



# EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE MEDIANTE IL **PROFIT SHIFTING** ULTIMI SVILUPPI

*IL RAPPORTO DELL'OCSE SULL'EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE MEDIANTE IL PROFIT SHIFTING (BEPS) PRECISA CHE L'IMPLEMENTAZIONE, DA PARTE DEI GRUPPI MULTINAZIONALI, DI STRUTTURE AVENTI L'OBIETTIVO DI ERODERE LA BASE IMPONIBILE SI AVVALE DI UNA SERIE COORDINATA DI STRATEGIE. ASSUMONO QUINDI PARTICOLARE RILEVANZA LE MISURE, ADOTTATE A LIVELLO NAZIONALE, INTERNAZIONALE E SOVRANAZIONALE, VOLTE A NEGARE E/O LIMITARE I BENEFICI FISCALI OTTENUTI TRAMITE OPERAZIONI CONSIDERATE "ELUSIVE", VALE A DIRE OPERAZIONI CHE NON VIOLANO LETTERALMENTE ALCUNA NORMA DI LEGGE MA CHE SI PONGONO IN CONTRASTO CON LO SPIRITO DELLA STESSA*

di SALVATORE MATTIA  
Segretario CTFANDAF

## **1. Premessa**

Il 9 e 10 febbraio 2015, l'OCSE ha presentato al G20 di Istanbul gli ultimi sviluppi relativi al progetto per il contrasto al fenomeno dell'erosione della base imponibile mediante il *Profit Shifting* (BEPS). L'OCSE e i Ministri delle Finanze

del G20 hanno raggiunto un accordo sugli elementi-chiave per l'implementazione delle misure sviluppate nel contesto del progetto BEPS<sup>(1)</sup>.

In primo luogo si è rilevata l'opportunità, ed è stato conferito mandato, per l'avvio dei negoziati per lo sviluppo di uno strumento multilaterale diretto ad agevolare l'implementazione delle misure BEPS in ambito convenzionale. In secondo luogo si è sottolineata la necessità di adottare un pacchetto per l'attuazione, già a partire dal 2016, del

cd. *country-by-country reporting*, nel contesto dei requisiti documentali richiesti ai fini del *transfer pricing*. Il pacchetto dovrebbe altresì prevedere un *exchange mechanism* tra Amministrazioni Finanziarie, da attuare a partire dal 2017.

Il terzo fattore-chiave è rappresentato dall'individuazione di criteri diretti a verificare se i regimi fiscali di favore previsti per la proprietà intellettuale (cd. *patent box regimes*) possano essere ritenuti dannosi.

Secondo il Segretario Generale dell'OCSE, Angel Gurría, quanto concordato durante il *meeting* di Istanbul rappresenta un importante traguardo che testimonia i progressi effettuati sul versante di un sistema internazionale più equo e più giusto, e su quello della lotta all'erosione della base imponibile mediante il *Profit Shifting*.

Al *meeting* e al dibattito in tema di BEPS hanno aderito anche Funzionari provenienti da oltre 12 Paesi in via di sviluppo, in linea con la strategia OCSE diretta a un ampio coinvolgimento di tali nazioni (lanciata e sostenuta nel corso del *meeting* che si è svolto a Brisbane nel 2014).

## 2. Tassazione delle attività transfrontaliere ed erosione della base imponibile

Il 12 febbraio 2013, l'OCSE ha pubblicato il Rapporto *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito Rapporto BEPS) il quale identifica i principi-chiave della tassazione delle attività transfrontaliere e le connesse problematiche di erosione della base imponibile mediante il *Profit Shifting*<sup>(2)</sup>.

Il Rapporto BEPS precisa che l'implementazione di strutture aventi l'obiettivo di erodere la base imponibile si avvale di una serie coordinata di strategie. Dall'analisi effettuata risulta in particolare che:

- la tendenza generale è quella di associare i profitti a operazioni riguardanti *intangible rights and obligations*;
- nonostante molte strategie di pianificazione fiscale siano formalmente legittime e rispettino norme e principi fiscali esistenti, contrastano con lo spirito della legge.

Il Rapporto BEPS identifica quattro principi-chiave delle attività transfrontaliere:

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

La potestà impositiva di uno Stato dipende da specifici fattori di collegamento con una determinata giurisdizione.

Generalmente, i sistemi fiscali dei singoli Stati prevedono l'applicazione del:

- principio della "tassazione su base mondiale" (cd. *world-wide principle*) nei confronti di soggetti residenti, fondato sul criterio della residenza del soggetto percettore dei redditi ovunque prodotti;
- principio della tassazione su base territoriale o principio della fonte (cd. *principle of source*) nei confronti di soggetti non residenti, basato sul criterio della localizzazione dei redditi<sup>(3)</sup>.

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

Un'ulteriore criticità è rappresentata dalla cd. doppia non-imposizione (i cui casi più rilevanti riguardano i cd. *missmatches between countries* in relazione a *hybrid entities and hybrid financial instruments*), la quale può derivare dalle lacune presenti nella disciplina convenzionale<sup>(4)</sup>.

Il Rapporto BEPS evidenzia che il principio riconosciuto a livello internazionale in materia di *transfer pricing* è quello del cd. *arm's length* secondo il quale, ai fini fiscali, i soggetti collegati – appartenenti cioè al medesimo gruppo multinazionale – devono allocare il reddito in conformità a quanto si rinviene tra soggetti terzi indipendenti operanti in circostanze comparabili. Obiettivo dell'*arm's length principle* è garantire che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni intercorrenti tra soggetti collegati siano le medesime previste tra soggetti terzi indipendenti<sup>(5)</sup>.

Diversi Stati operano una distinzione, nel trattamento fiscale, tra *debt* ed *equity*. Le norme in vigore a livello nazionale agevolano le società che intendono finanziarsi con capitale di debito piuttosto che con capitale proprio. Infatti, il trattamento differenziale del debito rispetto all'*equity*, sia a livello di ciascuna legislazione nazionale che tra i differenti Stati, crea un incentivo al *debt-financing*.

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

Le regole anti-elusione differiscono tra i Paesi in ragione delle diverse tradizioni giuridico-legali, del livello di sofisticazione dei sistemi fiscali, e delle interpretazioni fornite dai Giudici nazionali; è presente un'ampia varietà di strategie adottate dai diversi Stati al fine di garantire *the fairness and effectiveness of their corporate tax systems*.

### 3. La rilevanza dei Paesi in via di sviluppo

In data 1° agosto e 22 settembre 2014, l'OCSE ha pubblicato rispettivamente *Part 1 e Part 2 of a Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, che illustrano le esperienze dei Paesi in via di sviluppo con riguardo alle tematiche trattate nei rapporti pubblicati dall'OCSE in materia di erosione della base imponibile mediante lo spostamento dei profitti (Rapporto BEPS e relativo *Action Plan* del luglio 2013).

Il fenomeno può presentare diverse caratteristiche, e conseguentemente richiedere differenti attività di contrasto, a seconda che lo stesso coinvolga i Paesi sviluppati o quelli ancora in via di sviluppo.

Come evidenziato dall'OCSE, nella maggior parte dei Paesi in via di sviluppo mancano le misure legislative necessarie per contrastare l'erosione della base imponibile mediante il *Profit Shifting*. Il contrasto all'erosione della base imponibile incontra in particolare limiti nell'assenza di informazioni, principalmente dovuta alla mancanza di specifiche regole e di adeguati strumenti diretti a rafforzare l'acquisizione delle informazioni stesse.

Come indicato nel Rapporto dell'OCSE *Dealing effectively with the challenges of the transfer pricing*, pubblicato nel 2012, la mancanza di *training* ed esperienza da parte del *team* delle Amministrazioni Finanziarie dei Paesi in via di sviluppo, così come la scarsa esperienza delle stesse nel negoziare con i contribuenti la risoluzione delle controversie, rappresentano elementi che impediscono di svolgere una efficace azione di contrasto dei fenomeni di erosione della base imponibile.

In questo senso l'adozione di specifiche norme dovrà tenere in considerazione tali limitazioni, e conseguentemente, prevedere semplificazioni procedurali e una contenuta discrezionalità nelle valutazioni.

Le Amministrazioni Fiscali dei Paesi in via di sviluppo hanno evidenziato come, frequentemente, le operazioni di riorganizzazione aziendale si presentino – nella pratica – come operazioni abusive, prive di sostanza economica. Si rende pertanto necessario implementare regole volte a garantire la tassazione del profitto *where is truly earned* e a sviluppare principi generali, accettati a livello internazionale, diretti ad assicurare ai Paesi in via di sviluppo l'esercizio della potestà impositiva coerentemente con la sostanza economica delle operazioni poste in essere.

È inoltre necessario prevedere, a carico delle imprese multinazionali, l'obbligo di fornire alle Amministrazioni Fiscali dei Paesi in via di sviluppo le informazioni utilizzate per l'adozione delle politiche di *transfer pricing*.

### 4. Contrasto al BEPS e obblighi di disclosure

Una delle sfide a cui vanno incontro le Amministrazioni Fi-

nanziarie è rappresentata dalla mancanza di informazioni esaustive e rilevanti sugli schemi di pianificazione fiscale aggressiva. La disponibilità tempestiva di informazioni consente di rispondere in modo efficace ai rischi di erosione della base imponibile, attraverso interventi sull'apparato normativo o l'implementazione di programmi di *tax compliance*.

I regimi che prevedono la *disclosure* obbligatoria permettono di conseguire i suindicati obiettivi e si presentano, a tal fine, più efficaci rispetto ad altre forme di *disclosure*. Essi, di norma, contemplano obblighi informativi per contribuenti e loro consulenti/promotori, influenzando in tal modo l'approccio di coloro che potrebbero essere indotti ad attuare strategie di pianificazione fiscale aggressiva.

È quanto emerge dal *Discussion Draft "BEPS action 12: Mandatory Disclosure Rules"*, pubblicato dall'OCSE in data 31 marzo 2015 in attuazione dell'*Action Plan BEPS* del luglio 2013. Il documento delinea gli obblighi di *disclosure* che dovrebbero essere posti a carico del contribuente (e dei suoi consulenti) con riferimento agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, per una più incisiva ed efficace lotta al fenomeno dell'erosione della base imponibile.

L'*Action 12* del Piano di azione BEPS riconosce i benefici connessi agli strumenti che consentono alle Amministrazioni Finanziarie di disporre di informazioni complete ed esaustive e, a tal fine, raccomanda:

1. l'introduzione di norme sulla *disclosure* obbligatoria, in grado di rispondere alle esigenze specifiche di ciascun Paese;
2. una attenta analisi degli schemi fiscali internazionali e dei benefici connessi alle transazioni rilevanti;
3. l'introduzione di modelli avanzati di scambio di informazioni sugli schemi di pianificazione fiscale internazionale.

L'esame della definizione di modelli avanzati di scambio di informazioni richiede necessariamente un coordinamento e una analisi delle risultanze degli approfondimenti effettuati in relazione alle altre *Action* del Piano di azione BEPS.



(1) Cfr. Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 1895 ss.

(2) Per approfondimenti sul Rapporto BEPS, cfr. Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 1904 ss.

(3) Per approfondimenti cfr. Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 101 ss.

(4) Per approfondimenti cfr. Valente P., *Elusione Fiscale Internazionale*, IPSOA, 2014, p. 2025 ss.

(5) Cfr. Valente P., *Manuale del Transfer Pricing*, IPSOA, 2012, p. 1524 ss.