilità di beneficiare al meglio dei risultati del progetto BEPS in quanto consentirebbe a «*similarly-minded developing governments*» di cooperare sfruttando le esperienze comuni ai fini di una pronta definizione del processo negoziale.

---

l'individuazione dell'impatto che esso comporta.

<sup>51</sup> Per approfondimenti sul *network* convenzionale italiano cfr. VALENTE, *op. cit.*, 43 ss.

<sup>52</sup> «*These benefits are in addition to the simple reality that only a multilateral instrument can overcome the practical difficulties associated with trying to rapidly modify the 3000 + bilateral treaty network*». Cfr. OCSE, «*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*», 16 settembre 2014, 16 ss..

Alcune questioni, inoltre, possono essere più efficacemente trattate su un piano multilaterale che a livello bilaterale.

Secondo l'OCSE, lo strumento bilaterale non è in grado di far fronte, agli alti livelli, ad *issues* quali «*factor mobility and global value chains*». È sempre più impellente la necessità di risolvere controversie che coinvolgono più Paesi. Malgrado le Amministrazioni finanziarie abbiano espresso un certo interesse per lo sviluppo di una «*multilateral mutual agreement procedure (MAP)*» per la risoluzione delle «*multi-country disputes*», alcuni Paesi ne hanno rilevato i limiti in assenza di una fonte giuridica su cui fondare, appunto, una «*multilateral MAP*»<sup>53</sup>.

I suindicati ostacoli giuridici alla piena implementazione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra Paesi di tipo multilaterale potrebbero essere facilmente superati con l'introduzione di uno strumento multilaterale di ri-negoziazione dei trattati fiscali.

Secondo l'OCSE, lo strumento multilaterale può rendere più coerente e affidabile il *network* delle convenzioni contro le doppie imposizioni, assicurando, in tal modo, certezza ai traffici economici. Contrariamente a quanto avviene allorquando si proceda alla modifica di migliaia di trattati bilaterali, un unico meccanismo multilaterale per l'implementazione delle misure BEPS avrebbe il vantaggio di garantire risultati coerenti e coordinati.

Ciò, in quanto consentirebbe alle delegazioni di concentrare attenzione ed *expertise* su un unico documento il quale presenterebbe stile e linguaggio ritenuti «*most appropriate*» da tutte le parti interessate. Un unico testo documentale, inoltre, in sostituzione di un numero elevato di testi, garantirebbe un'interpretazione unica e condivisa in tutte le giurisdizioni coinvolte<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Secondo l'OCSE, «*there is merit in developing a truly multilateral MAP if the goal is to resolve multi-country disputes. Such a provision would enable MAP consultation with the competent authority of all parties to a multilateral instrument that are concerned with a case involving a taxpayer active in many jurisdictions. To provide certainty and resolution of disputes in the post-BEPS environment, such a provision would further provide for arbitration where the competent authorities are unable to resolve the case by mutual agreement*». Cfr. OCSE, «*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*», 16 settembre 2014, 24 ss.. Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, C. ALAGNA, S. MATTIA, *Controversie internazionali: procedure amichevoli e gestione delle relazioni*, Milano, 2013, 39 ss.; Valente, *op. cit.*, 1940 ss..

<sup>54</sup> «*As a result, a common international understanding would develop about the meaning of the text of the provisions of the multilateral instrument. By addressing a number of contested questions surrounding international tax rules in a definitive way, a multilateral instrument can restore clarity and ensure future certainty for the status of a variety of important rules that business relies upon to be able to invest with confidence cross-border*». Cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument*

Aspetti fondamentali sono la flessibilità e il rispetto delle relazioni bilaterali. I benefici di una pronta implementazione:

- della coerenza interpretativa;
- della certezza giuridica e
- dell'efficienza;

possono essere garantiti solo se le peculiarità di ciascun Paese e la sovranità fiscale sono rispettate, in modo tale che l'intero processo «*does not bog down or involve too few countries*». Consentire ai Paesi di disciplinare le proprie specifiche esigenze nell'ambito di un unico strumento agevola il superamento delle suindicate criticità.

Inoltre, è importante che ciascuno Stato abbia la consapevolezza che ogni altra giurisdizione intende adottare misure di contrasto all'erosione della base imponibile.

I Paesi contraenti potrebbero esprimere il proprio *commitment* verso «*a core set of provisions*»<sup>55</sup>, da includere nello strumento multilaterale, avendo la possibilità «*to opt-out, opt-in or choose*» tra alternative di regolamentazione e disposizioni riguardanti le altre *issues* rientranti nell'ambito di applicazione dello strumento multilaterale<sup>56</sup>. A tale scopo, gli Stati possono ricorrere allo strumento della riserva («*opt-out mechanism*»), la quale si configura quale dichiarazione unilaterale di uno Stato all'atto della sottoscrizione, ratifica, accettazione, approvazione, ecc. di uno strumento multilaterale, il cui obiettivo è quello di escludere o modificare «*the legal effect of certain provisions of the Convention*»<sup>57</sup>.

*to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16 settembre 2014, 16 ss..

<sup>55</sup> «*Negotiations would thereby accommodate bilateral specificities, reinforce governmental policy goals, and reassert tax sovereignty in the face of globalisation. At the same time, a level playing field will require broad participation. Some provisions of the treaty-based portion of the BEPS Project require broad participation in order to successfully address BEPS concerns. Thus, to ensure a level playing field and fairly shared tax burdens, flexibility and respect for bilateral relations will need to be balanced against core commitments that reflect new international standards that countries are urged to meet and for which the multilateral instrument is a facilitative tool*». Cfr. OCSE, «*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*», 16 settembre 2014, p. 17 ss..

<sup>56</sup> «*Parties are permitted to exclude or modify the legal effect of certain provisions, in whole or in part, through the use of explicit opt-out mechanisms foreseen by the treaty, the formulation of reservations, or the use of other mechanisms such as derogations, waivers and restrictions. According to a widely accepted definition, an exclusionary or opting-out (or contracting-out) clause is a treaty provision by which a State will be bound by rules contained in the treaty unless it expresses its intent not to be bound, within a certain period of time, by some of those provisions*». Cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16 settembre 2014, 48 ss..

<sup>57</sup> L'art. 30 della *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters (1988)* prevede la possibilità per gli Stati contraenti di formulare delle riserve:

L'*opt-in* (o *contracting-in*) *mechanism* è invece quella disposizione secondo la quale le parti di un trattato accettano gli obblighi convenzionali che, in assenza di una accettazione esplicita, non si applicherebbero loro in via automatica<sup>58</sup>.

## 4. I più recenti sviluppi

### 4.1 Le novità in materia di stabile organizzazione

Il *Discussion Draft «BEPS Action 7: Preventing the artificial avoidance of PE status»* (di seguito «*Discussion Draft*»), pubblicato il 31 ottobre 2014 in attuazione dell'*Action 7* dell'*Action Plan*, sottolinea la necessità di rivedere la definizione di *permanent establishment* per prevenire eventuale abusi. In particolare, obiettivo dell'OCSE è quello di contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile, prevenendo l'«*artificial avoidance of PE status*».

«*Article 30 – Reservations:*

1. *Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance or approval or at any later date, declare that it reserves the right:*

*a. not to provide any form of assistance in relation to the taxes of other Parties in any of the categories listed in sub-paragraph b. of paragraph 1 of Article 2, provided that it has not included any domestic tax in that category under Annex A of the Convention;*

*b. not to provide assistance in the recovery of any tax claim, or in the recovery of an administrative fine, for all taxes or only for taxes in one or more of the categories listed in paragraph 1 of Article 2;*

*c. not to provide assistance in respect of any tax claim, which is in existence at the date of entry into force of the Convention in respect of that State or, where a reservation has previously been made under sub-paragraph a. or b. above, at the date of withdrawal of such a reservation in relation to taxes in the category in question;*

*d. not to provide assistance in the service of documents for all taxes or only for taxes in one or more of the categories listed in paragraph 1 of Article 2;*

*e. not to permit the service of documents through the post as provided for in paragraph 3 of Article 17;*

*f. to apply paragraph 7 of Article 28 exclusively for administrative assistance related to taxable periods beginning on or after 1 January of the third year preceding the one in which the Convention, as amended by the 2010 Protocol, entered into force in respect of a Party, or where there is no taxable period, for administrative assistance related to charges to tax arising on or after 1 January of the third year preceding the one in which the Convention, as amended by the 2010 Protocol, entered into force in respect of a Party.*

2. *No other reservation may be made».*

Per approfondimenti cfr. VALENTE, *op. cit.*, 924 ss.; P. VALENTE, L. VINCIGUERRA, *Scambio di informazioni: profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, 117 ss..

<sup>58</sup> Obiettivo di tale meccanismo è quello di consentire alle parti di impegnarsi nei confronti di «*further action in pursuit of the objectives of the treaty*».

L'aggiornamento della definizione di stabile organizzazione si propone di contrastare i fenomeni di abuso connessi a specifiche situazioni in cui «*commissionnaire arrangements*» vengono in considerazione.

In alcuni regimi, l'interpretazione delle disposizioni convenzionali in materia di stabile organizzazione personale consente che i contratti di vendita di beni di una società estera vengano sottoscritti dal personale della *subsidiary* locale di tale società. I profitti derivanti dalle suindicate vendite non sono assoggettati alle medesime condizioni di quelli derivanti dalle vendite effettuate da un distributore.

Ciò ha portato molte imprese a sostituire gli *arrangements* in virtù dei quali la *subsidiary* locale normalmente opera nella qualità di distributore con i «*commissionnaire arrangements*», con un conseguente *shift of profits* dal Paese in cui le vendite hanno luogo, senza che a tale trasferimento corrisponda una sostanziale modifica nelle funzioni svolte in quel Paese medesimo.

Analogamente, le imprese multinazionali «artificialmente» frammentano le attività tra le diverse entità del gruppo, affinché le stesse, ai vari livelli, si qualificano come preparatorie o ausiliarie, ai sensi dell'art. 5, paragrafo 4 del Modello OCSE.

Il *Discussion Draft* illustra le strategie, individuate dal *Focus Group on the Artificial Avoidance of PE Status*, di contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile attraverso il cd. «*artificial avoidance of PE status*», connesso principalmente:

- ai *commissionnaire arrangements*;
- alle esenzioni per specifiche attività;
- al cd. «*splitting up*» dei contratti;
- alla attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione.

Secondo l'OCSE, molte delle strutture che contemplano la figura del *commissionnaire* sono state poste in essere, principalmente, con l'obiettivo di erodere la base imponibile dello Stato in cui le vendite sono effettuate.

Risulta, pertanto, indispensabile apportare modifiche ai paragrafi 5 e 6 dell'art. 5 del Modello OCSE, allo scopo di chiarire che laddove le attività, che un intermediario svolge in uno Stato, implicano la regolare conclusione di contratti da parte dell'impresa estera, quest'ultima ha un «*sufficient taxable nexus*» in quello Stato, a meno che l'intermediario svolga le suindicate attività quale parte di una propria attività indipendente<sup>59</sup>.

<sup>59</sup> A tal fine, vengono proposte alcune opzioni di modifica del *wording* dei citati paragrafi 5 e 6, le quali dovrebbero costituire oggetto di commenti e osservazioni da parte dei soggetti interessati.

Una disposizione oggetto di attenzione da parte dell'OCSE è quella di cui al paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE, secondo il quale una stabile organizzazione non può ritenersi sussistere laddove una sede fissa di affari venga utilizzata esclusivamente per lo svolgimento delle attività *ivi* indicate e/o che assumono carattere preparatorio o ausiliario rispetto all'attività di impresa.

In primo luogo, si rileva che alcune previsioni contenute nel paragrafo 4 non fanno specifico riferimento alle attività cd. «preparatorie o ausiliarie». Ciò contrasta con quello che dovrebbe essere l'*original purpose* del paragrafo, vale a dire, «coprire» soltanto le attività, appunto, a carattere preparatorio o ausiliario. L'OCSE suggerisce pertanto di modificare la disposizione al fine di subordinare tutte le attività elencate nel paragrafo 4 dell'art. 5 del Modello OCSE alla condizione del carattere «preparatorio o ausiliario»<sup>60</sup>.

In secondo luogo, vengono sollevate criticità con riferimento all'applicazione del paragrafo 4 nei casi in cui vi è una frammentazione delle attività tra parti correlate. Il paragrafo 27.1 del Commentario all'art. 5 tratta dell'applicazione di quanto previsto dalla lett. f)<sup>61</sup> del paragrafo 4, nel caso in cui una impresa suddivide «*a cohesive operating business*» in più operazioni, al fine di poter sostenere che ciascuna di esse coinvolge attività dal carattere meramente preparatorio o ausiliario. Il citato paragrafo 27.1 tuttavia non prende in considerazione i casi in cui tali operazioni vengono poste in essere da parti correlate. Questi ultimi, in particolare, potrebbero essere disciplinati da una norma destinata ad applicarsi non soltanto alle attività svolte da una medesima impresa in posti diversi, ma altresì a quelle esercitate da più imprese correlate in posti differenti o nel medesimo luogo.

Il cd. «*splitting up*» dei contratti potrebbe portare, secondo l'OCSE, ad un abuso dell'eccezione di cui al paragrafo 3<sup>62</sup> dell'art. 5 del Modello OCSE. Siffatta criticità potrebbe essere superata mediante l'introduzione di una «*automatic rule*» diretta a prendere in considerazione le attività svolte da imprese associate, o attraverso la previsione di ulteriori esempi a chiarimento della regola anti-abuso generale (cd. «*Principal Purposes Test rule*»).

<sup>60</sup> Sono, altresì, contemplate opzioni di modifica cd. intermedie.

<sup>61</sup> «(...) *the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e), provided that the overall activity of the fixed place of business resulting from this combination is of a preparatory or auxiliary character*». Per approfondimenti, cfr. VALENTE, *op. cit.*, 245 ss..

<sup>62</sup> «*A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months*». Per approfondimenti cfr. VALENTE, *op. cit.*, 245 ss..

Le criticità connesse al cd. «*artificial avoidance of PE status*» potranno essere efficacemente superate soltanto se vi è un effettivo coordinamento con le altre aree di intervento previste nell'*Action Plan*. L'*Action* n. 7 precisa che quella dell'attribuzione dei profitti è una questione-chiave ai fini della individuazione delle modifiche che dovranno essere apportate alla definizione di «*permanent establishment*».

Mentre gli studi ad oggi svolti sulla citata questione hanno consentito di individuare solo alcune delle aree che richiedono chiarimenti/integrazioni, non risultano tuttavia ancora ben identificate le modifiche sostanziali - alle norme sulla attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione - che risulterebbero necessarie se le proposte di modifica sopra delineate dovessero essere definitivamente approvate.

#### 4.2 La determinazione della remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto

Più di recente, in data 3 novembre 2014, è stato pubblicato il *Discussion Draft «BEPS Action 10: Proposed modifications to Chapter VI of the Transfer Pricing Guidelines relating to low-value-adding intra-group services»*. Il documento, nel proporre alcune modifiche all'attuale Capitolo VII delle Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing*, sviluppa una procedura/ un approccio semplificata/o per la determinazione della remunerazione dei servizi infragruppo cd. «*a basso valore aggiunto*».

L'obiettivo è quello di raggiungere un equilibrio tra l'esigenza di assicurare un appropriato riaddebito dei servizi «*a basso valore aggiunto*» e la necessità di proteggere la base imponibile dei Paesi in cui si trova il soggetto prestatore dei servizi medesimi.

Il citato approccio dovrebbe:

- portare all'identificazione di una remunerazione che si basa su un «*very limited profit mark-up*» sui costi sostenuti;
- garantire una applicazione coerente delle *allocation keys*;
- assicurare una maggiore trasparenza attraverso la previsione di specifici requisiti di *reporting* e documentali.

I servizi a basso valore aggiunto sono quelli prestati da uno o più membri di un gruppo per conto di altri membri i quali:

- hanno natura di servizi di supporto;
- non fanno parte del *core business* del gruppo;
- non richiedono l'uso di *intangibles* «*unique*» e «*valuable*»;

- non richiedono la gestione di rischi significativi né determinano rischi di notevole entità<sup>63</sup>.

La prestazione di servizi a basso valore aggiunto può rappresentare il *core business* del *service provider*. È il caso della cd. *shared services company*, la cui attività è quella di operare quale *global IT support service centre*. Dal punto di vista dell'*IT support service provider*, la prestazione di servizi informatici rappresenta la principale attività di *business*; al contrario, dal punto di vista della società che riceve il servizio, questo non può ritenersi rientrare nel suo *core business* e, pertanto, non può che qualificarsi come servizio a basso valore aggiunto<sup>64</sup>.

La determinazione della remunerazione dei servizi a basso valore aggiunto avviene secondo una procedura semplificata che si compone di 3 *steps*.

In primo luogo (*primo step*), il gruppo è tenuto a determinare, su base annua, il *pool* dei costi sostenuti da tutte le società nella prestazione dei servizi a basso valore aggiunto. Sono esclusi dal *pool* i costi da imputare ad un'attività *in-house*, svolta a vantaggio esclusivamente dell'ente che la pone in essere.

In secondo luogo (*secondo step*), il contribuente dovrebbe individuare e rimuovere dal *pool* i costi imputabili a servizi svolti da un membro del gruppo esclusivamente per conto di altro membro.

In una terza fase (*terzo step*), vengono allocati tra i membri del gruppo i costi presenti nel *pool*, sostenuti a beneficio di più membri del gruppo. Il contribuente è tenuto a selezionare una *allocation key*, da applicarsi «*on a consistent basis*» per tutte le attribuzioni di costi concernenti la medesima categoria di servizi a basso valore aggiunto<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Coerentemente, non possono definirsi servizi infragruppo a basso valore aggiunto:

- i servizi che fanno parte del *core business* del gruppo;
- servizi di ricerca e sviluppo;
- servizi di produzione e *manufacturing*;
- attività di vendita, *marketing* e distribuzione;
- transazioni finanziarie;
- estrazione o esplorazione di risorse naturali;
- servizi assicurativi;
- servizi di *corporate management*.

Cfr. OCSE, Public Discussion Draft, «*BEPS Action 10: Proposed modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines relating to low value-adding intra-group services*», 3 novembre 2014.

<sup>64</sup> Cfr. OCSE, Public Discussion Draft, *BEPS Action 10: Proposed modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines relating to low value-adding intra-group services*, 3 novembre 2014.

<sup>65</sup> Essa inoltre dovrebbe riflettere ragionevolmente il «livello di beneficio» previsto da ciascun

La remunerazione per i servizi a basso valore aggiunto resi a ciascun membro del gruppo sarà pari alla somma i) dei costi sostenuti da un altro membro del gruppo nel prestare i servizi al membro del gruppo di cui al secondo *step*, maggiorati del *profit mark-up* selezionato, ii) della porzione di costi del *pool* attribuiti al membro del gruppo di cui al terzo *step*, alla luce della *allocation key* selezionata, maggiorati del *profit mark-up* selezionato.

L'obbligo a corrispondere una remunerazione di libera concorrenza sorge solo se il cd. *benefit test* è superato, vale a dire quando l'attività svolta è in grado di assicurare al membro del gruppo che la riceve un «*economic or commercial value to enhance or maintain its commercial position*», tenendo sempre conto dell'approccio che, in circostanze comparabili, avrebbero applicato terze parti indipendenti<sup>66</sup>.

---

fruitore di un dato servizio.

<sup>66</sup> Cfr. OCSE, Public Discussion Draft, *BEPS Action 10: Proposed modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines relating to low value-adding intra-group services*, 3 novembre 2014.



Finito di stampare nel mese di ottobre 2015

CENTRO STAMPA UNIVERSITÀ

Università degli Studi di Roma *La Sapienza*

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

[www.editricesapienza.it](http://www.editricesapienza.it)

Direttore Responsabile/Managing Editor: Prof. Giovanni Puoti

Condizioni di abbonamento/Subscription terms

1) Versione digitale completa .....	Euro	80	
2) Versione cartacea .....	Euro	120	84*
3) Versione completa (cartacea + digitale) .....	Euro	150	129*
Contributo per spese di spedizione all'Estero (Solo 2 e 3) .....	Euro	10	

È possibile sottoscrivere l'abbonamento per la **versione digitale e completa (opzioni 1 e 3)**, inviando il presente modulo all'indirizzo e-mail: [orders@casalini.it](mailto:orders@casalini.it) (abbonati istituzionali) ovvero [editorialstaff@rdti.it](mailto:editorialstaff@rdti.it) (abbonati privati). Le copie digitali saranno poi rese disponibili sulla piattaforma web: [www.torrossa.it](http://www.torrossa.it). L'abbonamento da diritto a tutti i numeri compresi nell'annata e si intende rinnovato per l'annata successiva qualora non disdetto entro il 31 dicembre. Ulteriori informazioni sul sito [www.rdti.it](http://www.rdti.it) oppure scrivendo a [editorialstaff@rdti.it](mailto:editorialstaff@rdti.it).

Gli abbonamenti alla **versione cartacea (opzione 2)** possono essere sottoscritti inviando il presente modulo via e-mail, unitamente a copia del bonifico bancario (IBAN IT6900200805227000401386487, BIC/SWIFT UNCRITM 1153, intestato al "Dipartimento di Scienze Politiche - Sapienza Università di Roma"), all'indirizzo: [editorialstaff@rdti.it](mailto:editorialstaff@rdti.it).

**E-commerce: singolo articolo o fascicolo in formato digitale**

4) Versione digitale di un singolo articolo .....	Euro	10,00
5) Versione digitale di un singolo fascicolo .....	Euro	35,00

È possibile effettuare l'**acquisto di singole versioni digitali (opzioni 4 e 5)** collegandosi allo Store on line [store.torrossa.it](http://store.torrossa.it) e digitando "Rivista di Diritto Tributario Internazionale" nel campo di ricerca.

**L'abbonamento dovrà essere fatturato a:**

Cognome e Nome/Ragione sociale .....

Indirizzo ..... CAP .....

Località ..... Prov. ....

E-mail .....

Cod. fiscale e P. IVA ..... Tel. .... Fax .....

**I fascicoli devono essere spediti a (compilare solo se l'indirizzo di spedizione è diverso da quello di fatturazione):**

Cognome e Nome/Ragione sociale .....

Indirizzo ..... CAP .....

Località ..... Prov. ....

E-mail .....

Cod. fiscale e P. IVA ..... Tel. .... Fax .....

Data ..... Firma .....

INFORMATIVA AI SENSI DEL D.Lgs. 30.6.2003 n. 196

"Codice in materia di protezione dei dati personali"

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 196/2003 si informa che i dati forniti sono necessari e saranno trattati per le finalità connesse all'invio del prodotto richiesto. Per tali ragioni la mancata indicazione degli stessi preclude l'invio del prodotto medesimo. Il trattamento dei dati verrà effettuato con procedure anche informatizzate, con logiche correlate alle finalità indicate e comunque in modo da garantire la sicurezza e la riservatezza dei dati medesimi. I dati personali acquisiti non saranno oggetto di diffusione. Il cliente gode dei diritti di cui all'art. 7 della norma citata, in virtù dei quali potrà chiedere e ottenere, tra l'altro, informazioni circa i dati che lo riguardano e circa le finalità e le modalità del trattamento; potrà anche chiedere l'aggiornamento, la rettifica, l'integrazione, la cancellazione, l'anonimizzazione e il blocco dei dati e potrà infine opporsi al trattamento degli stessi. Tali diritti potranno essere esercitati mediante richiesta inviata con lettera raccomandata al Responsabile della Redazione, al seguente indirizzo: Piazzale Aldo Moro, 5 – 00185 Roma, o mediante e-mail all'indirizzo di posta elettronica [editorialstaff@rdti.it](mailto:editorialstaff@rdti.it). Titolare del trattamento è la "Rivista di Diritto Tributario Internazionale". Responsabile del trattamento è il Responsabile della Redazione. I dati saranno inoltre trattati da altri responsabili specificamente nominati - il cui elenco costantemente aggiornato è disponibile presso il sito [www.rdti.it](http://www.rdti.it) - nonché dagli incaricati appositamente nominati dai vari Responsabili.

I dati potranno essere utilizzati per l'invio di comunicazioni e/o informative commerciali in ordine a prodotti dello stesso Editore. Ove si intenda ricevere tali informazioni, barrare, per il consenso, la casella sottostante.

Il sottoscritto presta il proprio consenso all'invio di informative commerciali.

Luogo e data ..... Firma .....

