

Contrasto all'erosione della base imponibile, normativa europea e misure di attuazione nell'ordinamento italiano (1)

di Piergiorgio Valente*

1. Premessa – 2. Le misure di contrasto all'erosione della base imponibile e al *profit shifting*: il “pacchetto” del 5 ottobre 2015 – 3. L'implementazione delle misure BEPS secondo l'OCSE – 4. L'intervento delle istituzioni comunitarie in tema di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* – 5. Le indicazioni del Consiglio dell'UE in ordine all'implementazione delle misure BEPS da parte dei singoli Stati membri – 6. L'attuazione delle misure di contrasto all'erosione della base imponibile da parte dell'Italia – 6.1 Il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 – 6.2 La documentazione nel *transfer pricing* e le previsioni della Legge di Stabilità 2016.

L'Italia, quale Stato membro dell'OCSE oltre che dell'Unione Europea, ha prestato particolare attenzione agli sviluppi che si sono registrati, a livello internazionale e comunitario, sul versante della lotta all'evasione e all'elusione fiscale. Molte delle misure suggerite nel contesto del Progetto BEPS dell'OCSE hanno trovato attuazione nell'ordinamento nazionale, in particolare, per effetto del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 contenente “Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese”, e della Legge di Stabilità 2016, la quale è stata definitivamente approvata dal Senato della Repubblica in data 22 dicembre 2015 (Legge 28 dicembre 2015, n. 208).

* *Chairman* del Comitato Fiscale della *Confédération Fiscale Européenne* (CFE). *Bureau Member* del *Taxation and Fiscal Policy Committee* del BIAC (*Business and Industry Advisory Committee to the OECD*). Docente al Corso Superiore della Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza.

(1) Articolo tratto dalla relazione svolta alla Tavola Rotonda “L'attuazione della delega fiscale: un primo bilancio anche alla luce della Legge di Stabilità 2016”. Milano, 16 dicembre 2015.

Italy, as a member of the OECD as well as of the European Union, particularly aimed its focus at international and European Union developments in the fight against tax evasion and avoidance. Many of the measures, suggested within the context of the BEPS Project, were implemented in Italy through both Legislative Decree No. 147 of September 14, 2015 containing “Provisions laying down measures for growth and internationalization of enterprises” and Stability Law 2016, definitively approved by the Senate of the Italian Republic on December 22, 2015 (Law No. 208/2015).

1. PREMESSA

Negli ultimi anni, il dibattito internazionale e comunitario ha avuto ad oggetto le misure più appropriate ed efficaci a contrastare il fenomeno dell’erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* (BEPS).

Gli studi e gli approfondimenti sul tema sono stati condotti principalmente dall’OCSE, nel contesto del Progetto BEPS, ed hanno portato, nell’ottobre 2015, all’emanazione di una serie di misure le quali devono ora essere implementate dai singoli Stati della comunità internazionale.

Le istituzioni comunitarie, in *primis* la Commissione europea, hanno supportato ed accolto con favore l’attività dell’OCSE di lotta all’evasione fiscale internazionale, mediante interventi specifici e raccomandazioni rivolte agli Stati membri, in linea con le soluzioni via via adottate nel contesto del Progetto BEPS.

Di particolare rilevanza per istituzioni comunitarie e singoli Stati membri appaiono le misure contenute nel “pacchetto” dell’OCSE del 5 ottobre 2015, con riguardo alle quali il Consiglio dell’UE si è recentemente espresso, fornendo indicazioni specifiche in merito all’implementazione a livello comunitario e da parte dei singoli ordinamenti.

L’Italia, a sua volta, quale Stato membro dell’OCSE oltre che dell’Unione Europea, ha prestato particolare attenzione agli sviluppi che si sono registrati, a livello internazionale e comunitario, sul versante della lotta all’evasione e all’elusione fiscale. Molte delle misure suggerite nel contesto del Progetto BEPS dell’OCSE hanno trovato attuazione nell’ordinamento nazionale, in particolare, per effetto del D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147 contenente “Disposizioni recanti misure per la crescita



e l'internazionalizzazione delle imprese”, e della Legge di Stabilità 2016, la quale è stata definitivamente approvata dal Senato della Repubblica in data 22 dicembre 2015 (Legge 28 dicembre 2015, n. 208).

Altri settori richiedono ulteriori interventi da parte del Legislatore italiano, i quali, peraltro, non potranno non tenere conto delle più recenti indicazioni che, proprio in relazione alle misure BEPS, sono state fornite dal Consiglio dell'UE.

2. LE MISURE DI CONTRASTO ALL'EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE E AL *PROFIT SHIFTING*: IL “PACCHETTO” DEL 5 OTTOBRE 2015

L'intervento dell'OCSE, nel contesto del Progetto BEPS, costituisce la risposta coordinata e condivisa, a livello internazionale, alle strategie di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle imprese multinazionali, al fine di “spostare artificialmente” i profitti in giurisdizioni caratterizzate da una fiscalità vantaggiosa. Gli studi OCSE sul tema hanno portato all'adozione, in data 5 ottobre 2015, di un “pacchetto di misure”, il quale include e consolida il precedente *set* di n. 7 rapporti adottato durante il *summit* di Brisbane nel settembre 2014 (2). Esso è stato sviluppato e finalizzato dall'OCSE nel corso dell'ultimo biennio e concerne i seguenti ambiti (3):

- abuso dei trattati e *treaty shopping*;

(2) Il primo *set* di *reports* e raccomandazioni relativi a sette delle quindici azioni previste dal *BEPS Action Plan* (c.d. “*Deliverables 2014*”) è stato pubblicato dall'OCSE il 16 settembre 2014. Le misure suggerite nel contesto di tale ultimo *set* di documenti sono ora consolidate nel “pacchetto di misure” del 5 ottobre 2015. Per approfondimenti sulle azioni previste dal *BEPS Action Plan* cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 1895 ss.

(3) Il “pacchetto di misure” del 5 ottobre 2015 rappresenta il primo, sostanziale intervento di “rinnovamento” degli *standard* fiscali internazionali nell'arco di un secolo. Tale intervento di “rinnovamento” si è reso necessario, non soltanto in un'ottica BEPS, ma anche al fine di garantire la sostenibilità dell'attuale *framework* fiscale internazionale per la disciplina delle attività *cross-border*.

- documentazione in materia di *transfer pricing*, determinazione dei prezzi di trasferimento dei beni immateriali e transazioni ad alto rischio;
- pratiche fiscali dannose (4), inclusi i regimi nazionali di *patent box*;
- risoluzione delle controversie internazionali;
- definizione di stabile organizzazione;
- strumenti ibridi e deducibilità delle *interest expenses*;
- disciplina CFC e obblighi di *disclosure* delle pratiche fiscali dannose;
- economia digitale (5);
- strumenti multilaterali.

L'adozione tempestiva di misure dirette a contrastare l'erosione della base imponibile risponde all'esigenza, da un lato, di infondere nei cittadini fiducia nell'equità e nella giustizia dei sistemi fiscali mondiali, dall'altro, di fornire ai Governi uno strumento efficace a garanzia dell'effettività delle rispettive politiche fiscali.

È, altresì, importante evitare che i singoli Paesi adottino misure unilaterali di contrasto agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva. Un'azione non coordinata, infatti, potrebbe avere l'effetto di indebolire i principi fiscali internazionali, i quali costituiscono un importante, consolidato *framework* di riferimento per gli investimenti transnazionali.

Gli schemi elusivi possono comportare fenomeni di doppia non-imposizione, al cui contrasto mirano gli studi OCSE nel contesto del Progetto in commento. Allo stesso tempo, è fondamentale combattere le situazioni di doppia imposizione,

(4) Il lavoro in tema di *harmful tax practices* prevede la *review* dei regimi preferenziali individuati dai Paesi membri OCSE e la definizione di una strategia che consenta la partecipazione dei Paesi non membri, oltre ad eventuali revisioni dell'attuale *framework* esistente. È condivisa, tra i diversi Paesi, la necessità di contrastare le suddette pratiche mediante il rafforzamento dei requisiti di "sostanza economica" e "trasparenza", prevedendo anche lo scambio di informazioni relativo ai *rulings* ottenuti dai contribuenti nei diversi Stati.

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 2301 ss.

(5) In tema di economia digitale, l'OCSE illustra le principali caratteristiche dei nuovi ed emergenti *business models* del settore e i principali rischi BEPS che gli stessi comportano, con riferimento sia al comparto delle imposte dirette che a quello delle imposte indirette.

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 2063 ss.

le quali rappresentano un limite allo sviluppo economico a livello mondiale, in quanto accrescono il costo del capitale e, quindi, degli investimenti.

Il “pacchetto” adottato dall’OCSE contiene misure le quali devono essere attuate sia a livello dell’ordinamento interno, sia sul piano internazionale convenzionale, in modo coordinato e con la previsione di obblighi di monitoraggio e trasparenza (6). L’implementazione delle suindicate misure garantirà un più spiccato allineamento tra la localizzazione dei redditi soggetti ad imposizione e il luogo in cui l’attività economica viene esercitata. Inoltre, sarà assicurata completezza ed esaustività delle informazioni a disposizione delle Amministrazioni fiscali, ai fini della piena applicazione dei sistemi tributari.

3. L’IMPLEMENTAZIONE DELLE MISURE BEPS SECONDO L’OCSE

Gli studi OCSE in tema di erosione della base imponibile mediante il *profit shifting* – in particolare quelli concernenti l’*Action 15* (7) dell’*Action Plan BEPS* – hanno evidenziato come le misure adottate a livello unilaterale non siano sufficienti a contrastare il suddetto fenomeno. Vi è, quindi, la necessità di implementare idonei strumenti multilaterali (sia a livello dei singoli Stati sia a livello sovranazionale).

Il 16 settembre 2014, l’OCSE ha pubblicato un rapporto (8) avente ad oggetto:

(6) L’obiettivo è quello di combattere gli schemi di pianificazione aggressiva mediante un intervento efficace sulle cause del fenomeno piuttosto che sui suoi sintomi.

(7) “*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”.

(8) Cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16 settembre 2014.

- l'analisi delle principali normative e *tax issues* relative allo sviluppo di uno strumento multilaterale per l'implementazione delle misure introdotte nel corso dei lavori BEPS;
- le eventuali modifiche dei trattati bilaterali, al fine di affrontare in maniera innovativa ed efficace le attuali tematiche di fiscalità internazionale.

Le indicazioni contenute nel suindicato rapporto sono state ribadite nel *Final Report* sul tema, pubblicato il 5 ottobre 2015 (9), dove peraltro si dà atto del fatto che, proprio con l'obiettivo di sviluppare uno strumento multilaterale per l'implementazione delle misure BEPS, è stato costituito un Gruppo di lavoro *ad hoc*, aperto alla partecipazione di tutti gli Stati.

La necessità di sviluppare il suindicato strumento nasce, principalmente, dalla consapevolezza in ordine ai limiti dei trattati bilaterali. L'elevato numero di convenzioni bilaterali rende poco agevole una loro revisione al fine di adeguarne il contenuto alle sfide poste dall'elusione fiscale internazionale. Anche laddove si rinvenisse un unanime consenso verso sostanziali modifiche al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, la trasposizione delle citate modifiche nei singoli trattati bilaterali richiederebbe tempi e risorse rilevanti.

Per tale motivo, secondo l'OCSE, si rende opportuno introdurre un meccanismo che consenta di apportare direttamente le modifiche necessarie (10). L'obiettivo condiviso dai Governi ed esplicitato nell'*Action 15* dell'*Action Plan BEPS* è quello di esplorare la possibilità di sviluppare uno strumento il quale dovrebbe avere il medesimo effetto di una "simultanea rinegoziazione" di migliaia di trattati fiscali bilaterali (11).

(9) Cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, 5 ottobre 2015.

(10) I *Leaders* del G20, i quali si sono incontrati a San Pietroburgo nel settembre 2013, hanno manifestato il loro supporto politico all'attività dell'OCSE, diretta ad adeguare l'attuale sistema fiscale internazionale alle sfide poste dalla globalizzazione. Cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014.

(11) Cfr. OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 - 2015 Final Report*, 5 ottobre 2015.

Trattasi 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. L'esperienza acquisita in tali ultimi settori dovrebbe rappresentare una guida imprescindibile:

- nella definizione delle questioni connesse alla predisposizione del citato strumento;
- nella individuazione dell'impatto che il nuovo meccanismo comporta.

È opinione dell'OCSE quella secondo cui uno strumento multilaterale per la revisione dei trattati fiscali bilaterali *is desirable and feasible*, dal momento che i vantaggi ad esso connessi 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 BEPS dovessero essere implementate mediante la stipula di tanti protocolli di modifica quante sono le convenzioni contro le doppie imposizioni dell'attuale *network* mondiale. Lo strumento multilaterale di negoziazione consentirebbe invece di raggiungere risultati "sincronizzati", in grado di garantire un impiego efficiente delle risorse (12).

I suindicati ostacoli giuridici alla piena implementazione di un meccanismo di risoluzione delle controversie tra Paesi potrebbero essere facilmente

(12) Secondo l'OCSE, "*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, p. 16 ss.). Cfr. inoltre OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report*, 5 ottobre 2015, p. 15 ss.

superati con l'introduzione di uno strumento multilaterale di rinegoziazione dei trattati fiscali.

Contrariamente a quanto avviene allorché 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 appropriati 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 (13).

I vantaggi connessi ad una implementazione che garantisca coerenza interpretativa, certezza giuridica ed efficienza possono prodursi solo se le peculiarità di ciascun Paese e la sovranità fiscale sono rispettate. Permettere ai Paesi di disciplinare le proprie specifiche esigenze nell'ambito di un unico strumento agevola il rispetto delle suindicate specificità. Inoltre, è importante che ciascuno Stato abbia la consapevolezza che ogni altra giurisdizione intende adottare misure di contrasto all'erosione della base imponibile. A tal fine, i Paesi contraenti potrebbero esprimere il proprio *commitment* verso un *set* fondamentale di disposizioni (14), da includere nello strumento mul-

(13) "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 to Modify Bilateral Tax Treaties*, 16 settembre 2014, p. 16 ss.).

(14) "Negotiations would thereby accommodate bilateral specificities, reinforce governmental policy goals, and reassert tax sovereignty in the face of globalisation. 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.). Cfr. inoltre OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15 – 2015 Final Report*, 5 ottobre 2015, p. 19 ss.

tilaterale, avendo la possibilità *to opt-out, opt-in*, o scegliere tra previsioni tra loro alternative (15).

4. L'INTERVENTO DELLE ISTITUZIONI COMUNITARIE IN TEMA DI CONTRASTO ALL'EROSIONE DELLA BASE IMPONIBILE MEDIANTE IL *PROFIT SHIFTING*

Anche la Commissione europea ha inteso dare un “giro di vite” all'erosione della base imponibile e fare in modo che le imprese paghino le imposte nel luogo in cui realizzano gli utili.

Il Piano d'Azione per una tassazione societaria più equa ed efficiente nell'UE (COM 2015/302), presentato il 17 giugno 2015, fa parte, infatti, dell'ambizioso programma volto a combattere l'evasione e l'elusione fiscale da parte delle società, a rendere più equo il mercato unico e a promuovere l'occupazione, la crescita e gli investimenti nell'UE.

Il 18 marzo 2015, la Commissione aveva già effettuato un significativo passo, proponendo un pacchetto sulla trasparenza fiscale (c.d. *Tax Transparency Package*) per garantire una maggiore apertura e cooperazione tra gli Stati membri in materia di tassazione societaria. Importante elemento del pacchetto è la proposta sullo scambio automatico di informazioni sui *ruling* fiscali (proposta di modifica della Direttiva 2011/16/UE sulla cooperazione amministrativa), sulla quale, in data 6 ottobre 2015, è intervenuto l'accordo unanime da parte degli Stati membri dell'UE.

(15) Gli Stati possono ricorrere allo strumento della riserva (“*opt-out mechanism*”), che si configura quale dichiarazione unilaterale di uno Stato all'atto della sottoscrizione, ratifica, accettazione, approvazione, ecc. di uno strumento multilaterale. 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 dichiarazione esplicita, non si applicherebbero loro in via automatica. Obiettivo di tale meccanismo è quello di consentire alle parti di impegnarsi a porre in essere tutte le ulteriori azioni che dovessero essere necessarie ai fini del raggiungimento degli scopi del trattato.

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 1939 ss.; P. VALENTE, *Rilevanza dello strumento multilaterale ai fini dell'implementazione delle misure BEPS*, in *il fisco*, n. 47-48 del 2015.

L'evasione/elusione dell'imposta sulle società compromette l'equa ripartizione degli oneri tra contribuenti e la concorrenza leale tra imprese. Le società sfruttano, infatti, la complessità delle norme fiscali e i *gaps* di cooperazione tra Stati per trasferire gli utili in Paesi a bassa fiscalità e ridurre al minimo l'imposizione sui redditi. Da qui, la necessità di potenziare la trasparenza e la cooperazione per un efficace contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva ed alle pratiche fiscali abusive.

Nel comunicato stampa pubblicato il 17 giugno 2015 dalla Commissione Europea, si sottolinea come le attuali norme che disciplinano la fiscalità nell'UE non sono "al passo" con l'economia moderna. Alcune imprese, infatti, sfruttano il mancato coordinamento tra le misure nazionali per sfuggire all'imposizione fiscale; ciò comporta una notevole riduzione delle entrate per gli Stati membri, un onere fiscale più gravoso per i cittadini e distorsioni della concorrenza, a danno delle imprese che pagano la loro "giusta quota di imposte".

Il Piano d'Azione definisce un nuovo approccio dell'UE per una tassazione più equa ed efficiente. L'obiettivo sarà raggiunto grazie ad una serie di iniziative da adottare nel breve, medio e lungo periodo, basate su quelle già contenute nel pacchetto sulla trasparenza fiscale, presentato il 18 marzo 2015.

Le misure del Piano d'Azione sono in linea con le attività in corso in ambito OCSE, dirette a contrastare l'erosione della base imponibile e il trasferimento degli utili (16).

(16) Il Vicepresidente della Commissione, Valdis Dombrovskis, responsabile per l'euro e il dialogo sociale, ha dichiarato: "Oggi abbiamo presentato un piano ambizioso ma realistico per una tassazione più equa e più favorevole alla crescita nell'UE. Esso si basa sul principio fondamentale secondo cui tutte le imprese – siano esse grandi o piccole, locali o mondiali – devono versare una giusta quota di imposte nel luogo in cui si svolge l'attività economica reale e dove gli utili sono effettivamente generati".

Pierre Moscovici, Commissario europeo per gli Affari economici e finanziari, la fiscalità e le dogane, ha dichiarato: "La tassazione societaria nell'UE necessita di una riforma radicale. Per favorire la crescita, la competitività e l'equità, gli Stati membri devono unire le proprie forze e tutti devono dare il giusto contributo. La Commissione oggi ha gettato le basi di un nuovo approccio alla tassazione societaria nell'UE, al quale gli Stati membri devono ispirarsi".

Al momento, a rendere non agevole, nel contesto internazionale, la lotta all'evasione e all'elusione fiscale è la mancanza di norme "adatte" alla moderna economia. Molte società, in particolare i c.d. *Over-The-Top* (es., *Google, Apple, Facebook, Amazon*) già sotto la lente UE, sfruttano il mancato coordinamento delle misure nazionali per sfuggire all'imposizione fiscale.

Tra le azioni chiave del Piano figura, in primo luogo, una strategia per rilanciare la base imponibile consolidata comunitaria, la *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB). L'iniziativa risale al 2001 (COM 2001/582), è stata confermata nel 2003 (COM 2003/726), cui ha fatto seguito, nel 2011, la presentazione di una proposta di Direttiva (COM 2011/121/4), ad oggi ancora al vaglio delle istituzioni comunitarie (17). In seconda istanza, l'obiettivo del Piano è quello della realizzazione di un quadro di riferimento che garantisca una tassazione efficace nel luogo in cui sono prodotti gli utili.

La Commissione UE ha altresì pubblicato una prima *black list* dei trenta Paesi (18) ritenuti non collaborativi in materia fiscale, la quale sarà utilizzata per sviluppare una comune strategia di contrasto. L'obiettivo è di rafforzare il "sistema di difesa" degli Stati membri contro le "insidie" all'erario.

Infine, è stata lanciata una consultazione pubblica per valutare se introdurre, per le società, l'obbligo di rendere pubbliche determinate informazioni fiscali.

In sostanza, il Piano si basa su tre azioni fondamentali: rilanciare la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, garantire

(17) Secondo la Commissione, la CCCTB può dare notevoli risultati, migliorando il mercato unico per le imprese e contrastando, allo stesso tempo, i comportamenti evasivi/elusivi da parte delle società. La Commissione si ripropone di avviare al più presto i lavori per l'elaborazione di una nuova proposta per l'introduzione di una CCCTB obbligatoria. Ciò permetterà, sempre secondo la Commissione, di progredire più rapidamente sul versante di una base imponibile comune, lasciando ad una seconda fase lo sviluppo di norme sul consolidamento. Il nuovo testo della proposta dovrebbe essere presentato entro il 2016.

Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 2255 ss.

(18) Andorra, Anguilla, Antigua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, Brunei, Cayman Islands, Cook Islands, Grenada, Guernsey, Hong Kong, Liberia, Liechtenstein, Maldive, Marshall Islands, Mauritius, Monaco, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Saint Kitts e Nevis, Saint Vincent e Grenadine, Seychelles, Turks and Caicos Islands, US Virgin Islands, Vanuatu.

una tassazione efficace, aumentare la trasparenza fiscale. Nel contesto del Piano d'Azione non meno importanti sono le proposizioni per il miglioramento del sistema di fissazione dei prezzi di trasferimento e per l'attuazione di norme più severe contro i regimi fiscali preferenziali.

5. LE INDICAZIONI DEL CONSIGLIO DELL'UE IN ORDINE ALL'IMPLEMENTAZIONE DELLE MISURE BEPS DA PARTE DEI SINGOLI STATI MEMBRI

Il Consiglio dell'UE, nell'accogliere con favore il “pacchetto di misure” adottato dall'OCSE in data 5 ottobre 2015, evidenzia che sono in corso di discussione, a livello comunitario, diversi interventi in connessione con l'azione internazionale di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva (19).

Tra questi, vi è la proposta di direttiva per l'introduzione della base imponibile comune consolidata (CCCTB) e il *recast* della direttiva c.d. *interessi*

(19) In data 14 ottobre 2015, i membri del Parlamento europeo Sophie Montel, Florian Philippot e Dominique Bilde hanno presentato, a norma dell'art. 33 del Regolamento del Parlamento medesimo, una proposta di risoluzione sulle proposte dell'OCSE di contrasto all'erosione della base imponibile mediante il *profit shifting*. La proposta è diretta ad introdurre un'imposizione secondo il metodo di ripartizione degli utili.

A parere del Parlamento europeo, il “pacchetto di misure” del 5 ottobre 2015 non garantisce in maniera effettiva e sufficientemente ampia la trasparenza della pubblicazione di informazioni riguardanti l'attività di *business* delle imprese multinazionali, nei diversi Paesi in cui queste operano. Tale trasparenza sarebbe limitata agli scambi di informazione tra Amministrazioni finanziarie. Inoltre, le misure dell'OCSE non sarebbero idonee, secondo il Parlamento europeo, ad assicurare una effettiva *disclosure*, da parte degli Stati, degli accordi fiscali conclusi (c.d. *tax ruling*).

Vi sono poi i fenomeni distorsivi determinati dai regimi fiscali preferenziali applicati ai redditi derivanti dalla proprietà intellettuale (c.d. *patent box*), in relazione ai quali l'OCSE suggerisce di procedere ad una più accurata valutazione.

Secondo quanto si legge nella proposta di risoluzione del 14 ottobre 2015, l'OCSE “tenta di riparare un sistema che non può essere riparato” (secondo una espressione utilizzata da Joseph E. Stiglitz) “poiché insiste sul principio di piena concorrenza che dà luogo ad abusi nella valutazione del prezzo di trasferimento”.

e royalties. Non meno rilevante, sul versante della lotta all'erosione della base imponibile, è l'azione del Gruppo Codice di Condotta sulla tassazione delle imprese comunitarie, istituito nel 1998. Lo stesso Codice potrebbe fornire agli Stati membri linee guida fondamentali per l'implementazione delle misure indicate dall'OCSE.

Secondo il Consiglio dell'UE, è necessario intervenire con l'obiettivo di individuare, a livello UE, soluzioni comuni, condivise e coerenti con le misure BEPS di recente adottate:

- prestando particolare attenzione alle libertà fondamentali sancite dai Trattati;
- supportando gli Stati membri nell'attività di implementazione delle soluzioni di contrasto alla pianificazione fiscale aggressiva, adottate a livello internazionale o che saranno accolte a livello comunitario.

In considerazione del fatto che le opzioni di attuazione delle misure BEPS proposte dall'OCSE si differenziano l'un l'altra, un approccio comune sul piano comunitario si rende opportuno in ragione dell'esigenza di assicurare il buon funzionamento del mercato interno.

A tal fine, secondo il Consiglio dell'UE, l'implementazione mediante direttiva appare lo strumento più adeguato, in quanto in grado di garantire certezza giuridica, proporzionalità e un certo livello di armonizzazione tra gli ordinamenti degli Stati membri (20).

Sulla base di tali considerazioni, il Parlamento europeo ha chiesto alla Commissione europea di consentire agli Stati membri di optare per un'imposizione secondo il metodo della ripartizione degli utili, che permetta di allocare i profitti delle consociate di un medesimo gruppo multinazionale, fra più Paesi. Tale opzione dovrebbe, inoltre, migliorare la trasparenza con riguardo agli accordi fiscali e garantire la pubblicazione delle informazioni relative all'attività di *business* svolta in ciascun Paese, con l'obiettivo di renderle accessibili ai cittadini degli Stati membri.

Soltanto in questo modo, secondo il Parlamento europeo, potrebbe essere assicurato quell'effetto di deterrenza rispetto alla realizzazione di schemi di pianificazione fiscale aggressiva.

(20) In questo modo, il diritto comunitario c.d. *derivato* dovrebbe essere preferito rispetto al c.d. *soft-law*.

Dal punto di vista pratico-applicativo, il Consiglio dell'UE rileva l'opportunità di tenere conto:

- del rapporto sulla tassazione dell'economia digitale (21), pubblicato dal Gruppo di esperti della Commissione europea nel maggio 2014, nonché delle più recenti conclusioni OCSE sull'*Action 1* del *BEPS Action Plan*;
- delle conclusioni dell'OCSE in tema di strumenti ibridi (*Action 2*), CFC (*Action 3*), limiti alla deducibilità degli interessi (*Action 4*), norme anti-abuso (*Action 6*), stabile organizzazione (*Action 7*), *country-by-country reporting* (*Action 13*) (22). Le misure di attuazione, in tali ambiti, non dovrebbero pregiudicare l'applicazione, da parte degli Stati membri, delle norme interne o convenzionali di contrasto all'erosione della base imponibile;
- del fatto che una clausola anti-abuso comune è stata prevista ai fini del *recast* della direttiva c.d. *interessi e royalties*, mentre analoga clausola è già stata inserita nella direttiva c.d. *madre-figlia* (23). Questa, peraltro, è in linea con le conclusioni raggiunte dall'OCSE sull'*Action 6* del *BEPS Action Plan*.

Infine, il Consiglio dell'UE invita la Commissione Europea ad avanzare proposte, tenendo in considerazione l'attività effettuata fino ad oggi e nel rispetto dei *framework* normativi già oggetto di discussione, tra cui la proposta di direttiva in materia di CCCTB.

La Commissione dovrebbe, altresì, riflettere sull'opportunità di migliorare gli strumenti comunitari che consentono un immediato accesso ai dati e alle statistiche sulla tassazione delle imprese, sulla base delle raccomandazioni OCSE formulate con riferimento all'*Action 11* del *BEPS Action Plan*.

(21) Per approfondimenti in tema di economia digitale e misure BEPS cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 2063 ss.; P. VALENTE – G. IANNI – F. ROCCATAGLIATA, *Economia digitale e commercio elettronico. Fiscalità in internet nella gestione d'impresa*, 2015, p. 4 ss.

(22) Per approfondimenti sulle conclusioni dell'OCSE in tema BEPS cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 1939 ss.

(23) Per approfondimenti sulle misure anti-abuso adottate a livello comunitario cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 639 ss.

6. L'ATTUAZIONE DELLE MISURE DI CONTRASTO ALL'EROSIONE DELLA BASE IM-
PONIBILE DA PARTE DELL'ITALIA

6.1 *Il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147*

Le tematiche affrontate a livello OCSE nel contesto del Progetto BEPS, ed avallate dalle istituzioni comunitarie con interventi specifici e raccomandazioni agli Stati membri, hanno offerto alcuni importanti spunti per il Legislatore italiano, in particolare, quello della riforma fiscale in attuazione della Legge Delega del 2014 (Legge 11 marzo 2014, n. 23).

Le misure BEPS, infatti – definite nelle linee generali con il “pacchetto” del 5 ottobre 2015 – non potranno non avere un impatto sull'attività di *business* transfrontaliera delle imprese multinazionali italiane.

Il D.Lgs. n. 147 del 2015, contenente “Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese” (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 220 del 22 settembre 2015 e in vigore dal 7 ottobre 2015), approvato in attuazione della suindicata Legge Delega del 2014, ha introdotto strumenti importanti a sostegno dell'attività internazionale delle imprese.

In tema di accordi preventivi per le imprese con attività internazionale, ad esempio, di cui all'art. 31-ter del D.P.R. n. 600 del 1973, si rileva come il comma 4 (“in base alla normativa comunitaria, l'Amministrazione finanziaria invia copia dell'accordo all'autorità fiscale competente degli Stati di residenza o di stabilimento delle imprese con le quali i contribuenti pongono in essere le relative operazioni”) risponda all'esigenza di adeguare la disciplina italiana interna ai più recenti orientamenti dell'UE in materia di *tax ruling*, espressi, come sopra illustrato, nella proposta di modifica della Direttiva 2011/16/UE sulla cooperazione amministrativa (contenuta nel c.d. *Tax Transparency Package* del 18 marzo 2015).

Sempre con riguardo agli accordi preventivi, si rileva che il comma 2 dell'art. 31-ter del D.P.R. n. 600 del 1973 prevede che qualora l'accordo concluso ai sensi del comma 1 consegua ad altri accordi sottoscritti con le autorità competenti di Stati esteri, a seguito delle procedure amichevoli pre-

viste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, la decorrenza del periodo di validità dell'accordo medesimo non può essere antecedente al periodo d'imposta in corso alla data di presentazione della relativa istanza da parte del contribuente.

Sull'applicazione con efficacia retroattiva dell'accordo preventivo, l'OCSE (24) sottolinea che le questioni oggetto di un APA (*Advance Pricing Agreement*) già concluso potrebbero rilevare con riferimento a periodi di imposta precedenti e non considerati nell'ambito di applicazione temporale dell'APA già concluso (25). Gli studi OCSE denotano che alcuni Paesi consentono il c.d. "roll-back" dell'APA (i.e., applicazione dell'APA con efficacia retroattiva), allorquando vi sia una identità di circostanze ed elementi di fatto, e sempre che una siffatta identità sia adeguatamente verificata. Dal momento che ha la funzione di prevenire o risolvere tempestivamente potenziali controversie in tema di *transfer pricing*, il *roll-back* dell'APA non solo è concettualmente/giuridicamente ammissibile, ma è altresì applicato in alcuni ordinamenti, in ragione della funzione di ottimizzazione delle risorse e di prevenzione/risoluzione delle controversie in materia di *transfer pricing*.

La possibilità di un'applicazione retroattiva dell'accordo preventivo è ammessa e riconosciuta anche dalla Commissione europea nella Comunicazione "on the work of the EU Joint Transfer Pricing Forum in the field of dispute avoidance and resolution procedures and on Guidelines for Advance Pricing

(24) Nel documento dell'OCSE "BEPS Action 14: Make Dispute Resolution Mechanisms More Effective" del 18 dicembre 2014, un APA viene definito come un "arrangement that determines, in advance of controlled transactions, an appropriate set of criteria (e.g. method, comparables and appropriate adjustments thereto, critical assumptions as to future events) for the determination of the transfer pricing for those transactions over a fixed period of time". Un APA, quindi, ha la funzione di disciplinare, dal punto di vista del *transfer pricing*, transazioni *intercompany* che verranno poste in essere successivamente alla conclusione dell'APA medesimo. Per approfondimenti cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 2329 ss.; P. VALENTE, *Manuale del Transfer pricing*, 2015, p. 1801 ss.

(25) Una siffatta situazione potrebbe determinarsi, secondo l'OCSE, allorquando il contribuente non abbia presentato l'istanza APA nei termini con riferimento a un dato (precedente) periodo di imposta, a prescindere dal fatto che una istanza MAP sia stata presentata con riferimento a tale precedente periodo.

Agreements within the EU" del 26 febbraio 2007 (26). Coerentemente con quanto affermato dall'OCSE, il riconoscimento del *roll-back* dell'APA è subordinato alla sussistenza e verifica dell'identità di circostanze e di elementi fattuali. La Commissione precisa altresì che il *roll-back* dell'APA può trovare applicazione soltanto ove consti il consenso del contribuente.

In *compliance* con i più attuali *standards* di trasparenza e scambio di informazioni adottati a livello internazionale e comunitario (Direttiva 2011/16/UE) si pone l'art. 10 del D.Lgs. n. 147 del 2015, il quale, in tema di Paesi c.d. *black list*, prevede l'emanazione di una lista di Stati e territori che consentono un adeguato scambio di informazioni (lista utilizzata soprattutto per quanto concerne il trattamento dei redditi di natura finanziaria percepiti da soggetti non residenti, l'individuazione dei mercati regolamentati, ecc.). Le disposizioni di nuova introduzione sono dirette ad attribuire rilevanza, ai fini dell'emanazione della c.d. *white list* (in attuazione del D.Lgs. n. 239 del 1996), al criterio dell'"adeguato scambio di informazioni".

Il rispetto del diritto comunitario si individua anche nelle disposizioni sulla tassazione in caso di trasferimento all'estero della sede delle società. L'art. 11 del D.Lgs. n. 147 del 2015 inserisce la seguente previsione: "La stessa disposizione si applica al trasferimento, da parte di un'impresa non residente nel territorio dello Stato, di una parte o della totalità degli attivi collegati ad una stabile organizzazione, aventi ad oggetto un'azienda o un ramo d'azienda, verso altro Stato appartenente all'Unione Europea ovvero aderente all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo" la quale completa l'art. 166 del TUIR, ed è in linea con le statuizioni della Corte di Giustizia delle Comunità europee nel caso *National Grid Indus B.V.*, 26 novembre 2011, causa C-371/10, in tema di *exit tax*.

(26) In particolare, la Commissione afferma che il *roll-back* "*should only be a secondary result of the APA and should only be carried out where it is appropriate to the facts of the case. Similar facts and circumstances to those in the APA should have existed for previous periods in order for rollback to be appropriate*".

Sebbene siano molti gli interventi del Legislatore italiano in *compliance* con i più recenti *standards* internazionali e comunitari, alcune aree della fiscalità internazionale, tuttavia, potrebbero richiedere misure specifiche ulteriori.

In primo luogo, rileva la definizione di stabile organizzazione (di cui al vigente art. 162 del TUIR) in ottica anti-elusiva, la quale dovrebbe prendere in considerazione i più recenti modelli di *business* implementati dalle imprese multinazionali (*digitali* e non). La disciplina della stabile organizzazione personale dovrebbe tenere conto, ad esempio, del fatto che, laddove le attività che un soggetto (i.e., un *commissionaire*) svolge in uno Stato implicino la regolare conclusione di contratti da parte dell'impresa estera, quest'ultima ha un "*sufficient taxable nexus*" in quello Stato, a meno che il soggetto/*commissionaire* svolga le suindicate attività quale parte di una propria attività indipendente.

Si dovrebbe, altresì, prevedere che, quando un'impresa suddivide "*a cohesive operating business*" in più operazioni, nessuna delle attività che scaturiscono da siffatta frammentazione può ritenersi avere carattere preparatorio e/o ausiliario. Il suindicato principio dovrebbe trovare applicazione non solo con riguardo alle ipotesi di frammentazione di attività svolte da una medesima impresa in posti diversi, ma altresì per le ipotesi di frammentazione di attività esercitate da più imprese correlate, in luoghi differenti o nel medesimo luogo.

In tema di *transfer pricing*, dovrebbero essere oggetto di attenzione le modalità pratico-applicative di determinazione dei prezzi di trasferimento delle transazioni *intercompany* aventi ad oggetto i beni intangibili e i c.d. "servizi a basso valore aggiunto", di cui alle più recenti indicazioni contenute nelle *Transfer Pricing Guidelines* dell'OCSE. Sebbene queste ultime non necessitino di una normativa nazionale di implementazione, potrebbe essere utile, per le imprese multinazionali, disporre di linee guida specifiche a carattere pratico-applicativo.

Le procedure amichevoli e arbitrali per la composizione delle controversie internazionali tra Stati, disciplinate dall'ordinamento italiano convenzionale e dalla prassi amministrativa (Circolare n. 21/E dell'Agenzia delle Entrate del 5 giugno 2012), dovrebbero divenire uno strumento efficace per il contrasto al fenomeno della doppia imposizione. La previsione di forme di obbligatorietà

quanto al raggiungimento dell'accordo da parte delle Amministrazioni finanziarie coinvolte, oggi non contemplate dalla stragrande maggioranza delle convenzioni bilaterali italiane vigenti, potrebbe garantire siffatta effettività.

Infine, per una più incisiva ed efficace lotta al fenomeno dell'erosione della base imponibile, dovrebbero essere compiutamente disciplinati gli obblighi di *disclosure* con riferimento agli schemi di pianificazione fiscale aggressiva. In particolare, tali obblighi di *disclosure* potrebbero:

- essere previsti a carico del contribuente e/o dei suoi consulenti;
- essere coordinati, mediante l'individuazione di apposite limitazioni, con il requisito della confidenzialità;
- essere resi effettivi mediante la previsione di apposite sanzioni.

6.2 La documentazione nel transfer pricing e le previsioni della Legge di Stabilità 2016

Il *transfer pricing*, a parere dell'OCSE, rappresenta la materia nel cui ambito sono diverse le opportunità offerte alle imprese multinazionali per lo spostamento "artificioso" dei profitti in giurisdizioni a fiscalità più favorevole. Al fine di contrastare siffatte pratiche evasive, l'OCSE, nel contesto del Progetto BEPS, ha evidenziato la necessità di predisporre tre documenti (27):

- il *Masterfile*, il quale dovrà fornire un'*overview* del gruppo multinazionale a livello globale, illustrando le politiche di *transfer pricing* di gruppo, i vari *agreements* tra le società del gruppo, l'allocazione degli *intangibles* e dei profitti;
- il *Local File*, il quale dovrà riportare specifiche informazioni in merito alle transazioni infragruppo con particolare riferimento alla società "locale" cui si riferisce;

(27) Per approfondimenti sulle considerazioni dell'OCSE in tema di documentazione nel *transfer pricing* cfr. P. VALENTE, *Elusione Fiscale Internazionale*, 2014, p. 1386 ss.; P. VALENTE, *Manuale del Transfer pricing*, 2015, p. 799 ss.

- il *Country-by-Country Report*, il quale dovrà contenere una serie di informazioni relative all'allocazione globale del reddito, alle imposte pagate e a determinati indicatori economici che consentano all'Amministrazione finanziaria di valutare eventuali rischi di *transfer pricing* nonché di identificare ulteriori questioni connesse al BEPS. È fondamentale sottolineare come tale documento non possa essere utilizzato dall'Amministrazione finanziaria per eventuali *transfer pricing adjustments*, i quali dovranno necessariamente fondarsi su specifiche analisi funzionali e di comparabilità, in linea con la prassi internazionale in materia di prezzi di trasferimento.

In *compliance* con le indicazioni OCSE sul *Country-by-Country Report*, la Legge di Stabilità 2016, approvata definitivamente dal Senato della Repubblica in data 22 dicembre 2015, introduce nell'ordinamento italiano specifici obblighi di rendicontazione a carico delle imprese. In particolare, il comma 145 affida a un Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze il compito di fissare le condizioni affinché le società controllanti, che presentano determinati requisiti geografici e di fatturato, trasmettano all'Agenzia delle Entrate una specifica rendicontazione, Paese per Paese relativa a ricavi e utili, imposte pagate e maturate, nonché ad altri elementi indicatori di una attività economica effettiva (28).

Il comma 146 estende l'obbligo di rendicontazione anche alle società controllate residenti in Italia, se la controllante che è tenuta a redigere il bilancio consolidato è residente in un Paese che non prevede il *Country-by-Country Reporting* (29).

(28) La mancata presentazione di detta rendicontazione ovvero l'invio di dati incompleti comporta una sanzione pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro.

(29) Il comma 70-*octies* della Legge di Stabilità 2016 affida a un Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze il compito di stabilire i criteri per la raccolta delle informazioni su acquisti di beni e prestazioni di servizi ricevute da soggetti residenti all'estero, necessari a presidiare adeguatamente il contrasto all'evasione fiscale. Infine, è demandato a un provvedimento dell'Agenzia delle Entrate il compito di definire le modalità tecniche di applicazione della predetta norma e di sopprimere le eventuali duplicazioni di adempimenti già esistenti.