



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE ED AZIENDALI
"M.FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO, INTERNAZIONALE E
COMUNITARIO**

CORSO DI LAUREA MAGISTRALE IN ECONOMIA E DIRITTO

TESI DI LAUREA

**"LE LINEE GUIDA OCSE SUI PREZZI DI TRASFERIMENTO
NELL'ERA POST-BEPS"**

RELATORE:

CH.MO PROF. MARCELLO POGGIOLI

LAUREANDO: GREGORIO PIRAN

MATRICOLA N. 1105298

ANNO ACCADEMICO 2015 – 2016

Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

RINGRAZIAMENTI

Un primo ringraziamento va ai miei genitori e alla mia famiglia per il supporto che mi hanno sempre dato in tutti questi anni: senza di voi, non sarei arrivato a questo punto.

Ringrazio poi tutti gli amici, forti spalle su cui appoggiarsi negli inciampi e fune di traino nelle difficoltà: spero di avervi dato almeno la metà di ciò che avete donato a me.

Un ringraziamento particolare a Giulia ed Erika per il recente presente: voi sapete il perché.

INDICE

Introduzione.....	I
Capitolo Primo – Prezzi di trasferimento e Linee Guida OCSE	1
1.1 - Breve storia delle Linee Guida e del loro rapporto con la normativa nazionale.....	1
1.2 - La globalizzazione e il cambiamento dei mercati: alle radici del "problema BEPS"	6
1.2.1 - La crisi della fiscalità internazionale e dell' <i>arm's length principle</i>	8
1.2.2 - Le ragioni del cambiamento.....	15
Capitolo Secondo – Il “Progetto BEPS”	24
2.1 - Evidenze di BEPS	24
2.2 - Tratti distintivi del “Progetto BEPS”	35
2.3 - I 15 <i>Action plan</i>	42
2.3.1 - Mirare alle sfide fiscali dell’economia digitale (Action 1)	45
2.3.2 - Neutralizzare gli effetti degli Hybrid Mismatch Arrangements (Action 2).....	47
2.3.3 - Disegnare delle efficaci regole sulle <i>Controlled Foreign Companies</i> (Action 3).50	
2.3.4 - Limitare l’erosione di base imponibile attraverso deduzione di interessi ed altri pagamenti finanziari (Action 4).....	53
2.3.5 - Contrastare le pratiche fiscali dannose in modo più efficace, considerando la trasparenza e la sostanza (Action 5)	55
2.3.6 - Prevenire di garantire i benefici dei trattati in circostanze ingiustificate (Action 6)	57
2.3.7 - Prevenire l’elusione artificiale dello status di stabile organizzazione (Action 7) .59	
2.3.8 - Misurare e monitorare BEPS (Action 11).....	61
2.3.9 - Regole di divulgazione obbligatoria (Action 12).....	63
2.3.10 - Rendere più efficaci i meccanismi di risoluzione delle controversie (Action 14)	64
2.3.11 - Sviluppare uno strumento multilaterale per modificare i trattati fiscali bilaterali (Action 15).....	66
Capitolo Terzo – L’ <i>Action Item 8-10</i> sui prezzi di trasferimento.....	69
3.1 – Modifiche al Capitolo I “Guida per l’applicazione dell’ <i>arm's length principle</i> ” – Analisi comparativa.....	71
3.2 – Modifiche al Capitolo II “Operazioni sulle materie prime” – Aggiunte al capitolo ...	84
3.3 – Modifiche al Capitolo VI “Beni immateriali” – Analisi comparativa.....	86
3.4 – Modifiche al Capitolo VII “Servizi a basso valore aggiunto” – Analisi comparativa	98
3.5 – Modifiche al Capitolo VIII “Accordi di ripartizione dei costi” – Analisi comparativa	109
3.6 - Guida sul <i>Transactional Profit Split Method</i>	118
Capitolo Quarto – L’ <i>Action Item 13</i> in materia di oneri documentali.....	120
4.1 – Modifiche al Capitolo V “Documentazione” – Analisi comparativa.....	120
4.1.1 - Il <i>Master File</i>	138
4.1.2 - Il <i>Local File</i>	141
4.1.3 - Il <i>Country-by-Country Report</i>	142
Capitolo Quinto – L’orizzonte evolutivo nell’era post-BEPS: osservazioni conclusive	148
Bibliografia.....	157
Dottrina.....	157
Altra documentazione.....	163

Introduzione

"Recently, more and more enterprises organized abroad by American firms have arranged their corporate structures - aided by artificial arrangements between parent and subsidiaries regarding intercompany pricing, the transfer of patent licensing rights, the shifting of management fees, and similar practices which maximize the accumulation of profits in the tax haven - so as to exploit the multiplicity of foreign tax systems and international arrangements in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities both at home and abroad".

Si potrebbero forse ingannare i più presentando la frase qui sopra riportata come uno dei discorsi di apertura dei lavori sul "Progetto BEPS¹" in sede OCSE; ed invero di un discorso effettivamente si tratta, rivolto tuttavia dal presidente americano John Fitzgerald Kennedy al Congresso in un messaggio speciale sulla fiscalità il 20 aprile 1961²³.

Ugualmente attuali sono i successivi passaggi del citato documento che fanno appello alla "coscienza" del Congresso nell'accettare una riforma volta a garantire un allargamento della base imponibile insieme ad una rivisitazione delle aliquote applicate. A supporto della sua proposta, il presidente porta la consapevolezza che quegli obiettivi sono "condivisi e fortemente desiderati dai cittadini americani", i quali risultano essere "preoccupati dalla presenza di così tanti strumenti di risparmio fiscale che interferiscono con le decisioni delle imprese".

Con una capacità di sintesi invidiabile e parimenti una consapevolezza che non si può non definire estremamente moderna, Kennedy riconosceva già nel 1961 le vaste implicazioni di equità insite negli aspetti fiscali internazionali, asserendo che "quando ad un contribuente è permesso di pagare meno del dovuto, ad un altro deve essere richiesto di pagare di più".

Tra le soluzioni proposte dall'allora presidente vi era quella di porre un freno al fenomeno del cosiddetto *tax deferral*⁴ che ancora oggi riveste un ruolo primario tra le ragioni che hanno spinto l'OCSE ed il G20 ad intraprendere con forza il Progetto BEPS. Sebbene tale fattispecie coinvolga in via principale le multinazionali e soprattutto quelle americane⁵ in virtù dei meccanismi fiscali di cui si darà contezza nel prosieguo del presente lavoro, non sono escluse

¹ Nel seguito del lavoro, la sigla BEPS verrà spesso utilizzata in luogo della locuzione "erosione di base imponibile e spostamento di profitti".

² Kennedy J.F., *Special Message to the Congress on Taxation* (20 Aprile 1961), in www.presidency.ucsb.edu.

³ Tutte le citazioni dei testi in lingua inglese presenti nella bibliografia del presente lavoro sono state da me tradotte in lingua italiana ed ogni eventuale errore di traduzione è imputabile a me soltanto.

⁴ La definizione recita che il termine "differimento d'imposizione" fa riferimento a redditi su investimenti come interessi, dividendi o *capital gains* che si accumulano privi di imposizione finché l'investitore non li preleva e ne prende possesso. Fonte: www.investopedia.com

⁵ Nel corso del presente lavoro si farà spesso e principalmente riferimento alle multinazionali americane nel trattare le tematiche fiscali. Questo non inficia in alcun modo l'estendibilità del ragionamento alle imprese di altre zone del mondo.

da essa anche imprese europee ed italiane, grazie agli effetti livellatori che la globalizzazione ha avuto sui mercati economici e sulla struttura organizzativa delle imprese.

Quello che differenzia l'approccio allora suggerito da Kennedy dalle previsioni contenute nella recente riforma operata dal Progetto BEPS è la prospettiva adottata. Schiavo dei suoi tempi, il presidente americano aveva una visione del problema Stato-centrica e mirava ad una riforma del diritto interno; oggi, invece, la volontà espressa dal G20 è stata di affrontare un problema globale sedendo attorno ad un tavolo tutti i principali attori, e non solo istituzionali.

Il differimento dell'imposizione evidenziato nel discorso citato non è tuttavia l'unico problema, né il maggiore di essi. Si vedrà nelle successive parti del presente lavoro come la reazione delle multinazionali all'evoluzione in senso globale dei mercati abbia comportato, in numerosi casi, la ricerca di minimizzare anche i carichi di imposte assieme agli altri costi di gestione, e le modalità ideate mostrano una invidiabile fantasia.

L'obiettivo è quello di fornire, nella parte iniziale, una visione storica delle Linee Guida come oggi le conosciamo, sottolineando perché esse rivestano un'importanza notevole nel contesto internazionale, facendo seguire una panoramica delle questioni che sono alla radice dei problemi di BEPS e della crisi dell'attuale sistema di fiscalità internazionale.

Il capitolo successivo conterrà dapprima una sezione dedicata all'analisi dell'attuale condizione dei mercati globali, dell'atteggiamento delle grandi imprese nei confronti degli aspetti fiscali e delle risposte che la comunità internazionale ha cercato di dare nel corso di questi ultimi anni. L'importanza di comprendere tali dinamiche è legata alla considerazione, riportata dalla stessa OCSE all'interno dell'*Action 11*, che “analisi empiriche indicano che BEPS colpiscono negativamente la concorrenza tra le imprese, i livelli e l'allocazione del debito, la localizzazione degli investimenti in beni immateriali ed hanno ricadute fiscali tra i Paesi, causando un inefficiente spreco di risorse nell'ideazione di sistemi di pianificazione fiscale⁶”. Si continuerà cercando di mettere in luce una breve storia dello sviluppo del Progetto BEPS ed una analisi dei diversi *Action Plan* con lo scopo sia di fornire una visione d'insieme del lavoro compiuto dall'OCSE, strumentale ad una conoscenza generale della portata dei provvedimenti ivi contenuti, sia di iniziare ad approfondire il contesto delle tematiche che poi verranno riprese nei successivi capitoli volti ad entrare con decisione all'interno di due dei quindici elementi che costituiscono il risultato del Progetto BEPS.

Il terzo ed il quarto capitolo saranno poi dedicati all'approfondimento di due specifici *Action Plan*, rispettivamente l'*Action 8-10 “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”* e l'*Action 13 “Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting”*. Le ragioni che hanno spinto ad approfondire l'analisi del primo sono duplici: un

⁶ OECD. 2015j, pag. 16

primo motivo è senz'altro la crescente importanza dei beni intangibili, oggetto di approfondimento all'interno dello stesso, nelle considerazioni sui prezzi di trasferimento e nella creazione di valore; il secondo è la rilevanza che le politiche di *transfer pricing* di un'impresa assumono alla luce della creazione di filiere produttive globali che contraddistinguono le multinazionali al giorno d'oggi.

La volontà di approfondire lo studio dell'*Action 13*, invece, è legata alla sostanziale novità delle materie trattate; si vedrà infatti che la riforma operata in seno al progetto BEPS ha ampliato in modo sensibile lo spettro di documenti richiesti alle imprese per informare le amministrazioni finanziarie delle proprie operazioni infragruppo, aggiungendo il modello di *Country-by-Country Reporting*, mentre ha operato una standardizzazione per quanto riguarda i restanti due modelli già originariamente previsti dalla prassi internazionale.

Si riuscirà a dimostrare, sulla scorta degli apporti al lavoro OCSE da parte di dottrina ed operatori economici, come le riforme siano state importanti e pervasive, come era nell'intento iniziale dell'Organizzazione, ma non hanno operato alcuno stravolgimento radicale delle raccomandazioni previgenti, e ciò non solo in forza delle pressioni esercitate dagli operatori economici che hanno fatto valere in tutte le sedi possibili i propri punti di vista, ma anche della consapevolezza che la dinamicità dei mercati contemporanei fa sì che non vi possa essere certezza della tenuta di alcun sistema di fronte alla apparente illimitata fantasia delle multinazionali nella pianificazione fiscale, rendendo rischioso lasciare una strada conosciuta per intraprenderne una nuova ma con un livello di rischio parimenti elevato.

L'OCSE ha quindi deciso di salvaguardare quanto di buono presente all'interno delle Linee Guida, operando invece una modifica di quelle parti che alla luce dei problemi esistenti avevano messo in luce alcune lacune; il risultato è un testo molto più dettagliato nelle proprie indicazioni ma anche più attento alle esigenze delle imprese multinazionali in materia di protezione dei dati sensibili e di contenimento dei costi per l'ottemperanza ad obblighi di *reporting*.

Capitolo Primo – Prezzi di trasferimento e Linee Guida OCSE

1.1 - Breve storia delle Linee Guida e del loro rapporto con la normativa nazionale

Sebbene la nascita dell'attuale sistema di fiscalità internazionale basato sull'*arm's length principle* di derivazione OCSE sia da rintracciarsi nei lavori della Lega delle Nazioni alla conclusione della Prima Guerra Mondiale, secondo Koomen (2015a) è possibile ritrovare anche antecedentemente un qualche schema comune scelto dai Paesi allora più economicamente avanzati per la ripartizione dei carichi impositivi.

Tali meccanismi non erano però frutto di un lavoro operato da un'organizzazione internazionale, ma il semplice risultato di accordi tra le giurisdizioni interne agli Stati federali o tra Stati sovrani tra cui vi fossero stretti legami di alleanza.

Lo slancio definitivo a quello che sarebbe diventato l'attuale impianto della fiscalità internazionale venne, come detto, successivamente alla Grande Guerra quando la necessità di ripianare le ingenti spese sostenute per il conflitto portò ad un rialzo delle aliquote fiscali. È allora che Paesi come gli Stati Uniti iniziano a concentrarsi sul problema dell'allocazione dei profitti commerciali: il primo atto normativo in tal senso risale al 1921 ed aveva lo scopo di "effettuare una accurata distribuzione o divisione dei ricavi, profitti, redditi, deduzioni o capitale⁷" tra imprese i cui commerci o le cui attività fossero tra loro correlate, mentre l'esplicito riferimento ai gruppi multinazionali compare nella legislazione americana solo a partire dal 1928.

L'economia del tempo era prevalentemente di carattere industriale, un panorama in cui la prassi era quella di ritrovare una stabile organizzazione consistente in uno stabilimento produttivo secondario localizzato in un Paese diverso, mentre la sede direzionale del gruppo rimaneva chiaramente identificata nello stabilimento principale di origine della (neonata) multinazionale. Non sorprende che di fronte ad una scena di questo tipo, la scelta operata dalla comunità internazionale sia stata quella di dare importanza al principio di residenza, strutturando un sistema in base al quale all'impresa localizzata nella giurisdizione estera spettasse una compensazione adeguata per il servizio reso (oggi si direbbe, alla luce soprattutto dei recenti interventi in ambito di BEPS, per le funzioni svolte) mentre tutti i profitti residuali dovessero essere soggetti ad imposizione in campo alla capogruppo.

Il primo riferimento esplicito al concetto *arm's length* come mezzo di valutazione della rispondenza delle transazioni poste in essere a validi criteri economici risale alla legislazione americana del 1934, mentre a livello internazionale esso si rintraccia per la prima volta nel

⁷ Revenue Act del 1921 in Koomen, 2015a, pag. 142

“modello di convenzione sull’allocazione dei profitti d’impresa” del 1935⁸, i cui articoli 3 e 5 hanno funto da basi per gli attuali articoli 7 e 9 del modello di convenzione contro le doppie imposizioni relativi rispettivamente ai redditi d’impresa ed alle imprese consociate.

Vale la pena soffermarsi brevemente su un aspetto che sebbene non direttamente incidente sul presente lavoro, è utile a chiarire il contesto all’interno del quale ha iniziato a svilupparsi la fiscalità internazionale come oggi la conosciamo; si è appena visto come gli Stati Uniti abbiano sin da subito assunto un ruolo di leader, dovuto alla loro posizione di economia prevalente gli esiti della guerra. È stata dunque la giurisprudenza americana la prima a doversi confrontare con i neonati principi, ritenendo rispettato il concetto di prezzo *arm’s length* quando esso fosse definibile come “equo e ragionevole”. È solo dopo la Seconda Guerra Mondiale che la nozione di comparabilità fa la sua comparsa, in uno scenario economico radicalmente diverso in cui gli Stati Uniti sono il primo esportatore di capitali al mondo e la necessità di porre un freno a comportamenti volti a sottrarre i redditi all’imposizione americana mediante lo spostamento degli stessi verso Paesi a ridotta fiscalità mediante gli strumenti, ad esempio, della licenza di un brevetto ad un’impresa affiliata, ha comportato una stretta sui contorni della disciplina. Mentre, infatti, il concetto di equità e ragionevolezza è soggetto ad una ampia discrezionalità in sede sia di prima applicazione che di eventuale giudizio, la necessità di reperire imprese comparabili all’esito di una effettiva analisi economica garantiva che i risultati fossero meno esposti a variabilità e quindi più controllabili e verificabili nel tempo.

È del 1968 la legge americana che introduce definitivamente la necessità di effettuare un’analisi di comparabilità con il comportamento tenuto in transazioni avvenute tra soggetti indipendenti⁹, ma in modo simile a quanto si vedrà essere emerso a seguito dei lavori al Progetto BEPS essa conteneva anche la possibilità per l’amministrazione o il giudice di utilizzare anche metodi diversi.

Come sottolinea la dottrina e già ribadito poc’anzi, la leadership degli Stati Uniti è da ascrivere al loro ruolo di economia trainante tra quelle “occidentali”; questo fattore è stato determinante nel processo di sviluppo della fiscalità internazionale e soprattutto nell’affermarsi del principio di residenza su quello della fonte, poiché ciò garantiva una certa

⁸ Koomen, 2015a, pag. 142

⁹ In un sistema internazionale che andava sempre più definendosi come predecessore di quello moderno nei suoi principi, notano Avi-Yonah et al. (2009) come nel 1962 il Congresso americano abbia comunque valutato la possibilità di introdurre un sistema di *formulary apportionment*, che gli autori vedono come concreta possibilità da vagliare nel prossimo futuro per risolvere gli attuali problemi della fiscalità, segno di come anche nell’ambito fiscale i corsi e ricorsi della storia portino in evidenza, di volta in volta, più o meno sempre le stesse teorie, pur ripresentate con gli opportuni aggiustamenti che le mutate condizioni dell’economia possono richiedere.

stabilità ai “progetti di espansione economica di alcuni Stati, in particolare ed essenzialmente, gli Stati Uniti d’America”¹⁰.

Sul solco tracciato dagli Stati Uniti si è mossa, a partire dal 1948, la neonata OCSE, la quale già nel 1963 ha emanato il primo modello di convenzione bilaterale che ricalcava, come detto, le previsioni della legislazione americana.

Per avere un documento assimilabile alle raccomandazioni attualmente esistenti si è dovuto attendere, tuttavia, fino al 1979, quando le Linee Guida sui prezzi di trasferimento hanno iniziato ad assumere la forma ad oggi a noi nota, ricalcando in modo consistente la legislazione americana in vigore dal 1968, di cui si è poc’anzi data una breve descrizione; mancava in entrambi i sistemi un chiaro riferimento alla necessità di accordi contrattuali espressi tra imprese consociate, mentre erano previsti tre diversi metodi per approcciare il *transfer pricing*, tutti basati sulla comparazione con operazioni praticate tra soggetti indipendenti. Una differenza messa in luce da Koomen (2015a) riguarda la maggiore enfasi che il documento OCSE poneva sulla necessità di effettuare una analisi funzionale dettagliata per ottenere la maggiore comparabilità possibile, visto che era esclusa la possibilità di applicare metodi di ripartizione diversi da quelli previsti dalle medesime raccomandazioni.

A seguito della prima emanazione delle *Transfer Pricing Guidelines*¹¹, vi sono stati numerosi interventi da parte dell’Organizzazione internazionale per modificare i contorni del sistema di fiscalità internazionale, che hanno però giocato su tre diversi fronti; alle revisioni del testo delle Linee Guida si sono infatti affiancate quelle del modello di convenzione o del relativo commentario. Sebbene una piena comprensione dello *status quo* richieda di approfondire tutti e tre i filoni, ciò esula dallo scopo del presente lavoro che mira ad un confronto puntuale tra le TPG nella loro versione del 2010 e quella risultante a seguito degli interventi in seno al Progetto BEPS.

La versione del 1979 delle raccomandazioni è sopravvissuta fino al 1995, quando l’OCSE ha optato per allineare le proprie disposizioni alla legislazione americana di fresca emanazione (1994) allargando la platea dei metodi disponibili agli operatori economici dai tre

¹⁰ Fransoni, 2015, pag. 127. In questa fase embrionale la scelta operata dalla Lega delle Nazioni di affidarsi ad un modello di imposizione basato sull’imposta “personale” e non ad un’imposta “reale” ha giocato un ruolo di prim’ordine. Un approfondimento di questa distinzione esula dallo scopo del presente lavoro. Si segnala, tuttavia, che se allora ci si fosse rivolti verso un sistema fondato sulla creazione del valore e sullo svolgimento di attività economicamente rilevanti e legato dalla residenza dell’impresa, forse non si assisterebbe al dibattito attuale sull’opportunità e sul metodo di imposizione dei profitti conseguiti dalle imprese attive nel mondo dell’economia digitale, poiché un sistema di imposte reale “tende ad attrarre nello Stato diverso da quello di residenza una quota di reddito tendenzialmente molto significativa”.

¹¹ È in realtà improprio definire in questo modo il documento del 1979, poiché esso recava il nome di “*Transfer Pricing and Multinational Enterprises*”, tuttavia si è scelto per ragioni di semplicità espositiva di considerare equivalenti i due titoli.

tradizionali¹² ai due metodi cosiddetti reddituali, ovvero il *Profit Split* ed il *Transactional Net Margin Method*, come metodi di “ultima istanza”, che divenivano più semplici da utilizzare rispetto agli anni passati per la maggiore disponibilità di informazioni su soggetti comparabili. Queste modifiche hanno anche comportato l’ingresso per la prima volta della contrattualistica infragruppo nelle considerazioni dell’Organizzazione, così come sono stati introdotti gli oneri documentali per la cui trattazione si rimanda al capitolo appositamente dedicato all’approfondimento dell’*Action 13*. Fa inoltre la sua comparsa per la prima volta il principio di prevalenza della sostanza sulla forma, che oggi ha assunto ancora maggior peso all’interno delle dinamiche internazionali: mentre la versione del 1995, infatti, raccomandava alle amministrazioni finanziarie di non disconoscere la transazione nella forma scelta dalle parti se non a condizione che o i) sostanza e forma non coincidessero o ii) l’operazione apparisse economicamente irrazionale o mirata ad impedire una corretta valutazione da parte delle amministrazioni¹³, il testo oggi in vigore modifica la seconda delle due condizioni appena esposte, richiedendo qualcosa di più della semplice razionalità dell’operazione, ovvero che il comportamento tenuto dall’impresa possa essere potenzialmente riscontrato anche nell’operare di imprese tra loro indipendenti, di fatto rafforzando la necessità di effettuare analisi funzionali sempre più precise e dettagliate.

La modifica intervenuta nel 2010, l’ultima prima del recentissimo Progetto BEPS, ha proseguito nel senso indicato dalle precedenti; la guida sulle riorganizzazioni dell’attività contenuta nel capitolo IX contiene infatti un riferimento agli accordi contrattuali come base di partenza per capire quale delle parti coinvolte in una operazione ne supporti i rischi che, si vedrà, costituiscono oggi un primo ed importante elemento da utilizzare nel determinare il giusto prezzo di trasferimento in una transazione tra parti correlate. È stato inoltre completato il processo di equiparazione dei metodi reddituali a quelli tradizionali, poiché è stata eliminata la gerarchia che ne inibiva l’utilizzo se non erano preventivamente stati esperiti tutti i tentativi di applicare i primi tre metodi; questo perché, con il crescere della disponibilità di banche dati ed informazioni a basso costo, è divenuto molto più rapido ed economico tanto per i contribuenti quanto per le amministrazioni estrarre quei dati necessari a costruire una analisi dei prezzi di trasferimento fondata su una ripartizione dei profitti o dei margini conseguiti.

La modifica da ultimo intervenuta a seguito della definitiva approvazione dell’esito dei lavori al Progetto BEPS a maggio 2016 va nel senso di sfruttare ancora di più la massa di informazioni oggi a disposizione degli operatori economici in funzione della possibilità di raggiungere un grado di dettaglio e di precisione nelle analisi che sarebbe stato impossibile

¹² Essi sono *Comparable Uncontrolled Price (CUP)*, *Cost Plus Method (CPM)* e *Resale Minus Method (RMM)*

¹³ Paragrafo 1.37 delle Linee Guida del 1995

solo qualche decennio addietro. Chi si aspettava che l'OCSE operasse uno stravolgimento del sistema in vigore è sicuramente rimasto deluso poiché le novità apportate sono sì numerose, ma si collocano nondimeno all'interno del medesimo schema già visto, che risulta in ogni caso potenziato nelle lacune che dimostrava di avere di fronte al comportamento spesso spregiudicato di alcune imprese multinazionali.

Si rimanda ai successivi capitoli per una dettagliata disamina dei contenuti del lavoro dell'OCSE, ma preme qui sottolineare quali siano state le direttive all'interno delle quali si è mossa l'Organizzazione per compiere il proprio lavoro. Il fine ultimo del Progetto BEPS è quello di ridurre le possibilità per le imprese multinazionali di utilizzare la localizzazione delle proprie consociate o le transazioni tra le stesse al fine di ridurre l'ammontare di imposte dovute in ciascun Paese in cui esse si trovino ad operare. Le modalità per raggiungere lo scopo passano attraverso una maggiore trasparenza delle informazioni sottostanti ad una operazione, una maggiore coerenza delle regole nelle giurisdizioni coinvolte ed una più chiara definizione degli aspetti sostanziali di un'operazione, onde ridurre i casi in cui il contribuente riesca a superare controlli ed accertamenti sfruttando delle ambiguità presenti all'interno delle stesse raccomandazioni OCSE.

Una volta chiarita la genesi delle Linee Guida OCSE sui prezzi di trasferimento, è bene interrogarsi sul rapporto che intercorre tra le stesse e la legislazione nazionale dei diversi Paesi e sul perché un loro esame approfondito sia opportuno.

Con riferimento al primo spetto, va notato come esse non costituiscano una normativa vincolante, nemmeno per i Paesi membri dell'OCSE che pure sono i promotori (insieme agli altri membri del G20) del recente progetto di riforma. Essendo infatti l'OCSE un organismo sovra-nazionale, i documenti da essa emanati possono al più fungere da indirizzo per i legislatori nazionali; si potrebbe definire l'Organizzazione come un super-consulente dei governi, ai quali comunque compete l'ultima parola in merito alle scelte da intraprendere.

Le linee Guida costituiscono pertanto un esempio di quella che la dottrina definisce *soft law*, ovvero un atto normativo privo di efficacia vincolante nei confronti dei soggetti cui è diretto, per contrapporla alla *hard law* che invece vincola il destinatario ad adottare un determinato comportamento che, se disatteso, provoca l'erogazione di una sanzione.

Se è vero che non vi è alcun obbligo cogente da parte degli Stati di conformarsi alle raccomandazioni promulgate dall'OCSE, lo è altrettanto che una certa forma di potere le TPG lo esercitano ugualmente, sia per il *commitment* da parte dei governi a dar seguito alle azioni intraprese da parte di un'organizzazione di cui sono membri e alle cui decisioni contribuiscono attivamente, sia per il peso che un soggetto dotato di una credibilità pari a quella dell'OCSE esercita agli occhi della comunità internazionale.

Le Linee Guida fungono dunque da orientamento dei legislatori nazionali nel dar forma alla propria disciplina interna, che deve trarre ispirazione dai principi contenuti in esse, e anche dei giudici che siano incaricati di dirimere controversie aventi ad oggetto la determinazione di prezzi di trasferimento infragruppo. Spesso è la stessa amministrazione finanziaria nazionale a chiarire, attraverso i documenti di prassi da essa elaborati, come il riferimento da essa adottato siano le *best practice* emerse in ambito internazionale, rimandando di fatto il contribuente alle stesse nell'orientare il proprio comportamento.

Da quanto appena discusso si ricava la risposta al secondo interrogativo circa la ragione di un esame approfondito delle *Transfer Pricing Guidelines*.

Se si eccettuano i casi di pochi Paesi che provvedono a recepire integralmente il testo delle raccomandazioni OCSE, su tutti il Regno Unito che ha proceduto ad inserire nel Corporate Taxation Act del 2010 un rinvio alle stesse, per i quali la coerenza e la sostenibilità del sistema pensato in ambito internazionale diviene cruciale, per tutti gli altri Stati l'importanza è non meno primaria; trattandosi di un documento elaborato in modo condiviso su scala pressoché globale, un suo utilizzo (anche indiretto) come riferimento nel trattare i casi di *transfer pricing* assicura un ambiente competitivo moderno alle imprese, fattore molto caro ai governi che sono oggi costantemente in cerca di espandere la raccolta di imposte, e consente alle imprese di risparmiare sui costi di adeguamento a normative di volta in volta differenti nei diversi Paesi in cui svolgono la propria attività.

1.2 - La globalizzazione e il cambiamento dei mercati: alle radici del "problema BEPS"

Dopo la lettura del discorso del presidente Kennedy citato in apertura del presente lavoro è impossibile negare che già cinquant'anni fa ci si fosse accorti che "in alcuni casi, il differimento di imposta ha reso possibile una posticipazione indefinita dell'imposizione", con evidenti danni non solo per le casse degli Stati ma anche per la competitività del mercato, poiché questo "fornisce un vantaggio fiscale alle imprese che operano attraverso controllate estere che non è ottenibile dalle imprese meramente domestiche"¹⁴. Un esempio su tutti, che verrà tuttavia approfondito nel corso della successiva sezione dedicata alle evidenze di BEPS, è l'operato del colosso dell'*information technology* Google che, tramite una controllata domiciliata presso la casella postale numero 666 di un ufficio postale di Hamilton, nelle Isole

¹⁴ Kennedy J.F., *Special Message to the Congress on Taxation* (20 Aprile 1961), in www.presidency.ucsb.edu

Bermuda¹⁵, costituita come società trasparente e priva di uffici o dipendenti, sposta annualmente ingenti profitti che giungono nel paradiso tropicale riuscendo, per usare le parole di un Kennedy quasi premonitore, a "ridurre se non completamente eliminare l'imposizione fiscale sia nel Paese che all'estero".

In un periodo di crisi come quello che ha caratterizzato l'ultimo decennio, l'opinione pubblica si è fatta molto più attenta alle ingiustizie dei sistemi impositivi, vedendo sempre meno di buon occhio il fatto che importanti imprese come Starbucks e Apple (ma potrebbe tranquillamente aggiungersi la citata Google) "non paghino virtualmente alcuna imposta sui propri immensi profitti internazionali¹⁶". Il risentimento dei cittadini verso le ingiustizie fiscali è raccolto anche da altri autori, come Gallo (2013, pag. 327) che rileva come vi sia tra i contribuenti "il sospetto che altri più rapaci e più spietati sfruttino con maggiore efficacia le zone d'ombra delle regole per trarne vantaggi personali; il sospetto che i più ricchi finiscano per ottenere vantaggi più grandi, senza contribuire alla crescita".

Se sorprende il fatto che le radici del problema sull'erosione di base imponibile e spostamento dei profitti fossero già profonde e solide ad inizio anni Sessanta e si sia giunti solo ora ad una apparentemente decisa presa di posizione i cui eventuali effetti positivi saranno tuttavia evidenti solo dai prossimi anni, aggiunge ulteriore preoccupazione per il ritardo con cui ci si è mossi il fatto che già agli inizi del ventesimo secolo l'economista americano Edwin Seligman¹⁷ abbia afferrato, seppur usando termini che inevitabilmente risentono del contesto storico e politico del tempo, i contorni dei problemi che avrebbe creato la globalizzazione del mondo economico, affermando che "oggi non solo il medesimo capitalista investe in diverse imprese, [...] ma la vecchia unità geografica è stata dissolta e non c'è necessaria connessione tra il luogo di residenza del capitalista ed il luogo in cui il suo capitale è impiegato".

Queste parole spingono a ritornare per un momento al citato *tax deferral*, per il quale è opportuno precisare come tale meccanismo che tanti problemi sta oggi creando sia nato, in realtà, con le più nobili finalità: i suoi albori risalgono infatti al secondo dopoguerra quando gli Stati Uniti scelsero di "premiare" le imprese coinvolte nella ricostruzione dell'Europa garantendo loro di mantenere indenni da imposizione i profitti conseguiti all'estero (ed ivi trattenuti). Già con il *boom* economico degli anni Sessanta, tuttavia, era divenuto evidente ciò

¹⁵ Per una veloce panoramica sull'argomento, senza pretesa alcuna di esaustività, si vedano l'articolo pubblicato online dal quotidiano britannico "Daily Mail", disponibile su www.dailymail.co.uk/news/article-3425097, o quello pubblicato da "The Sun" disponibile su www.thesun.co.uk/archives/news/264509

¹⁶ Henn, 2013, introduzione. A maggiore conferma di ciò si veda il recente intervento della Commissione Europea, pronunciatisi riguardo agli accordi tra il governo irlandese ed il colosso di Cupertino, dove si è rilevato come il risparmio fiscale indebito in capo ad Apple per il periodo 1991-2014 ammonti a circa 13 miliardi di euro, con un'aliquota di imposizione che nel 2014 ha raggiunto lo 0,005% in luogo dell'ordinario 12,5%.

¹⁷ 1861-1939, professore di economia politica alla Columbia University. La citazione che segue è presa da Janssens, P., Ledure, D., Vandepitte, B., 2015a, pag. 279.

che il presidente Kennedy ha espresso nel proprio discorso, ovvero la necessità di eliminare quel sistema che si stava rivoltando contro gli Stati Uniti o quantomeno di limitare i suoi effetti ai Paesi che ancora stavano percorrendo la loro via verso lo sviluppo economico, industriale e sociale.

Se tuttavia ancora oggi se ne sta parlando, significa che le sue parole sono passate invano tra i banchi del Congresso di allora.

Non si vuole però fornire un'immagine distorta della situazione: gli Stati Uniti costituivano da tempo un'eccellenza nell'ambito della tassazione internazionale, prova ne sia il fatto che furono la prima nazione in assoluto ad introdurre nella propria legislazione interna nel 1934 il principio *arm's length* ancora oggi in vigore in gran parte del mondo e nondimeno ventilarono già nei primi anni Sessanta la possibilità di introdurre un sistema di tassazione basato su una formula di ripartizione dei redditi conseguiti su base mondiale quando non risultasse possibile rintracciare un attendibile valore di mercato o effettuare una allocazione personalizzata¹⁸. Tale schema, definito *formulary apportionment*, verrà descritto nel seguito del presente lavoro dove si metterà in luce come, da più parti, si guardi con interesse a questo metodo per risolvere parte degli attuali problemi.

1.2.1 - La crisi della fiscalità internazionale e dell'*arm's length principle*

Primo alfiere della fiscalità internazionale fu la Lega delle Nazioni nel primo dopoguerra, come detto. L'OCSE ne raccolse il testimone e, nel primo modello di Convenzione del 1963, incluse gli articoli 7 (profitti dell'impresa) e 9 (imprese consociate), entrambi recanti il riferimento al principio *arm's length* (Koomen, 2015a).

Il primo report ufficiale incentrato sui prezzi di trasferimento è però datato 1979 e sembra ricalcare ampiamente la legislazione americana del 1968 sebbene esso contenga, rispetto a tutta la legislazione previgente, un forte accento sull'analisi funzionale dei contributi forniti dalle imprese al risultato della transazione.

Le *Transfer Pricing Guidelines* del 1995, in modo innovativo rispetto al rapporto precedente, spostano l'attenzione sull'operato delle imprese e sostengono che le amministrazioni finanziarie dovrebbero considerare l'operazione così come messa in atto dalle parti (paragrafo 1.64), prevedendo due sole circostanze in cui sia possibile disconoscere la struttura adottata dalla multinazionale, ovvero quando i) la sostanza differisca dalla forma o quando ii) forma e sostanza coincidano ma gli accordi nel complesso differiscano da quelli cui sarebbero giunte

¹⁸ Si veda Koomen, 2015a, pag. 142

delle imprese tra loro indipendenti. Eccettuati questi due casi, non sarebbe stato possibile per un'amministrazione riqualificare l'operazione messa in atto dalle parti.

Un documento altresì importante è quello pubblicato dalle Nazioni Unite nel 2013, che si configura come modello alternativo rivolto soprattutto ai Paesi in via di sviluppo. Una delle differenze tra i due è nel fatto che mentre il primo, come si è detto, apre alla piena considerazione della contrattualistica *intercompany*, il secondo non incoraggia esplicitamente alla conclusione di contratti e suggerisce di essere cauti al momento di considerare eventuali accordi infragruppo, a causa della voluta incompletezza di informazioni rilevanti che essi potrebbero contenere.

Una precisazione sostanziale riguarda l'evoluzione compiuta dalla reportistica OCSE in materia di allocazione del potere impositivo. Il primo documento (quello del 1979) risentiva del contesto storico del tempo e, quindi, della relativa staticità dei mercati economici¹⁹ se comparata con l'estremo dinamismo attuale di cui si dirà poco oltre; esso era infatti incentrato sul concetto di stabile organizzazione, dove al Paese di residenza venivano accordati tutti i profitti cosiddetti "residuali", al netto dell'imposizione già effettuata dal Paese della fonte, mentre oggi si assiste ad una sostanziale compresenza dei due principi. Come tuttavia segnalato da Brauner, da parte degli Stati è stata fino ad oggi necessaria una scelta binaria, ovvero una preferenza per la tassazione per residenza o in base alla fonte, con il risultato che "solo uno dei due Paesi coinvolti può vincere"²⁰. Questo è peraltro risaputo dai legislatori nazionali che, agli occhi dell'autore, hanno operato negli anni una convergenza delle rispettive normative ma non con lo scopo di uniformare la disciplina internazionale, bensì di "giocare a rubamazzo"²¹ con il proprio vicino.

Oltre a queste considerazioni di carattere storico, uno dei problemi che oggi si fa maggiormente sentire, è il *gap* che si è creato tra l'interpretazione che gli Stati danno alla tematica dei prezzi di trasferimento internamente e la volontà del legislatore internazionale.

I primi, perlopiù, hanno storicamente visto la disciplina come un insieme di disposizioni antielusive (Koomen, 2015b), volta a reperire materia imponibile dalle imprese attive nel proprio territorio con un approccio che si potrebbe definire prettamente "fiscale". Il secondo, invece, ha seguito soprattutto negli ultimi anni un approccio "economico" alla materia, connotando la disciplina come uno strumento di allocazione dei profitti su base internazionale.

¹⁹ Giustificazione che, comunque, appare molto debole se la si considera alla luce di quanto affermato da Kennedy. La sensazione che si ha è piuttosto quella di un cronico ritardo dell'OCSE nell'attuare i propri progetti di riforma.

²⁰ Brauner, 2014b, pag. 66

²¹ La definizione è la traduzione fornita da Enciclopedia Treccani Online per la voce "*beggar-thy-neighbor*" riportata in Brauner, 2014b, pag. 65

Oggi la dottrina è spaccata nel dare un giudizio sul principio dei prezzi di libera concorrenza, e non solo per il problema appena citato.

L'evoluzione dei mercati globali e la crescita dimensionale delle imprese multinazionali hanno acuito le pressioni competitive tra queste ultime e le imprese che, nel medesimo settore, operano limitatamente ai confini nazionali di un Paese. E non necessariamente a favore delle prime. Rilevano infatti i commentatori come spesso l'applicazione delle disposizioni in materia di prezzi di trasferimento limitatamente alle operazioni *cross-border* possa comportare un onere amministrativo e finanziario per le imprese che intrattengano rapporti internazionali, onere che invece non avrebbero i soggetti operanti soltanto sul suolo nazionale²².

A testimoniare l'attualità della questione si noti inoltre che di questo problema si è peraltro occupato di recente anche il legislatore italiano, che all'art. 5 comma 2 del Decreto legislativo 147/2015 ha tenuto a precisare che “la disposizione di cui all'articolo 110, comma 7, del testo unico delle imposte sui redditi²³ [...] si interpreta nel senso che la disciplina ivi prevista non si applica per le operazioni tra imprese residenti o localizzate nel territorio dello Stato”, escludendo dunque la possibilità che le norme sul *transfer pricing* venissero applicate anche ai soggetti che, pur operando limitatamente ai confini nazionali, operassero degli “aggiustamenti” dei prezzi finalizzati a godere di eventuali benefici fiscali concessi a particolari fattispecie o aree geografiche²⁴.

Si è detto poc'anzi di come gli Stati Uniti siano tradizionalmente stati all'avanguardia nel recepire gli sviluppi della prassi internazionale in materia di prezzi di trasferimento e, in generale, di fiscalità internazionale, quando addirittura non fossero loro ad anticiparli.

Quello che però risulta difficile spiegare alla luce di quanto testé esposto è il recente operato del legislatore statunitense che, dopo aver introdotto nel 1996 la cosiddetta *check-the-box rule*, non è riuscito a ritirarla una volta intuiva la portata lesiva del provvedimento a causa della forte pressione delle lobby d'affari²⁵; tale disposizione è considerata unanimemente dalla letteratura specialistica, di cui si darà contezza in seguito, come una delle primarie fonti di BEPS.

²² Si veda Glahe, 2013, pag. 223

²³ Si tratta della disposizione che disciplina il trattamento fiscale delle operazioni infragruppo con soggetti localizzati in giurisdizioni estere.

²⁴ Si pensi ai vari casi di incentivi per il Mezzogiorno, come il credito d'imposta per gli investimenti istituito dall'art. 1 commi da 98 a 108 della L. 208/2015 (legge di stabilità 2016) o le maggiori deduzioni ai fini Irap concesse per i lavoratori impiegati nelle regioni del sud Italia concesse dall'art. 11 comma 1 lett. a) n. 2 e 3 del D. Lgs. 446/97. L'intervento del legislatore si è reso necessario a seguito di pronunce contrastanti della giurisprudenza di legittimità aventi ad oggetto i confini di applicabilità dell'art. 110 comma 7 del TUIR. Contro l'estendibilità della norma a fattispecie nazionali si veda Cass. n. 23551/2012 mentre a favore risultano Cass. n. 17955/2013, 8849/2014 e 12844/2015.

²⁵ Sul punto si veda Ting A., 2014b, pag. 53

Questa norma, in breve, consente alle imprese statunitensi di scegliere, per le imprese controllate, se esse debbano essere considerate trasparenti o opache ai fini fiscali, determinando di conseguenza l'imponibilità o meno negli Stati Uniti dei redditi da esse conseguiti. Ting (2014b) illustra inoltre come il "pacchetto" sia stato completato dalla norma che esclude dalla CFC *regulation* alcuni tipi di redditi passivi tra controllate estere, di fatto amplificando notevolmente la portata del provvedimento di cui sopra²⁶.

Avi-Yonah (2015) si spinge fino a riconoscere come ci sia "consenso bipartisan che il sistema di tassazione internazionale americano sia guasto" ed individua la ragione principale nel fatto che gli Stati Uniti siano uno dei pochi Paesi rimasti a tassare interamente i dividendi, col risultato che le imprese li trattengono all'estero identificandoli come "reinvestiti in modo permanente". L'immagine con cui chiude il ragionamento e che non si fatica a ritenere veritiera alla luce delle notizie apparse molteplici volte sulla stampa circa le enormi disponibilità liquide di alcune multinazionali, è quella di imprese che fronteggiano "crescenti difficoltà a trovare qualcosa da fare con questo mucchio di soldi²⁷" detenuto all'estero.

La considerazione relativa alla mole di liquidità detenuta dalle imprese all'estero aiuta ad introdurre uno dei problemi dell'attuale sistema tanto statunitense quanto globale, che merita di essere accennato ora ma che verrà esaurientemente trattato nel seguente paragrafo, ovvero che "i Paesi ad elevata imposizione detengono quote sproporzionatamente basse del reddito mondiale delle imprese multinazionali se comparate alle quote di impiego di personale, *asset* o vendite²⁸".

Per risolvere questo e gli altri problemi sopra evidenziati è stato richiesto all'OCSE di approntare per la prima volta da decenni un vasto programma di riforma della tassazione internazionale condiviso con tutti gli attori coinvolti (imprese, consulenti, governi ed istituzioni), e per farlo è stato fissato un termine estremamente stringente, se si pensa che i lavori sono iniziati nel 2012 e si sono conclusi con la presentazione delle versioni definitive dei 15 *Action plan* il 5 ottobre 2015. La definitiva approvazione con inserimento delle misure all'interno del testo delle TPG è avvenuta il 23 maggio 2016 da parte del Consiglio dell'Organizzazione, e subito ha seguito (25 maggio 2016) la direttiva 881-2016 dell'Unione Europea che già recepiva alcuni degli esiti del Progetto BEPS in materia di scambio di informazioni e di oneri documentali, come si dirà nel capitolo conclusivo del presente lavoro.

²⁶ Un caso concreto è affrontato da Ting (2014b) e riguarda la struttura societaria adottata da Apple, la quale tramite l'utilizzo della "*check-the-box option*" ha di fatto nascosto le proprie controllate agli occhi del fisco americano, al quale risulta che tutti i profitti sono raccolti direttamente dalla controllata irlandese Apple Operations International attraverso lo svolgimento di una effettiva attività, fattore che preclude l'applicabilità negli USA delle regole sulle *Controlled Foreign Companies*.

²⁷ Avi-Yonah, 2015b, pag. 1

²⁸ Clausing, 2009, pag. 720

Ad aggiungere ulteriore pressione a quella legata ai tempi ristretti ha contribuito anche il G20, tra i massimi promotori del programma di riforma, che nello *statement* conclusivo dei lavori a Los Cabos in Messico, nel giugno 2012, ha ribadito il “bisogno di prevenire erosione di base imponibile e spostamento di profitti” e dichiarato di “seguire con attenzione lo sviluppo dei lavori OCSE sul tema”.

È evidente che non sarà sufficiente un’azione dell’Organizzazione internazionale a risolvere tutti i problemi ma “sarà necessario un coordinamento internazionale delle politiche fiscali come prerequisito per l’implementazione di una riforma sostanziale²⁹”; questo perché sarebbe sbagliato limitare l’importanza di BEPS ai confini dell’OCSE, dal momento che tutti i Paesi maggiormente produttivi soffrono le conseguenze dell’erosione di base imponibile e dello spostamento di profitti³⁰ e quindi anche quelli in via di sviluppo si vedranno coinvolti, loro malgrado, in questo vasto progetto di riforma.

La speranza è che i lavori dell’Organizzazione internazionale provochino un’accelerazione anche nel processo riformatore interno ai Paesi Membri, che sul tema della fiscalità internazionale è parso, negli anni, eccessivamente lento³¹. Zielke (2014, pag. 349) fornisce un’efficace istantanea della problematica situazione attuale sostenendo che “in un mondo crescentemente interconnesso, i sistemi fiscali nazionali non hanno tenuto il ritmo delle imprese globali, dei capitali liquidi e della *digital economy*, lasciando dei buchi che possono essere sfruttati dalle imprese che eludono la tassazione nei loro Paesi di origine spingendo le attività all’estero verso giurisdizioni a ridotta o nulla pressione fiscale”.

I rapidi sviluppi portati dall’economia digitale, infatti, “mettono crescente pressione agli attuali principi cardine ed in particolare a quello della stabile organizzazione³²”.

L’apparente indecisione dei legislatori può essere imputata principalmente a due fattori, tra loro interconnessi. Sul piano politico, i diversi Paesi hanno spesso cercato di tenere comportamenti ambigui ed ambivalenti: se da un lato si criticava l’operato delle multinazionali e si dichiarava di essere pronti a cercare soluzioni condivise al problema della tassazione internazionale, dall’altro si incoraggiavano forme di incentivo fiscale volte ad attrarre le imprese, acuendo la concorrenza fiscale internazionale; Van den Hurk (2014) è molto schietto nell’affermare che “nonostante l’opposizione all’evasione e all’elusione fiscale da parte di un crescente numero di Stati, sempre più altri Paesi stanno cercando di creare ogni

²⁹ Brauner, *ibid.*, pag. 59

³⁰ Brauner, *ibid.*, pag. 61

³¹ Per un veloce approfondimento sulla storia evolutiva degli attuali standard di stampo internazionale in alcuni dei principali Paesi si vedano Koomen (2015a) e Koomen (2015b).

³² OECD, 2013b, pag. 25

genere di convenienti incentivi fiscali per attirare più imprese”, concludendo che “il risultato è un punto morto³³”.

Un esempio del comportamento sopra descritto è l’introduzione in tutti i maggiori Paesi dell’Unione Europea dei cosiddetti regimi di *patent box*³⁴, volti a detassare parzialmente i redditi derivanti dallo sfruttamento delle opere dell’ingegno. L’obiettivo politico è chiaro: siccome tali *asset* sono i più mobili e spesso anche quelli che si connotano per il più alto valore aggiunto, si cerca di attrarli o trattenerli garantendo al loro possessore una parziale esclusione da imposizione. Questo nonostante tutti i Paesi formalmente si siano impegnati in sede comunitaria a combattere la pianificazione fiscale aggressiva³⁵ ed a creare un regime equo ed efficace per l’imposta societaria nell’Unione europea³⁶. Per sintetizzare al meglio il pensiero contraddittorio di alcuni dei membri dell’Unione è calzato utilizzare una frase pronunciata dall’attuale ministro delle finanze irlandese Michael Noonan nel 2013³⁷, il quale ha affermato che “i Paesi competono sempre più e sempre più aggressivamente per gli investimenti diretti esteri mobili. Io voglio che l’Irlanda giochi correttamente – come abbiamo sempre fatto – e voglio che l’Irlanda giochi per vincere”.

Se a tutto questo si aggiunge l’operato di due tra le principali economie emergenti, il Brasile e l’India, che del tutto legittimamente adottano delle metodologie di contrasto al *transfer pricing* diverse da quelle deliberate dai Paesi OCSE, non si può non concordare con Van den Hurk quando chiosa che “finché gli Stati continuano a legiferare [in modo autonomo] proclamando l’adagio «ognuno per sé e che il diavolo si porti l’ultimo», la colpa, alla fine, è un po’ di tutti³⁸”.

Non sarebbe tuttavia corretto imputare ai governi l’etichetta di doppiogiochisti o di opportunisti senza operare dei necessari distinguo. Il tema della fiscalità ha degli impatti estremamente rilevanti sul bilancio delle economie più industrializzate, che puntano su quest’ultima per sostenere dei sistemi di *welfare* resi sempre più pesanti dalla crescita dell’assistenzialismo e dal progressivo invecchiamento della popolazione che comporta costi previdenziali crescenti. Ciò implica che nell’attesa di giungere a soluzioni condivise su base

³³ Van den Hurk, 2014, pag. 27

³⁴ In Italia tale istituto è stato introdotto dalla legge 190 del 2014, ma in precedenza hanno proceduto nello stesso senso la Francia nel 2005, Olanda e Belgio nel 2007, Lussemburgo e Spagna nel 2008, l’Ungheria nel 2012 e il Regno Unito nel 2013.

³⁵ Si veda, in tal senso, la Raccomandazione della Commissione del 6 dicembre 2012 C(2012) 8806-final. Il riferimento alla pianificazione fiscale aggressiva non è azzardato se si considera che più volte la Commissione è intervenuta a richiedere modifiche agli Stati relativamente ai regimi da loro adottati poiché contrari alle norme comunitarie.

³⁶ Si veda, in tal senso, la Comunicazione della Commissione del 17 giugno 2015 COM(2015) 302-final.

³⁷ La frase è presa da Ting A., 2014, *Old wine in a new bottle: Ireland’s revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, British Tax Review, Londra, N. 3 pag. 242. È parte di un discorso tenuto il 23 novembre 2013 presso la Camera di Commercio americana a Dublino.

³⁸ Van den Hurk, *ibid.*, pag. 28

internazionale alle problematiche fiscali, ciascuno Stato cerchi di “tamponare” la falla quantomeno in via provvisoria; per dirla come Gallo (2013), “nel tentativo di arginare le emorragie fiscali e riconquistare quote di concorrenti esteri, ogni Stato è spinto ad abbassare le aliquote sulla parte mobile della materia imponibile³⁹” e di ciò ampia evidenza è fornita dall’andamento della tassazione sul capitale finanziario rispetto a quella sul lavoro nell’ultimo decennio. Una delle spinte principali alla nascita del Progetto BEPS viene infatti proprio dalla crescente indignazione della platea dei privati cittadini “danneggiati” (Spencer, 2013a) verso la percepita iniquità causata dai sempre crescenti carichi impositivi sul lavoro a fronte di imprese che riescono, con operazioni talvolta sul filo della legalità, a portare ingenti somme sulle soleggiate spiagge di svariati atolli caraibici.

Sul punto della attuale iniquità dei sistemi impositivi è bene precisare che tale sistema non potrà sicuramente durare a lungo perché, come riconosciuto da Gallo, “una crescita fondata su disuguaglianze crescenti destabilizza l’economia, riportando indietro il livello di benessere della popolazione⁴⁰”.

Altrettanto rilevante sul piano politico è, inoltre, l’influenza lobbistica delle multinazionali: quando nel 1998 il legislatore statunitense cercò di rimediare ai possibili danni creati dalle *check-the-box rules*, di cui si è detto, vi furono forti pressioni da parte delle multinazionali affinché la regola non venisse toccata, poiché si era subito intuito l’enorme potenziale del *gap* che si era creato. Tale influenza si rispecchia anche nel trattamento riservato nelle udienze ai colossi sospettati di essere colpevoli di strategie di evasione fiscale internazionale⁴¹, su cui spicca il caso di Caterpillar riportato da Ting (2014, pag. 237): durante l’udienza in cui si apprese per stessa ammissione dell’impresa che tra il 2000 ed il 2012 vi era stato lo spostamento verso la Svizzera di circa 8 miliardi di dollari di redditi, tre senatori su quattro si schierarono a favore dell’impresa ed uno addirittura prese la parola dichiarando di volersi “scusare con Caterpillar per il procedimento”, poiché “piuttosto che per un’inchiesta, avremmo dovuto convocare Caterpillar per attribuirle un premio”. Non sembra esattamente la reazione che ci si aspetterebbe da un membro di un parlamento di fronte all’ammissione di colpevolezza di una multinazionale.

Sul piano economico-industriale, invece, è chiaro che le decisioni dei governi sulle modalità di tassazione dei redditi delle imprese hanno un impatto sulle decisioni di queste ultime relativamente alla allocazione della propria attività e dei relativi profitti.

³⁹ Lo studio dell’autrice rileva in particolare come nell’arco degli ultimi decenni la tassazione dei capitali sia rimasta molto contenuta, quella delle imprese sia in fase decrescente, seppur solo leggermente, mentre sia notevolmente aumentata la tassazione sul lavoro.

⁴⁰ Gallo, 2013, pag. 323

⁴¹ Di tali udienze sono state protagoniste, a fasi alterne, alcune tra le più grandi società del mondo come Google (2013), Apple (2013), Microsoft (2012), Caterpillar (2014) e molte altre.

Clausing (2009, pag. 703) sostiene che “le imprese multinazionali hanno risposte in termini sia finanziari che reali alla tassazione dei redditi d’impresa”. Distingue infatti tra quelle di carattere finanziario che “includono gli sforzi per spostare il reddito verso luoghi a più ridotta imposizione” e quelle di carattere reale che implicano “l’allocazione di più *asset*, occupazione e attività economica in Paesi a bassa fiscalità”, mentre De Simone (2015) espone come una delle modalità utilizzate dalle imprese per rispondere agli incentivi fiscali richieda di valutare in modo strategico le transazioni *intercompany* al fine di trasferire i redditi dalle giurisdizioni ad elevata imposizione verso quelle dove il carico fiscale è più contenuto.

Sulla stessa linea si collocano Dischinger, Knoll e Riedel (2014, pag. 248), che portano delle “evidenze empiriche che le imprese multinazionali spostano l’utile sulla carta dai Paesi ad alta imposizione a quelli a ridotta fiscalità per ridurre il proprio onere fiscale complessivo”.

A rendere ancora più pressante il problema concorre il fatto che, nonostante abbiano una delle aliquote fiscali più elevate nel panorama dei Paesi occidentali, gli Stati Uniti raccolgono gettito relativamente contenuto, e questo anche a causa dello spostamento dei profitti al di fuori della base imponibile nazionale⁴², come peraltro fatto notare dal presidente Obama nel 2012 quando ha affermato che la situazione attuale del codice fiscale delle imprese americano crea opportunità per le imprese americane di ridurre le proprie imposte localizzando le operazioni ed i profitti altrove.

In apertura del presente lavoro appare quindi di fondamentale importanza interrogarsi sulle ragioni per cui, sebbene il problema dell’erosione di base imponibile e dello spostamento dei profitti fosse sentito già con forza più di cinquant’anni fa, si sia giunti solo ora ad una (apparente) soluzione condivisa su base transnazionale. Nonostante a tale interrogativo risulti difficile offrire delle risposte che non siano eccessivamente semplicistiche o tacciabili di complottismo contro le “malvagie imprese multinazionali”, si cercherà di fornire una visione complessiva ed il più possibile oggettiva del problema, tralasciando ogni tipo di preconcetto.

A prescindere però dalle domande sui perché della storia, una prima presa di coscienza importante è che ora, finalmente, qualcosa si sta muovendo sul piano internazionale, e lo sta facendo anche rapidamente.

1.2.2 - Le ragioni del cambiamento

Alla base dell’attuale processo riformatore vi è sicuramente la volontà di contenere moti di protesta da parte dell’opinione pubblica che, si è visto con il voto in Gran Bretagna sull’uscita

⁴² Avi-Yonah, Clausing, Durst, pag. 498

dall'Unione europea, è pronta ad accettare anche soluzioni radicali al fine di un cambiamento per uscire da una situazione di crisi perdurante ormai da un decennio.

Una delle cause dell'acuirsi della tensione sulla materia della tassazione internazionale è sicuramente la globalizzazione dei mercati, che ha "creato le condizioni per le imprese multinazionali per massimizzare i vantaggi legati alla pianificazione fiscale"⁴³. La crescente integrazione delle economie dei maggiori Paesi, insieme al calo dei costi (e dei rischi) dei trasporti ha contribuito ad abbattere le frontiere per i gruppi multinazionali, che hanno oggi la possibilità di organizzare la propria struttura facendo *cherry picking* delle legislazioni più favorevoli al proprio business nei diversi Stati, utilizzando anche la leva fiscale come elemento decisionale in tale processo di strutturazione organizzativa. Su questo aspetto sono concordi, tra gli altri, Brauner (2014b) e Tremonti (2014); il primo si concentra maggiormente sui riflessi economici della questione ed osserva che l'accresciuta mobilità dei capitali ha ridotto notevolmente la dipendenza delle multinazionali dal loro Paese di residenza e con essa la possibilità per i legislatori nazionali di sfruttare il principio impositivo basato sulla residenza, esacerbando la competizione tra gli stessi per reperire base imponibile. Il secondo invece mette in luce i risvolti politici della questione, sottolineando come i colossi dell'*high-tech* siano oggi divenuti delle vere e proprie "repubbliche digitali"⁴⁴ in grado, grazie al loro potere, di imporre ai legislatori le proprie regole.

Ulteriore vantaggio è offerto dalle economie manageriali consentite dai moderni sistemi di comunicazione e controllo, che consentono ai gruppi di svilupparsi su tutti i settori ed i mercati geografici in cui è possibile sfruttare tali vantaggi⁴⁵. Di questa situazione sembra aver recentemente preso coscienza anche l'OCSE, che nel report del 2013 *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* sottolinea come la globalizzazione abbia causato una evoluzione dei modelli operativi e comportato il bisogno per le imprese di implementare nuove strategie su scala globale volte a massimizzare i profitti e minimizzare i costi, tra cui le imposte. La successiva affermazione, tuttavia, legittima in pieno la definizione di "custode riluttante del sistema fiscale internazionale"⁴⁶ attribuita da Brauner all'OCSE; sorprende infatti l'apparente tardiva scoperta che una delle cause principali dei problemi dell'attuale sistema sia da imputare al fatto che le regole sulla tassazione dei profitti trans-nazionali siano rimaste largamente invariate sin dalla loro prima formulazione negli anni Venti da parte della allora

⁴³ Brauner, 2014b, pag. 57

⁴⁴ Tremonti, 2014, pag. 13

⁴⁵ Avi-Yonah, Clausing, Durst, 2009, pag. 504

⁴⁶ Brauner, 2014b, pag. 58. In particolare, sottolinea l'autore (Op. Cit., pag. 62) che il comportamento ambivalente che egli nota nell'OCSE è legato da un lato all'apparente volontà di accrescere il proprio potere e la propria influenza nel mondo facendosi promotore di standardizzazione e convergenza, dall'altro alla presentazione che l'Organizzazione ha sempre dato di sé come rappresentante dei propri ricchi membri.

Lega delle Nazioni, quando proprio l'OCSE si sarebbe dovuta far carico di operare in modo propositivo con gli Stati per aggiornare ai tempi la disciplina posta sotto la sua responsabilità. Nelle parole di Gallo, la globalizzazione “attenta, in effetti, alla regola generale secondo cui il cittadino deve pagare i tributi che i rappresentanti popolari da lui eletti impongono per finanziare la spesa di cui egli si avvantaggia. Con essa il cittadino continua a votare nel paese di appartenenza e a godere in tale paese dei benefici della spesa pubblica, ma può, in casi sempre più frequenti, scegliere il paese meno esoso dove pagare almeno una parte dei tributi attraverso un'opportuna localizzazione sia degli investimenti finanziari e delle attività produttive sia della propria sede di lavoro”⁴⁷.

Si vedrà che lo scopo del recente lavoro in sede OCSE sul progetto BEPS, ed in generale degli *Action 8-10* che si analizzeranno in seguito, è proprio quello di tentare di uscire da questa ottica volta a sfruttare in modo opportunistico i *gaps* legislativi internazionali, imponendo alle imprese di allocare i profitti seguendo la creazione di valore.

La possibilità di combattere gli effetti fiscali negativi prodotti dalla globalizzazione che offre l'attuale clima internazionale è grande e questo può essere fatto solo “approfittando dell'aumentata sensibilità manifestata recentemente sul tema dalle grandi potenze mondiali e, in particolare, dall'OCSE”⁴⁸.

La riorganizzazione della struttura delle imprese globali che, come si è detto, include spesso tra i propri obiettivi anche la minimizzazione del carico fiscale, ha guardato negli anni con interesse ai cosiddetti “paradisi fiscali”. Questi sono spesso difficili da definire, poiché gli aspetti da considerare e le sfaccettature del problema sono molteplici, ma una prima generale definizione degli stessi può essere trovata nel rapporto OCSE “Harmful Tax Competition” del 1998, dove si sostiene che le caratteristiche principali per identificarli sono essenzialmente quattro: i) assenza totale o quasi di imposte, ii) mancanza di scambio di informazioni, iii) mancanza di trasparenza e iv) assenza del requisito di svolgimento di attività effettiva. Se si legge la definizione riportata da Gravelle (2015) secondo cui possono essere spiegati, pur in un modo che la stessa autrice definisce restrittivo, come “Paesi che, oltre ad avere aliquote molto ridotte o nulle su alcuni tipi di reddito, hanno anche caratteristiche come mancanza di trasparenza, segreto bancario e mancanza di scambi di informazioni, e richiedono lo svolgimento di nessuna o poca attività economica per ottenere riconoscimento legale”⁴⁹, ci si accorge come su questo fronte non ci sia stata poi una grande evoluzione nell'ultimo ventennio.

⁴⁷ Gallo, 2013, pag. 341

⁴⁸ Gallo, 2013, pag. 342

⁴⁹ Gravelle, 2015, pag. 2

Altri autori forniscono definizioni leggermente differenti come Henn (2013, pag. 2), che distingue relativamente al fatto che i benefici di esenzione sono spesso garantiti soltanto ai soggetti stranieri ed aggiunge che spesso c'è una “scarsa regolamentazione su soggetti come imprese, fondazioni e *trusts*”. Sempre Gravelle (pag. 3) conclude riconoscendo come non vi sia comunque un generalizzato accordo tra gli studiosi anche in virtù del fatto che alcuni Paesi presentano talvolta solo alcune caratteristiche che li accomunerebbero ai paradisi fiscali, sfuggendo tuttavia dall'inclusione tra di essi nelle “liste nere” più rilevanti.

È possibile oggi affermare che, accanto ai paradisi fiscali intesi come sistemi nazionali che sfruttano la leva fiscale come unico fattore competitivo, si sia posta la figura dei cosiddetti “regimi fiscali dannosi⁵⁰”; la pratica OCSE fornisce un approccio per gradi volto ad identificare tali regimi, parzialmente sovrapponibile al percorso descritto per la definizione dei paradisi fiscali. Il primo livello richiede di valutare se il regime stabilisca un criterio preferenziale per determinate imprese o attività⁵¹, il secondo di analizzare i fattori chiave per identificare se lo stesso sia potenzialmente dannoso ed il terzo di valutare gli impatti economicamente rilevanti delle disposizioni per determinare se un sistema sulla carta dannoso si connota realmente come tale nella pratica⁵².

Indipendentemente dalla definizione che si voglia adottare e dall'ampiezza di cui la si voglia dotare, tutti concordano che “le politiche fiscali aggressive praticate dai paradisi fiscali forzano gli altri Stati a competere e a ridurre a loro volta le imposte⁵³”, competizione che nelle parole di Malherbe costituisce sia una tentazione in quanto facile strumento per il reperimento di risorse finanziarie, sia un rischio consistente in una “corsa al ribasso⁵⁴” che “introduce una distorsione a favore delle imprese multinazionali contro le piccole imprese locali⁵⁵”. Questo soprattutto in virtù del fatto che, come ricordato da Traversa e Somare (2015), non vi è alcun consenso tra gli Stati (prova ne sia il citato intervento del ministro delle finanze irlandese) relativamente a dove finisca la ammissibile competizione e dove inizi invece la *unfair competition* volta ad attrarre capitali e base imponibile entro i propri confini fiscali, sottraendoli agli altri Paesi.

Appare opportuno, in tale contesto, soffermare brevemente l'attenzione sulle leve macroeconomiche sottese alle considerazioni di politica fiscale sopra descritte. È evidente

⁵⁰ Traduzione dell'inglese “harmful tax regimes”.

⁵¹ Henn definisce i regimi preferenziali come quelli, introdotti da molteplici Stati nel mondo, che prevedono incentivi per determinati investimenti, settori o aree geografiche.

⁵² Il citato rapporto del 2013 *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (pag. 29) fornisce poi ulteriori 4 fattori chiave ed 8 fattori “secondari” da utilizzare all'interno del secondo *step* per orientare la valutazione circa la dannosità potenziale di un trattamento fiscalmente rilevante di una fattispecie.

⁵³ Henn, 2013, pag. 2

⁵⁴ “*Race to the bottom*”, in Malherbe, 2015, pag. 3

⁵⁵ Malherbe, *Ibidem*, ma sulla stessa linea si colloca anche Henn, *Op. Cit.*, pag. 2

che, in un modello economico semplificato e chiuso, un aumento dell'imposizione sulle società non può che ridurre la redditività del capitale e, da ultimo, l'incentivo ad investire, con tutto ciò che questo comporta in termini di vivacità del sistema economico e di produttività dello stesso. Se si inserisce un fattore di complicazione come la mobilità dei capitali la questione diviene ancor più rilevante come fanno giustamente notare Bartelsman e Beetsma (2000), poiché “un calo nelle aliquote fiscali di un Paese non solo aumenta l'attività economica generale in tutto il mondo, ma attira anche attività da altri Paesi⁵⁶”, dai quali non ci si potrà aspettare altro che una reazione se non nel breve, di sicuro nel medio periodo.

Quello prospettato dagli autori è un caso molto semplice, che tuttavia fornisce una utile base di appoggio per una considerazione più radicata nell'argomento oggetto del presente lavoro. Il passo citato, infatti, fa riferimento alla fattispecie in cui vi sia un trasferimento di attività verso la destinazione a più mite imposizione; quello che però potrebbe accadere, e che il Progetto BEPS mira a scongiurare, è che vi sia un mero trasferimento dei profitti, lasciando inalterata l'allocazione geografica delle attività.

Sulla stessa linea si collocano Heckemeyer e Overesch (2013), che descrivono l'incentivo fiscale dello spostamento di profitti come “guidato dal risparmio fiscale associato ad un dollaro addizionale di reddito trasferito⁵⁷” e Gravelle (2015), ma questi rispetto al lavoro di Bartelsman e Beetsma danno per assodato che i Paesi a ridotta fiscalità attraggano i cosiddetti *paper profits*, precisando altresì che spesso questi sono seguiti anche da investimenti in impianti e strutture commerciali.

Nella definizione di Bartelsman e Beetsma, l'incentivo al *profit shifting* dipende in primo luogo dalla differenza di aliquote tra i Paesi e dal sistema che lo Stato di residenza usa per evitare la doppia imposizione. Sebbene sostanzialmente corretta, tale definizione appare incompleta alla luce degli sviluppi recenti. In un mondo globalizzato dove le diverse economie sono interconnesse, il fatto che le legislazioni dei diversi Stati non siano tra loro coordinate lascia spazio a *mismatches* che oltre a causare doppia imposizione possono essere motivo di doppia non-imposizione.

Si vedrà nel prosieguo del lavoro quanta e quale importanza rivesta oggi quest'ultimo aspetto nato dalla lettura delle Convenzioni contro le doppie imposizioni solo come un accordo tra i Paesi per ripartire il potere impositivo, “senza curarsi delle effettive conseguenze che da questo riparto scaturiscono nella prospettiva di un effettivo assoggettamento a tassazione⁵⁸”.

Sarebbe tuttavia semplicistico e concettualmente errato demonizzare l'operato delle multinazionali partendo dal preconcetto che esse attuino i propri programmi con l'unico

⁵⁶ Bartelsman e Beetsma, 2000, pag. 2

⁵⁷ Heckemeyer e Overesch, 2013, pag. 12

⁵⁸ Greggi, 2013, pag. 20

obiettivo della evasione delle imposte. La differenza tra evasione ed elusione⁵⁹, infatti, risulta spesso sfumata (Gravelle, 2015) e le imprese, come è normale, leggono le fattispecie fiscalmente rilevanti con un'ottica spesso diversa da quella delle amministrazioni.

Nell'esempio di Gravelle (2015, pag. 1), “una multinazionale che costruisce uno stabilimento in un Paese a bassa fiscalità piuttosto che negli Stati Uniti per avvantaggiarsi delle ridotte aliquote fiscali estere ricade nella fattispecie di elusione, mentre un cittadino americano che apre un conto segreto nei Caraibi e non dichiara gli interessi percepiti è coinvolto in un caso di evasione”.

L'esempio portato da Ven den Hurk (2014) è invece più vicino alle intenzioni perseguite nel progetto BEPS in termini di allineamento dei profitti con la creazione di valore poiché identifica come fattispecie evasive le “situazioni in cui le imprese affermano di svolgere attività in certi Paesi o isole ma tali attività in realtà non esistono⁶⁰”.

È evidente che non tutte le imprese presentano la stessa mobilità degli *assets* e godono della medesima facilità di cambiamento della propria localizzazione. A tal riguardo, i maggiori problemi sono posti dalle società attive nelle *information technologies*, alle quali è stato difatti dedicato un intero documento (l'*Action 1*) all'interno del Progetto BEPS. Tra gli autori che hanno affrontato questo tema, si richiama l'interessante studio di Grubert (2012) per il Dipartimento del Tesoro americano, nelle cui battute iniziali l'autore rileva che le imprese possono avere un diverso tasso medio effettivo di imposizione estera poiché ciascuna si trova a fronteggiare diverse opportunità per l'allocazione delle proprie attività. Un passaggio che conferma quanto sopra preannunciato è quello in cui l'autore afferma che “le imprese *high-tech* che servono un mercato mondiale possono facilmente localizzarsi in giurisdizioni a fiscalità privilegiata⁶¹”, essenzialmente per il carattere immateriale dei servizi da esse prestati, mentre vi possono essere imprese per cui lo spostamento è più complicato o meno conveniente poiché le caratteristiche del business richiedono di stabilirsi vicino ai propri clienti, anche quando essi risiedono in un Paese ad alta fiscalità.

Sul tema della localizzazione delle imprese è entrato anche il presidente statunitense Barack Obama nel suo “*Framework for business tax reform*” del 2012, documento nel quale evidenzia che le scelte di localizzazione effettuate solamente (o principalmente) sulla base

⁵⁹ Nella definizione fornita dall'enciclopedia Treccani, l'evasione fiscale è il “comportamento illegittimo con cui il contribuente mira a contrastare il prelievo tributario [...] mediante una diretta e immeditata violazione di norme tributarie, attraverso la rappresentazione esterna di una situazione di fatto non corrispondente alla realtà o una non corretta qualificazione giuridica della situazione medesima”.

Costituisce invece elusione fiscale il “comportamento del contribuente che, pur rispettoso della lettera della normativa tributaria, tende a evitare il pagamento dell'imposta con costruzioni negoziali il cui solo scopo è quello di sottrarsi all'obbligo fiscale”. Fonte: www.treccani.it

⁶⁰ Van den Hurk, *Op. Cit.*, pag. 32

⁶¹ Grubert, 2012, pag. 9

delle distorsioni presenti nel sistema fiscale internazionale possono causare un inefficiente sovra-investimento all'estero ed un contemporaneo sotto-investimento nel Paese⁶². La proposta che egli effettua è di “rafforzare il sistema di imposizione internazionale delle imprese” introducendo una soglia minima di imposizione sui redditi conseguiti all'estero. Il meccanismo di funzionamento del sistema suggerito dalla Casa Bianca è quello del credito d'imposta, in linea con le disposizioni adottate dalle altre economie industriali occidentali⁶³ e, si vedrà, anche con il contenuto dell'Action 3 del Progetto BEPS; tale procedimento prevede di concedere al contribuente un credito d'imposta di ammontare pari alle imposte pagate a titolo definitivo nel Paese estero di residenza, fino ad annullare integralmente il carico fiscale nell'altro Paese (nell'esempio specifico gli Stati Uniti). Si verrebbero in questo modo ad eliminare i vantaggi legati ad uno spostamento fittizio dell'attività volto a beneficiare dei differenziali fiscali e si contrarrebbero le distorsioni nella allocazione delle risorse di cui parlano gli autori citati poc'anzi.

Si è visto come diversi Paesi occidentali abbiano tenuto, nel recente passato, un comportamento ambivalente che da un lato offriva collaborazione alle altre nazioni e dall'altro li vedeva intenti ad approntare i più evoluti sistemi di agevolazioni fiscali per vincere la concorrenza internazionale, col risultato che, nel tempo, la *tax competition* è divenuta una costante dei rapporti fiscali tra giurisdizioni.

Il risultato ultimo di questo “scontro” tra potestà impositive e dell'ostacolarsi a vicenda è un indebolimento della capacità di reperire risorse attraverso la tassazione dei redditi delle imprese, con conseguente aumento degli oneri fiscali a carico dei soggetti (o dei redditi) contraddistinti da una minore mobilità.

In via generale, il problema è stato riconosciuto anche dalla Commissione Europea, che all'interno di una Comunicazione al Parlamento Europeo ed al Consiglio riconosce che “l'Europa ha bisogno di un quadro di tassazione equa ed efficiente degli utili societari, al fine di distribuire con equità gli oneri fiscali, promuovere la crescita sostenibile e gli investimenti, diversificare le fonti di finanziamento dell'economia europea e rafforzarne la competitività⁶⁴”. Considerazioni di carattere equitativo circa gli esiti negativi che contraddistinguono la situazione attuale impongono di considerare i soggetti dei quali va a danno l'elusione delle imposte da parte delle multinazionali. La citata Comunicazione rileva sul punto, come si è avuto modo di anticipare, che “per controbilanciare l'impatto delle minori aliquote dell'imposta societaria e dell'elusione fiscale delle società, alcuni governi hanno aumentato il

⁶² The White House & the Department of Treasury, 2012, pag. 14.

⁶³ Si veda, per l'Italia, la disposizione di cui all'art. 165 del TUIR in materia di “credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero”.

⁶⁴ Commissione Europea, 2015, Com(2015) 302-final, pag. 2.

carico fiscale gravante sulle società meno mobili e sul lavoro⁶⁵” mentre Henn (2013) si spinge a riconoscere come questo comporti effetti negativi *in primis* sulla giustizia sociale ma nondimeno anche sul livello dei servizi pubblici offerti e degli investimenti in infrastrutture.

La situazione europea è resa ancora più complicata dalle enormi differenze che si riscontrano al suo interno nelle aliquote fiscali applicate ai redditi d’impresa dai diversi Paesi; uno studio di Zielke (2014) sulle politiche di *transfer pricing* dei maggiori Paesi europei in relazione agli oneri fiscali degli Stati OCSE, evidenzia che “ci sono considerabili differenziali fiscali all’interno dell’OCSE⁶⁶”, con tassi che vanno dal 12.5% dell’Irlanda al 41% del Giappone.

Non meno inclemente è il confronto tra Paesi Membri dell’Unione, dove all’Irlanda sempre primatista si contrappone una Francia al 40%, con Germania ed Italia rispettivamente a 29.8% e 31.4%, mentre sembra discostarsi dal gruppo delle maggiori potenze economiche solo la Gran Bretagna con un’aliquota di imposta sui redditi delle società al 21%⁶⁷; trova dunque pieno accoglimento la tesi di Malherbe secondo cui “nell’ambito fiscale più che in ogni altro, ogni Stato cerca di perseguire il proprio interesse nazionale⁶⁸”.

Questi dati da una parte legittimano in pieno l’operato delle imprese che cercano di sfruttare i differenziali operando una attenta pianificazione fiscale e attuando politiche sui prezzi di trasferimento volte a ridurre il tasso di imposizione effettivo, dall’altro spingono l’Europa ad “affrontare urgentemente tali abusi in materia di imposta sulle società e rivedere le norme vigenti in materia di tassazione societaria per fronteggiare meglio la pianificazione fiscale aggressiva⁶⁹”.

In conclusione di questo paragrafo illustrativo di alcuni dei problemi della situazione attuale, che costituiscono anche le primarie ragioni che hanno spinto ad intraprendere il Progetto BEPS, bisogna dunque prendere atto che il panorama mondiale è estremamente frammentato e non sembra esserci (o non sembrava esserci fino a qualche mese fa) un punto di vista condiviso sugli sviluppi futuri.

Persino l’*arm’s length principle*, che dalla sua introduzione negli anni Trenta aveva tenacemente resistito al cambiamento del panorama economico, è stato posto sotto la lente d’ingrandimento della dottrina più critica. Kofler (2013) in particolare nota come esso sia nato in una “economia di tipo tradizionale a scarso contenuto tecnologico e sebbene teoricamente

⁶⁵ *Ibidem*, pag. 5

⁶⁶ Zielke, 2014, pag. 336

⁶⁷ C’è, a riguardo, chi scommette che a seguito del referendum di Giugno 2016 e della programmata uscita dall’Unione, la Gran Bretagna sia pronta a ridurre ulteriormente la propria *corporate income tax* per attrarre investimenti, ipotesi ventilata dall’ex cancelliere Osborne che aveva promesso una riduzione al 17% dell’aliquota entro il 2020 (Fonte: Nicol Degli Innocenti, *Un taglio delle imposte per trattenere le imprese*, Il Sole 24 Ore, 7 luglio 2016, pag. 13).

⁶⁸ Malherbe, *Op. Cit.*, pag. 23

⁶⁹ Commissione Europea, 2015, Com(2015) 302-final, pag. 2.

solido, è visto come poco adatto in un ambiente economico globalizzato ad elevato contenuto tecnologico⁷⁰” poiché richiede il sostenimento di elevati costi di *compliance* senza tuttavia essere in grado di prevenire efficacemente fenomeni di BEPS, ma sulla stessa lunghezza d’onda si trova anche la Commissione Europea, che in una Comunicazione al Parlamento Europeo ed al Consiglio rileva come serva oggi intraprendere una strada volta a “ridurre i costi e la complessità del sistema fiscale sia per i contribuenti che per le amministrazioni nazionali⁷¹”. Quanto appena affermato è vero soprattutto con riferimento ai beni intangibili: quello degli immateriali è, difatti, uno dei campi su cui si è concentrata maggiormente l’OCSE nell’esplicare il proprio mandato riformatore in seno al Progetto BEPS, come si avrà modo di analizzare in seguito, giungendo tuttavia alla conclusione (invero criticata da ampia parte della letteratura specialistica) di salvaguardare il principio dei prezzi di libera concorrenza precedentemente in vigore, pur aprendo ad eventuali soluzioni alternative in alcuni casi limitati e solo in via eccezionale.

Una certezza è che, come sottolineato da Spencer (2013a), l’attuale sistema che consente di separare l’imposizione dei redditi dal luogo in cui sono prodotti conduce ad un aumento della pressione in capo ad altri soggetti stanti gli attuali vincoli di bilancio per gli Stati e il fatto che, alla fine dei conti, “la coperta è troppo corta”.

Il messaggio positivo che oggi stanno però mandando le grandi potenze economiche, in apparente controtendenza rispetto al passato, come riassunto dalla dottrina è che alla fine “è lecito pagare il minimo di imposta, ma non minimizzare le imposte⁷²”. La soluzione auspicata su tutti da Kofler, Avi-Yonah e Clausing, che si vedrà essere stata accolta solo in parte dall’OCSE, prevedeva di elaborare approcci alternativi o semplificazioni che includessero, parzialmente o integralmente, meccanismi di *formulary apportionment* ai quali risulta assimilabile anche la proposta di *Common Consolidated Tax Base* europea, sebbene si vedrà nel capitolo di commento dell’*Action 13* come da più parti si fosse espresso il timore che si potesse giungere ad esiti di questo tipo.

⁷⁰ Kofler, 2013, pag. 648

⁷¹ Commissione Europea, 2012a, pag. 3

⁷² Gallo, 2013, pag. 343

Capitolo Secondo – Il “Progetto BEPS”

2.1 - Evidenze di BEPS

Secondo l'OCSE e come già riportato in precedenza “c'è una crescente percezione che i governi perdano sostanziali entrate fiscali” a causa degli strumenti elusivi utilizzati dalle imprese per spostare i ricavi verso località a più mite imposizione mentre “le imprese multinazionali vengono accusate di eludere le imposte in tutto il mondo e soprattutto nei Paesi in via di sviluppo, dove le entrate fiscali sono fondamentali per consolidare lo sviluppo di lungo termine⁷³”. Il dato è rilevante se si pensa che nei Paesi OCSE le imposte sui redditi delle società ammontano a circa il 3% del prodotto interno lordo e al 10% delle entrate fiscali complessive⁷⁴.

Come si è avuto modo di anticipare, la presente sezione è volta ad evidenziare eclatanti situazioni di BEPS per permettere di cogliere a fondo la portata del problema e giustificare il fatto che, pur col criticabile ritardo di cui si è detto, si è giunti infine ad una annunciata radicale riforma del sistema di tassazione internazionale.

Si vedranno nel prosieguo alcuni esempi numerici e pratici derivati dalla dottrina delle evidenze di *Base Erosion and Profit Shifting*, ma è bene precisare sin d'ora che oltre alla perdita di entrate fiscali, tali pratiche producono ulteriori effetti sull'equilibrio economico-finanziario dei mercati, poiché, riassumendo quanto già preannunciato, “favoriscono le multinazionali fiscalmente aggressive, accrescono la distorsione nell'indebitamento delle imprese, indirizzano in modo inefficiente gli investimenti diretti esteri e riducono il finanziamento di infrastrutture pubbliche necessarie⁷⁵”.

Con riferimento al problema BEPS, l'OCSE riconosce che “sebbene ci siano molti modi in cui si può erodere la base imponibile domestica, una fonte significativa di erosione è il *profit shifting*⁷⁶”. Come si è avuto modo di affermare altrove, il problema riconosciuto dall'Organizzazione è che gli attuali standard internazionali sono ancora radicati in un ambiente economico scarsamente dinamico com'era quello della prima metà del Novecento e risultano inadeguati di fronte ad un'economia in cui i beni immateriali rivestono un'importanza sempre crescente.

⁷³ OECD, 2013b, pag. 13

⁷⁴ Fonte: OECD, 2013. Si veda a riguardo anche Bussi C., 5 settembre 2016, “Imprese UE, il labirinto del fisco”, Il Sole 24 Ore, pag. 2-3, secondo cui il dato arriva all'11,5% in Italia e 10,8% in Irlanda, mentre la Germania si attesta solo al 6,6%.

⁷⁵ OECD, 2015j, pag. 15

⁷⁶ OECD, 2013b, pag. 5

Fino ad ora, il tentativo è stato di operare delle interpretazioni estensive delle disposizioni esistenti al fine di ricomprendervi le fattispecie di più recenti natali, ma il procedimento è stato, necessariamente, non privo di imprecisioni. Di questa imperfezione hanno approfittato le grandi multinazionali che, sfruttando i *gaps* tra le diverse legislazioni, sono spesso riuscite a ridurre se non talvolta ad azzerare il proprio carico fiscale aiutate in questo, va detto, dalla moltitudine di incentivi fiscali rivolti dai legislatori nazionali talvolta a certi tipi di investimenti, talvolta a certi settori (cosiddette *tax holidays*), talvolta infine a certe aree geografiche (Henn, 2013).

Sul tema la stessa OCSE è intervenuta, precisando che spesso questi incentivi sono concessi senza un necessario studio relativo alla loro efficacia e si rivelano pertanto dannosi per i Paesi che li praticano. La tabella a fianco, ripresa dal documento citato in nota⁷⁷, mostra il risultato di un'indagine svolta tra le imprese di tutto il mondo attive nei Paesi riportati, chiedendo loro se avrebbero ugualmente investito nel Paese anche in assenza degli incentivi. In tutti i casi le maggioranze sono schiaccianti e testimoniano come ad esacerbare il problema BEPS contribuiscano politiche economiche spregiudicate che non vanno a favore di nessuno, se non dei grandi gruppi globali.

Rwanda (2011)	98%
Uganda (2011)	93%
Guinea (2012)	92%
Tanzania (2011)	91%
Vietnam (2004)	85%
Thailand (1999)	81%
Mozambique (2009)	78%
Burundi (2011)	77%
Serbia (2009)	71%
Jordan (2009)	70%
Kenya (2012)	61%
Tunisia (2012)	58%

Tabella 1 - Volontà di investire ugualmente in assenza di incentivi fiscali. (Fonte: OECD)

I paradisi fiscali, intesi qui secondo la definizione più comprensiva descritta nella sezione precedente, hanno giocato un ruolo preponderante nelle decisioni di pianificazione delle imprese globali. Non è certo un caso che “tra le multinazionali, il più basso tasso medio di imposizione sia quello di imprese appartenenti a gruppi con un collegamento in paradisi fiscali⁷⁸”, ma il trasferimento di redditi e base imponibile all'estero è stato aiutato anche dal ricordato ritardo con cui si sono mossi i legislatori nazionali ed internazionali.

Come rilevato inoltre da Contrino⁷⁹, l'erosione di base imponibile da parte delle multinazionali dell'IT ha apparentemente messo numerosi governi sul piede di guerra ma essi “mantengono o introducono nuove misure per attrarre imprese straniere o persone alle spese di altri Stati, al fine di proteggere i propri interessi fiscali”. Il chiaro riferimento è ai regimi di *Patent Box* presenti in quasi tutto il continente Europeo, di cui si è data contezza in precedenza.

⁷⁷ Si veda il documento “*Two-Part Report to G20 Developing Working Group on the Impact of Beps in Low Income Countries*” del 2014.

⁷⁸ Henn, 2013, pag. 3.

⁷⁹ 2014, pag. 842.

Per addentrarsi nel tema principale di questa sezione e fornire una cornice numerica che evidenzi la portata del problema, bastino il dato di Cipollina (2014) che rileva come nel 2012 la stima dei profitti portati all'estero dalle imprese americane fosse di circa 1,7 trilioni di dollari e quello di Drucker (2012), che valuta in 2 miliardi di dollari l'importo delle imposte sui redditi evitate da Google nel mondo nel solo 2011, importo raddoppiato rispetto a tre anni prima. A sottolineare la crescente rilevanza del problema, inoltre, viene uno studio di Clausing (2011) che quantifica in 529 miliardi di dollari i redditi delle controllate estere di imprese americane nel 2004 e in ben 1,02 trilioni di dollari nel 2008. Magra consolazione è l'annotazione dell'autrice che essendoci molte ipotesi alla base dei calcoli, "le stime vanno prese [soltanto] come una prudente e plausibile stima della rilevanza dell'*income shifting*⁸⁰".

Il lavoro testé citato riporta dati che non sono considerabili corrispondenti al vero ancora oggi ma, in base a quanto già esposto sopra, sono sicuramente da vedere come diminutivi della reale portata attuale di BEPS. La studiosa americana approfondisce inoltre la relazione tra i Paesi dove le consociate di multinazionali americane impiegano la maggior quota di lavoratori e i luoghi dove invece le medesime multinazionali riportano i profitti. Il risultato, si vedrà, non lascia adito a dubbi circa lo stato "patologico" in cui versa l'attuale sistema di fiscalità internazionale.

La figura 1 qui sotto, presa come le seguenti dall'articolo citato, mostra i Paesi dove vi era maggiore impiego di personale da parte delle imprese multinazionali mentre la tabella sottostante indica il l'aliquota effettiva di imposizione nei medesimi Paesi.

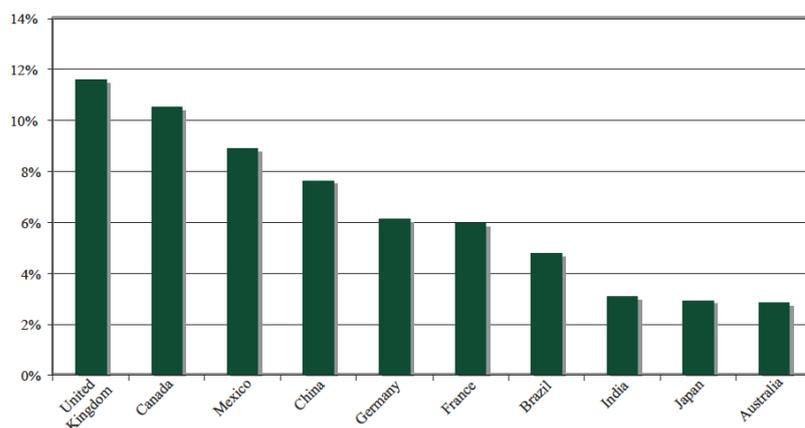


Figura 1 – Top 10 dei Paesi a maggior impiego di personale da parte delle multinazionali americane nel 2008 (Fonte: Clausing 2011)

⁸⁰ Clausing, 2011, pag. 1583

Country	Tax Rate
United Kingdom	44.7%
Canada	13.2%
Mexico	24.7%
China	16.4%
Germany	17.8%
France	21.2%
Brazil	23.5%
India	19.8%
Japan	36.7%
Australia	20.1%

Tabella 2 - Aliquota effettiva nei Paesi riportati in Figura 1 (Fonte: Clausing 2011)

La figura 2 riportata di seguito, insieme con la correlata tabella delle aliquote fiscali, mostra invece le prime 10 scelte delle multinazionali per i Paesi nei quali riportare i propri profitti. Per usare le stesse parole dell'autrice, "il paragone con la figura precedente è sorprendente". Gli unici nomi che ritroviamo in entrambe le classifiche sono quelli di Canada, Germania ed Australia, con le ultime che si collocano in tutte e due le classifiche ben lontane dalle posizioni di testa.

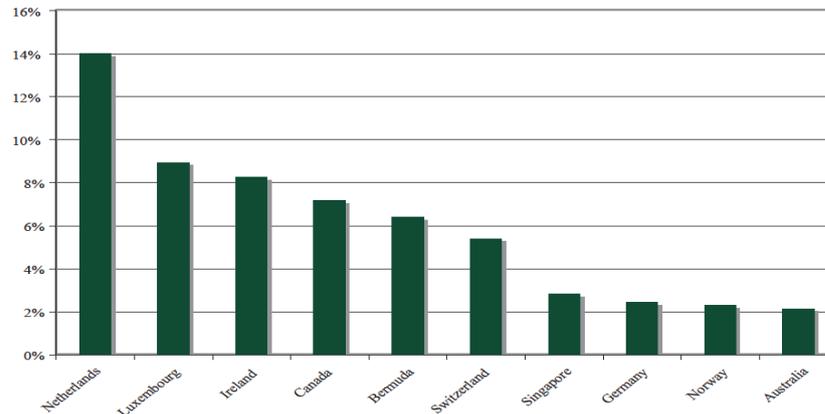


Figura 2 - Top 10 dei Paesi destinatari dei redditi delle multinazionali americane nel 2008 (Fonte: Clausing 2011)

Country	Tax Rate
Netherlands	2.1%
Luxembourg	0.4%
Ireland	4.0%
Canada	13.2%
Bermuda	0.6%
Switzerland	3.4%
Singapore	3.4%
Germany	17.8%
Norway	38.4%
Australia	20.1%

Tabella 3 - Aliquote effettive dei Paesi in Figura 2(Fonte: Clausing 2011)

Concorde con queste conclusioni è il lavoro di Ting (2014b), che analizzando lo schema di pianificazione adottato da Apple è giunto alla conclusione che, fatto 100 i dati relativi agli Stati Uniti, in Irlanda risiedono l'1% dei clienti ed il 4% dei dipendenti, mentre vengono riportati circa il 64% dei profitti. Proprio questo è ciò che intende l'OCSE definendo uno degli obiettivi del progetto BEPS con "*aligning outcome with value creation*".

Ancora più attoniti lascia tuttavia il confronto con le aliquote delle nazioni, riportate nella tabella 3 della pagina precedente, poiché sei delle prime sette destinazioni hanno un'aliquota effettiva pari o inferiore al 4% e sebbene complessivamente vantino una popolazione di circa 60 milioni di persone soltanto, riescono nondimeno ad aggiudicarsi circa il 46% dei profitti totali.

Altra parte dello studio, cui si rimanda per un approfondimento, ha riguardato le maggiori destinazioni degli investimenti diretti esteri effettuati dalle imprese analizzate.

Il risultato evidenzia come siano principali destinazioni degli investimenti di nuovo Paesi con un livello di imposizione ridotto, sebbene entrino nella classifica anche Regno Unito, Brasile e Messico.

È bene precisare che alcuni autori contestano questi risultati poiché i dati includono i redditi di capitale che, nel caso di catene di affiliate nello stesso Paese rischiano di essere contati più di una volta, ma nessuno di essi ha fornito dati alternativi discordanti in modo significativo. Una critica interessante è mossa da Grubert (2012, pag. 5), il quale sostiene che lo studio risente di una importante distorsione poiché ignora il fatto che gran parte dello spostamento dei redditi avviene tramite quelle che lui definisce “non-transazioni”, ovvero pagamenti di royalties inadeguati da parte delle controllate per lo sfruttamento di beni intangibili generati negli Stati Uniti. Spesso però, come ad esempio nel caso di Google, tali pagamenti sono stati concordati con le amministrazioni attraverso i cosiddetti “*Advanced Pricing Agreements*” e sebbene oggi appaiano come irrisori, sono da imputare alla miopia dei governanti del recente passato⁸¹.

Che sia vera l'una o l'altra versione, o che lo siano entrambe, poco importa ai fini dell'analisi che si intende svolgere nel presente lavoro. Ciò che realmente conta è che “l'evidenza empirica di *profit shifting* è generalmente significativa e chiara” sebbene vi sia “poca conoscenza sull'importanza relativa dei diversi canali utilizzati per spostare i profitti dalle giurisdizioni ad alta fiscalità verso quelle a ridotto prelievo fiscale⁸²”.

Criticabile o meno, il lavoro di Clausing risulta estremamente utile poiché è confrontabile con un antecedente scritto datato 2009 e basato su dati 2005⁸³. Si rimanda ai documenti originali per un puntuale confronto dei risultati ma un primo dato che emerge chiaro e che qui preme condividere è che se tra il 1982 e il 2004 la stima delle entrate fiscali perse dal governo

⁸¹ Drucker (2011) rileva che nel 2006 l'amministrazione fiscale statunitense ha vagliato un accordo con Google tramite il quale riconosceva la validità dell'operazione di trasferimento dei diritti sulla tecnologia di ricerca dalla società di diritto americano a quella irlandese (ma gestita dalle Bermuda). A seguito dell'accordo, i profitti generati all'estero grazie a quella tecnologia sono legittimamente attribuiti alla controllata anziché alla casa madre americana che ha generato il bene immateriale.

⁸² Heckemeyer J.H., Overesch M., 2013, pag. 2

⁸³ Clausing, 2009, *Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy*

statunitense era di 60 miliardi di dollari, nel 2008 essa aveva raggiunto i 90 miliardi. Sono inoltre interessanti i dati emergenti dal confronto tra le aliquote effettive praticate dai diversi Paesi destinazione dei profitti. Vi è un calo medio del 2% nei primi 7 Stati in termini assoluti, che guardando ai dati relativi significa un decremento quasi sempre maggiore del 30% ed in alcuni casi (Paesi Bassi e Lussemburgo) vicino al 60%.

La potenza degli APAs è amplificata dalle *check-the-box rules*, del cui funzionamento si è detto in breve nel precedente capitolo; rifacendosi al “caso Google⁸⁴”, l’impresa ha scelto di attribuire lo stato di entità trasparente alla controllata Google Ireland Limited (GIL), la cui attività consiste nel coordinare le attività del marchio nell’area EMEA, ed alla controllata olandese Google BV⁸⁵ che funge da intermediario con la controllante irlandese Ireland Holdings Limited (IHL), società di diritto irlandese ma gestita alle Bermuda, dove i redditi devono essere soggetti ad imposizione secondo la legislazione irlandese. Quest’ultima dovrebbe ricadere nelle regole sulle CFC statunitensi in quanto mero percettore di royalties dalle proprie subordinate, ma in virtù della citata trasparenza attribuita a queste ultime essa si vede riconosciuto lo status di “*active company*” e risulta quindi indenne da imposizione negli USA. Questo arrovelato sistema ha permesso all’impresa di ridurre la propria aliquota effettiva di imposizione nel 2011, come riportano Van den Hurk e Drucker, al 2.4% contro quella legale americana del 35%, con circa 8 miliardi di dollari che hanno raggiunto le placide spiagge dell’arcipelago.

La strategia di pianificazione descritta sopra appare complicata soprattutto alla luce del fatto che non sono coinvolte soltanto le legislazioni dei singoli Paesi ma entrano in gioco anche le interazioni tra le stesse, che rendono difficile per un Paese che agisca da solo contrastare efficacemente il problema⁸⁶. Ulteriore esempio di queste interazioni è la differenza tra la definizione di residenza fiscale adottata negli Stati Uniti ed in Irlanda, che spinge ad affermare che “l’Irlanda sembra essere il partner perfetto per gli USA per creare un’impresa che non è fiscalmente residente in alcun Paese⁸⁷”. Mentre per il codice americano, infatti, a rilevare è il luogo di costituzione, per l’Irlanda conta la sede del management effettivo.

⁸⁴ Si è oramai intuito che il sistema di pianificazione fiscale approntato dal colosso di Mountain View farà da sfondo a tutta la trattazione. La scelta è legata sia alla rilevanza che Google riveste nella vita quotidiana di ciascuno, sia all’enorme riflesso mediatico che la questione ha avuto anche rispetto ad altri giganti come Apple, Microsoft, Starbucks ecc. Nella bibliografia del presente lavoro, il caso è trattato approfonditamente da Van den Hurk (2014), Ting (2014), Cipollina (2014).

⁸⁵ Si riporta in nota, per ragioni di chiarezza espositiva, la ragione sottostante al meccanismo detto “*Double Irish and Dutch sandwich*”. Le royalties sarebbero soggette ad imposizione in Irlanda con aliquota del 12,5%, per cui GIL si deduce un pagamento di royalties alla intermediaria olandese, la quale a sua volta paga i diritti a IHL. Questi ultimi sono esenti da imposizione in virtù del trattato tra i due Paesi stipulato nel 1969.

⁸⁶ Si veda OECD, 2013b, pag. 7

⁸⁷ Ting, 2014b, pag. 46

Giusto al fine di non demonizzare esclusivamente le imprese americane e dimostrare che ragionamenti in merito alle strategie di pianificazione fiscale interessano anche le imprese europee, si cita uno studio di Bartelsman e Beetsma (2000) che riporta l'evoluzione della politica del gruppo automotive BMW tra il 1988 ed il 1992, evidenziando come la quota di imposte pagate in Germania sul totale sia passata dall'88% al 5% e per stessa ammissione del direttore finanziario l'impresa "ha provato a spostare i costi dove le tasse erano più alte", ovvero in Germania. Altri autori concentrano inoltre la propria attenzione non su singole imprese ma su dati aggregati di settore, rilevando come lo spostamento di profitti sia particolarmente rilevante per le imprese tecnologiche e farmaceutiche a causa del valore e della mobilità dei loro brevetti e marchi (Drucker 2011 e Kelly 2016), mentre Contrino esorta a non colpevolizzare le imprese per il solo tentativo di minimizzare le imposte ma di indagare se le operazioni siano poste in essere con l'unico scopo di ridurre il carico fiscale a livello di gruppo. Il rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" del 2013 chiarisce che spesso al fine di ridurre il carico d'imposta complessivo vengono utilizzate delle cosiddette "*special purpose entities*" (SPE), ovvero soggetti senza dipendenti e senza alcuna presenza fisica nel Paese e che hanno l'unico scopo di effettuare finanziamenti o di detenere attività. Si vedrà nel capitolo dedicato all'*Action 8-10* come la recente modifica delle raccomandazioni mira a ridurre le possibilità di imprese di questo tipo di attrarre profitti.

Interessante è la precisazione fornita da Spencer (2013a, pag. 26) il quale ritiene che quand'anche il trasferimento di un bene immateriale tra imprese consociate avvenisse a valori di mercato si potrebbe comunque ravvisare il perfezionamento di una fattispecie elusiva se il nuovo possessore diventasse titolare di una rilevante quota dei profitti senza svolgere alcuna attività sostanziale. Sebbene in questo caso il principio *arm's length* venga formalmente rispettato, ad essere violata è la sua sostanza.

Un lavoro che merita di essere citato poiché sembra presentare risultati contro-intuitivi rispetto alle attese appartiene a Dischinger, Knoll & Riedel (2014), i quali sostengono, che "le attività di *profit shifting*, sebbene comunque significative, sono più del 50% inferiori se gli *headquarters* della multinazionale subiscono un livello di imposizione superiore rispetto alla controllata, rispetto al caso contrario⁸⁸". La giustificazione che gli autori trovano è che, in base alle loro analisi, sembra che i dirigenti valutino positivamente il fatto di avere molti fondi e attività di valore sotto il proprio controllo. Questa risultanza sembra in parte contrastante con la dottrina prevalente che ritiene invece i differenziali fiscali creati dai paradisi tropicali (ma, si è visto, apparentemente anche e soprattutto europei) la fonte

⁸⁸ Dischinger, Knoll & Riedel, 2014, pag. 250

principale di spostamento dei profitti e con le evidenze fornite dai numerosi casi balzati agli onori della cronaca.

Un aspetto che merita di essere sottolineato riguarda una importante imperfezione (per i piccoli azionisti) degli schemi sovraesposti ed utilizzati in modo massiccio, si è visto, dalle multinazionali americane, e che di fatto “blocca” all’estero enormi quantità di denaro: se gli azionisti volessero entrare in possesso di esse, dovrebbero scontare un’imposizione del 35% (negli USA) sul rimpatrio. In altri termini, Google ha “implementato una fantastica struttura fiscale, ma nessuno può prendersi i soldi⁸⁹”. A pensarci bene, è un po’ come aver inventato una cassaforte a prova di scasso, averci rinchiuso tutti i propri guadagni e aver dimenticato dentro la chiave.

È evidente che però a questo inconveniente ha pensato anche il management dell’impresa, che tuttavia sembra in apparenza doversi scontrare con l’impossibilità, anche per un gigante dell’economia mondiale, di derogare a delle specifiche disposizioni normative. A riguardo si è già avuto modo di parlare dell’importante potere di lobbying delle *corporations* americane e, a guardare con occhio prevenuto, si potrebbe leggere a loro favore la proposta del presidente Obama per l’anno fiscale 2016 di un “condono” volto al rimpatrio delle somme trattenute all’estero riportato da Avi-Yonah (2015), che prevedrebbe un’imposizione ridotta al 14% per i

redditi rimpatriati. Bisognerà vedere se uno sconto del 50%⁹⁰ sarà ritenuto sufficiente o no.

Ulteriore evidenza della portata di BEPS è ottenibile da uno studio di Gravelle (2015), che ha indagato il rapporto tra il PIL dei principali Paesi OCSE e dei maggiori paradisi fiscali (PIL maggiore di 15 miliardi di dollari, inclusi i Paesi Bassi) e i profitti delle imprese americane ivi localizzate. La tabella 4 riportata a fianco, fonte di una riorganizzazione grafica dei dati ottenuti dall’autrice, riassume i risultati che appaiono eloquenti.

Da un lato è ravvisabile una generalizzata crescita tanto nei Paesi OCSE quanto in quelli considerati a fiscalità privilegiata; dall’altro, i tassi di crescita dei profitti in percentuale sul PIL nei paradisi fiscali preoccupano

soprattutto considerando il fatto che le giurisdizioni che sperimentano l’incremento maggiore sono tutte dell’area europea (Cipro +39%, Irlanda +451%, Lussemburgo +598%, Paesi Bassi

PAESE	Profitti di controllate americane in % del Pil (2004)	Profitti di controllate americane in % del Pil (2010)
OCSE		
Canada	2.6	3.3
Francia	0.3	0.6
Germania	0.2	0.4
Italia	0.2	0.3
Giappone	0.3	0.4
Regno Unito	1.3	2.1
TAX HAVEN		
Costa Rica	1.2	-
Cipro	9.8	13.6
Hong Kong	2.8	2.6
Irlanda	7.6	41.9
Lussemburgo	18.2	127.0
Paesi Bassi	4.6	17.1
Panama	3.0	0.1
Singapore	3.4	4.7
Svizzera	3.5	12.3

Tabella 4 - Profitti delle controllate americane in % sul PIL (Fonte: Gravelle 2015)

⁸⁹ Van den Hurk, 2014, pag. 29

⁹⁰ La proposta, tra le altre cose, prevede un taglio dell’aliquota d’imposta sulle società dal 35% al 28%.

+272% e Svizzera +251%), sintomo che qualcosa nelle politiche economiche comunitarie che dovrebbero tendere all'armonizzazione non funziona come dovrebbe.

Se il confronto si sposta ai paradisi fiscali di ridotte dimensioni, i numeri assumono valori che a prima vista si stenta a ritenere veritieri (tabella 5).

Oltre ad essere rilevanti multipli del prodotto interno lordo, infatti, i profitti delle imprese americane sono ulteriormente cresciuti ed appare evidente che la ragione per cui, ad esempio nelle Isole Cayman, a fronte di un PIL 2010 di 3,3 miliardi di dollari vi erano 68,2 miliardi di dollari di profitti esteri non può essere l'attrattiva del mercato interno.

PAESE	Profitti di controllate americane in % del Pil (2004)	Profitti di controllate americane in % del Pil (2010)
Bahamas	43.3	70.8
Barbados	13.2	5.7
Bermuda	645.7	1614.0
Isole Vergini Britanniche	354.7	1803.7
Isole Cayman	546.7	2065.5

Tabella 5- Profitti delle controllate americane in % sul PIL piccoli paradisi fiscali (Fonte: Gravelle 2015)

Il risultato degli accumuli di liquidità di cui parla buona parte della dottrina e

finanche della stampa generalista è ben riassunto da Henn (2013) che nota come nel 2010 le Isole Vergini Britanniche siano state il secondo più grande investitore in Cina (14%) dopo Hong Kong (45%) e prima degli Stati Uniti con solo il 4%, mentre simili dati si ottengono guardando ai Paesi maggiori investitori in Russia. Rileva inoltre che “alcuni Stati come Paesi Bassi, Cipro e Lussemburgo consentono di negoziare *ruling* fiscali specifiche in cui l'aliquota di imposizione è direttamente negoziata tra l'impresa e l'amministrazione finanziaria⁹¹”.

Tali risultati sono confermati dalla stessa Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, che nel più volte citato rapporto del 2013 utilizza i dati forniti dal Fondo Monetario Internazionale per affermare che nel medesimo periodo considerato da Henn Barbados, Bermuda ed Isole Vergini Britanniche sono stati destinatari di più investimenti diretti esteri (5.11% del totale mondiale) rispetto alla Germania (4.77%) o del Giappone (3.76%) ed hanno altresì effettuato più investimenti all'estero della Germania⁹².

Da dati OCSE⁹³ si legge in modo conforme a quanto sopra riportato che gli investimenti diretti esteri sono sempre più concentrati e nei Paesi che nel 2005 avevano un rapporto IDE/PIL maggiore del 200%, essi sono passati da un valore 38 volte superiore alla norma ad uno 99 volte maggiore.

Oltre a distorcere le decisioni delle imprese relativamente all'allocazione dei profitti e delle attività, risultano distorte anche le considerazioni sui mezzi di finanziamento; Clausing (2009) è solo uno dei molteplici autori che affrontano il tema dell'alterazione del rapporto di indebitamento delle imprese a causa delle dinamiche fiscali. La ragione di ciò, in termini

⁹¹ Henn, 2013, pag. 4

⁹² OECD, 2013b, pag. 17

⁹³ OECD, 2015j, pag. 15

molto semplici, è che siccome gli interessi sui debiti sono in genere deducibili (totalmente o parzialmente), le imprese cercheranno di accrescere il tasso di indebitamento dove le imposte sono maggiori per ridurre la base imponibile in modo coerente, se vogliamo, con quanto dichiarato dagli amministratori di BMW.

Sul fronte dell'indebitamento interviene anche l'*Action 11* del Progetto BEPS, dedicato alla misurazione e al monitoraggio del fenomeno, rilevando che il debito è generalmente concentrato nelle imprese del gruppo localizzate in Paesi ad elevata fiscalità. Uno degli indicatori di ciò è il rapporto tra interessi e redditi, che per le imprese localizzate in paesi *high-tax* è fino a tre volte superiore rispetto alle consociate localizzate altrove.

Oltre all'incentivo garantito dalla deducibilità degli interessi passivi, Gravelle individua nelle *check-the-box rules* un ulteriore fattore rilevante per le decisioni sull'indebitamento; il caso utilizzato è quello di un'impresa estera che faccia da finanziatore per altre società del gruppo. In linea generale, qualora essa si limiti a ricevere interessi passivi, ricadrebbe sotto l'egida delle CFC, vedendosi tassati i propri profitti anche negli Stati Uniti. Se tuttavia le imprese perentrici dei finanziamenti venissero qualificate come "*disregarded entity*", al fisco americano non apparirebbe alcuna operazione poiché le diverse imprese si configurerebbero come un *unicum* ai fini fiscali, mentre alla controllata sarebbe garantita la deducibilità degli interessi pagati nella propria giurisdizione. Di queste situazioni si occupa in particolare, come si vedrà brevemente nel seguente capitolo, l'*Action 2* del Progetto BEPS.

Giusto per fornire ulteriori evidenze e spunti di riflessione, si consideri oltre a quanto già descritto che ancora diverse evidenze di distorsioni causate da BEPS sono portate dall'*Action 11*, che enumera tra le principali il fatto che le consociate localizzate in Paesi a bassa fiscalità riportano in genere profittabilità doppie rispetto alle altre imprese e, godendo di aliquote fiscali effettive di 4-8 punti inferiori alle imprese meramente domestiche, possono beneficiare di un notevole vantaggio competitivo. Relativamente ai beni immateriali, l'Organizzazione espone inoltre come risulti da evidenze empiriche che il rapporto tra royalties ricevute e spese di ricerca e sviluppo delle imprese localizzate in paradisi fiscali tende ad essere 6 volte superiore alla norma.

Quanto esposto finora testimonia che il problema di BEPS è rilevante e necessita di una soluzione. Bisogna comunque precisare, come correttamente fatto da Clausing (2011, pag. 1585) che "le crescenti perdite di materia imponibile [descritte agli inizi del presente capitolo] sono imputabili principalmente alla crescita dei profitti delle imprese, sebbene il continuo declino delle aliquote effettive all'estero abbia giocato il suo ruolo". Tra le risposte suggerite vi sono quelle di ridurre l'aliquota d'imposta sulle società e di allargare la base imponibile.

Alla luce di tutto ciò, appare doverosa la presa di posizione dell'OCSE quando riconosce che “gli standard internazionali attualmente in vigore potrebbero non aver tenuto il passo con i cambiamenti nella pratica economica mondiale, in particolare nell'area dei beni immateriali e dello sviluppo della *digital economy*⁹⁴”. Oltre agli altri sviluppi che si vedranno essere proposti in seno al progetto BEPS, importante è la consapevolezza che serva un nuovo sistema di reporting e di controllo (contenuto nell'*Action 13*).

L'obiettivo dei sistemi impositivi dei maggiori Paesi industrializzati deve oggi essere quello di consentire un prelievo da parte del fisco senza alterare l'economicità delle operazioni; la situazione attuale, tuttavia, spinge le imprese ad intraprendere progetti e transazioni che sarebbero sconsigliabili in un mondo esente da imposte ma che divengono più convenienti proprio per effetto dell'imposizione fiscale.

L'obiettivo principe dell'OCSE è stato dunque quello di sviluppare rapidamente un piano d'azione globale per fornire ai legislatori “strumenti, nazionali ed internazionali, mirati ad allineare il diritto a tassare con la reale attività economica⁹⁵” ed in tutto questo sarà necessario coordinarsi poiché potrebbe darsi che non tutti i Paesi siano portati a scegliere, in condizioni di autonomia, gli stessi strumenti per rispondere al medesimo problema.

Per la prima volta nella sua storia, inoltre, l'OCSE apre la porta alla fallibilità delle proprie raccomandazioni in materia di prezzi di trasferimento, da sempre fondate sull'ALP, dicendosi pronta a considerare “miglioramenti o chiarificazioni alle regole sul *transfer pricing*” soprattutto per quelle aree dove oggi sembrano esserci maggiori problemi, nonostante sia esclusa la possibilità di passare ad un sistema che non preveda l'*arm's length principle* in posizione apicale.

Sebbene questa opera di riforma fosse sentita come necessaria da più parti, non è stata esente da critiche da parte della dottrina, scontenta dei numerosi compromessi cui si è giunti che, a detta di alcuni autori, sminuiscono l'efficacia delle disposizioni rispetto ai progetti iniziali.

La maggior parte delle contestazioni riguarda delle singole fattispecie rilevanti, e verranno esposte nel capitolo dedicato alla presentazione dei 15 blocchi del progetto di riforma, ma vi è anche chi come Contrino si domanda “perché la soluzione generale non sia stata di attaccare solo quei Paesi che si comportano da *free rider* fiscali, considerando che sono essi i maggiori responsabili di BEPS⁹⁶”.

Non è difatti facile biasimare le imprese per il loro tentativo di minimizzare le imposte dovute, qualora ciò venga fatto in ottemperanza alle normative fiscali vigenti; è tuttavia necessario soffermarsi brevemente ad analizzare alcuni esiti di quei comportamenti di cui si è

⁹⁴ OECD, 2013b, pag. 7

⁹⁵ *Ibidem*, pag. 8

⁹⁶ Contrino, 2014, pag. 841

data descrizione poc'anzi. Viene da chiedersi se queste decisioni vengano effettivamente prese nell'interesse di (tutti) gli azionisti dal momento che, come sottolinea Van den Hurk, agli occhi degli analisti queste imprese sembrano ottenere splendidi risultati grazie alla loro ottimizzazione fiscale, “ma qual è il senso di performare bene se i guadagni non possono essere realizzati?⁹⁷”. Questo fatto rischia di sfociare dal piano fiscale a quello economico-finanziario sostanziandosi in una alterazione dei valori di mercato delle azioni; a tal riguardo, Drucker (2010) afferma che nel 2009 i benefici fiscali hanno contribuito ad incrementare i ricavi di Google del 26% e qualora, fossero state pagate tutte le imposte all'aliquota del 35% in vigore negli Stati Uniti, il prezzo delle azioni sarebbe sceso di circa 100\$⁹⁸. Che l'impatto sul prezzo delle azioni sia effettivamente questo è tutto da dimostrare, soprattutto alla luce della teoria economica che vorrebbe i mercati in grado di scontare già, nel prezzo delle azioni, la parziale “illiquidità” della cassa detenuta all'estero, ma i numeri proposti servono nondimeno come utile spunto di riflessione.

Consapevole della necessità di agire in fretta ed in modo coordinato per non mettere a repentaglio l'attuale clima di consenso, l'OCSE è giunta in tempi estremamente rapidi alla produzione di un set integrato di riforme atte a colpire i fenomeni di BEPS ma sarebbe però sbagliato pensare di limitare l'importanza del Progetto BEPS ai soli Paesi OCSE, come fa giustamente notare Brauner (2014b), poiché tutte le nazioni produttrici soffrono le conseguenze del problema; è dunque da accogliere positivamente lo spirito di collaborazione instaurato dall'OCSE con i Paesi in via di sviluppo che si può percepire dal documento del 2014 prodotto a seguito delle consultazioni con i rappresentanti di numerose nazioni africane, asiatiche e sudamericane.

Questa improvvisa spinta riformatrice, che verrà approfondita nel seguito del lavoro, è da imputare sicuramente anche e soprattutto alla considerazione che “le imprese che adottano sofisticate strutture di pianificazione fiscale hanno evidentemente passato il confine di ciò che si può ritenere accettabile⁹⁹”.

2.2 - Tratti distintivi del “Progetto BEPS”

Sin dal primo sguardo si capisce che “Il nuovo rapporto dell'OCSE *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* non sembra il tipo di cosa che qualcuno leggerebbe per piacere, ma

⁹⁷ Van den Hurk, 2014, pag. 31

⁹⁸ Si consideri che al 31 gennaio 2009 il prezzo delle azioni Google era di 619.98 dollari (dati Yahoo Finance). Un calo di 100 dollari significherebbe un ribasso di oltre il 16%.

⁹⁹ Van den Hurk, *ibidem*.

garantisco che se lo leggerete, vorrete poi dire ai vostri amici (e nemici) cosa avete scoperto nelle sue circa 80 fitte pagine. Specialmente se pagate le tasse¹⁰⁰”.

Si è ampiamente detto, nelle pagine precedenti, di come lo stato attuale della fiscalità internazionale sia precario e un intervento riformatore, come quello del Progetto BEPS, fosse “veramente necessario” (Brauner, 2014a, pag. 39) non solo per infondere nuovamente un senso di giustizia ed equità¹⁰¹ nei cittadini, ma anche e soprattutto per preservare “i suoi contributi molto positivi” (Brauner, *ibid.*).

A sottolineare ulteriormente l'importanza della riforma è intervenuto anche il BEPS Monitoring Group, che in sede di commento al *Discussion Draft* nella parte sui servizi a scarso valore aggiunto ha avuto modo di ribadire la necessità di una “radicale riforma dell'approccio OCSE ai prezzi di trasferimento¹⁰²”, facendo leva su ulteriori elementi come l'eccessivo onere che l'attuale sistema pone in capo a contribuenti ed amministrazioni (senza che questo porti, peraltro, ad una maggiore oggettività di giudizio). Un elemento critico innovativo e non trascurabile riguarda l'asserita difficoltà nell'utilizzo dell'attuale sistema da parte delle amministrazioni finanziarie dei Paesi più poveri che non dispongono di risorse umane sufficienti da destinare ad un sistema definito “malfunzionante”.

In apertura di questa sezione, che insieme alla prossima cercherà dapprima di offrire una visione panoramica dell'intero lavoro e dei suoi aspetti principali e quindi, in seguito, di addentrarsi in alcuni specifici dettagli del pacchetto di riforme, è bene porsi esplicitamente la domanda cui si cercherà di dare risposta in conclusione del presente lavoro: “il Progetto BEPS sarà il punto d'inizio per lo sviluppo di nuovi principi di fiscalità internazionale, o sarà il fallimento definitivo dell'OCSE nell'ottenere consenso, nonostante un apparente livello di supporto politico?¹⁰³”.

La risposta all'interrogativo appena posto non sarà affatto univoca, soprattutto a causa delle talvolta frammentarie opinioni della dottrina, ma quello che si può senza dubbio anticipare è che l'interesse degli addetti ai lavori, degli Stati e delle imprese multinazionali è stato grande in tutte le fasi dei lavori, così come è stato grande il contributo fornito alla discussione, come si avrà modo di evidenziare nel corso del prossimo capitolo. Sebbene alcuni, come fa notare Brauner, abbiano cercato di sminuire l'importanza del Progetto BEPS tacciandolo di

¹⁰⁰ Love, 2012

¹⁰¹ Il rapporto tra equità e fiscalità è un concetto di lontana elaborazione. Nel mondo antico, Aristotele affermava che la giustizia richiede che una persona contribuisca alle spese pubbliche in modo adeguato, né spendendo troppo, né troppo poco (Van de Vijver, 2015). Nel Medioevo il concetto di evolse nella Magna Charta del 1215 per giungere nel Settecento allo slogan “*No taxation without representation*” dei ribelli americani. Oggi, la necessità è quella di ripristinare un equo rapporto tra il carico fiscale gravante sulle imprese e sui cittadini, per “infondere nei cittadini fiducia [...] nella giustizia dei sistemi fiscali mondiali e fornire ai governi uno strumento efficace a garanzia dell'effettività delle rispettive politiche fiscali” (Valente, 2016b, pag. 1152)

¹⁰² OECD, 2015o, pag. 39

¹⁰³ Baker, 2013, pag. 605

populismo e di vivere soltanto di una bolla mediatica¹⁰⁴ che si sarebbe rapidamente sgonfiata, il proliferare dei contributi forniti dalla dottrina testimonia come in realtà, se di bolla si tratta, essa è tutt'ora in fase crescente.

Ben riassume questo clima di fiducia ed attenzione quanto affermato da Spencer, secondo cui “il Rapporto BEPS è sbalorditivo perché discute in modo aperto le debolezze dell'architettura fiscale internazionale disegnata dall'OCSE e dai governi suoi membri, ed apre a sostanziali riforme¹⁰⁵”, mentre Brauner va subito alla ricerca dei colpevoli, trovandoli “prima e soprattutto nella globalizzazione e nelle multinazionali¹⁰⁶”. Ugualmente entusiastica la considerazione di Finn e McCaffrey, secondo cui “è chiaro che l'iniziativa su BEPS è uno dei più grandi stravolgimenti nella politica fiscale internazionale degli ultimi tempi¹⁰⁷”.

Accanto alle posizioni ottimiste di molteplici autori, vi sono quelle decisamente più polemiche di Mayr e Fort (2014), che vedono come ipocrita la posizione degli Stati e dell'OCSE che, dopo essere stati per anni i primi fautori dell'attuale sistema ed aver sfruttato a proprio vantaggio tutti i *gaps* ivi contenuti, scaricano ora tutta la responsabilità sui gruppi multinazionali pur mantenendo attivi i regimi di favore, di cui si è avuto modo di dire brevemente altrove, per attrarre base imponibile.

Per capire però come i lavori su BEPS abbiano cambiato il panorama, si ricorda quanto già esposto ovvero che, sino ad oggi, l'obiettivo principale dell'OCSE e dei legislatori è stato di ripartire tra Paese della fonte e Paese di residenza il carico impositivo, avendo cura di evitare il generarsi di doppia imposizione giuridica in capo ai soggetti economici coinvolti nell'operazione; la lettura delle Convenzioni stipulate sulla base del modello OCSE in questo senso portava spesso a “non curarsi delle effettive conseguenze che da questo riparto scaturivano, nella prospettiva di un effettivo assoggettamento a tassazione¹⁰⁸”.

Con i recenti sviluppi, l'ottica parrebbe radicalmente cambiata: il condizionale è d'obbligo poiché, come ricordato dalla dottrina, le Linee Guida OCSE “sono soltanto *soft law*, non un codice tributario internazionale sui prezzi di trasferimento¹⁰⁹” e dunque fondamentale sarà il confronto tra la nuova formulazione delle stesse ed i provvedimenti concreti che gli Stati vorranno intraprendere a riguardo, dal momento che la stessa OCSE appare ben consapevole che trattandosi di un problema globale, “soluzioni unilaterali e scoordinate da parte degli Stati non saranno sufficienti e anzi potrebbero peggiorare le cose¹¹⁰”. Innovativa rispetto al passato

¹⁰⁴ Brauner, 2014a, pag. 11

¹⁰⁵ Spencer, 2013a, pag. 24

¹⁰⁶ Brauner, 2014a, pag. 15

¹⁰⁷ Finn e McCaffrey, 2015, pag. 75

¹⁰⁸ Greggi, 2013, pag. 11

¹⁰⁹ Lagarden, 2016, pag. 53

¹¹⁰ OECD, 2014, pag. 12

è la consapevolezza che le soluzioni adottate dai Paesi in via di sviluppo dovranno necessariamente essere diverse da quelle che invece riguarderanno i Paesi cosiddetti occidentali, visti i differenti punti di partenza; questo testimonia come i tempi siano cambiati e una azione condivisa dai soli Paesi industrializzati non sia né possibile né tantomeno auspicabile.

Tra i principali problemi dell'attuale sistema su cui la comunità internazionale ha costruito il progetto, Spencer individua i) la crescente separazione tra sede dell'attività e degli investimenti e luogo in cui vengono riportati i profitti a fini fiscali, ii) la difficile interazione tra i sistemi tributari nazionali che offre alle imprese la possibilità di sfruttare a proprio vantaggio la situazione e iii) l'importanza sempre maggiore dei beni immateriali come fonte di valore¹¹¹, mentre Finn e McCaffrey (2015) aggiungono a questo che è anche necessario accrescere la trasparenza per le amministrazioni sulle attività svolte. Sul punto della trasparenza che si vedrà essere elemento cardine di molti passaggi del Progetto, Brauner (2014a, pag. 39) precisa ulteriormente che “la trasparenza è desiderabile, non solo come maggiore scambio di informazioni [tra le amministrazioni], ma anche come apertura all'analisi del pubblico, degli studiosi e dei media”.

La nuova ottica di cui si parlava poc'anzi non elimina quanto di buono fatto sinora ma va ad affiancarsi alla precedente e guarda con rinnovato interesse ai casi in cui i trattati contro le doppie imposizioni vengono in realtà utilizzati dalle multinazionali al fine di generare spazi di doppia non-imposizione; sul punto Gregg (2013, pag. 8) osserva speranzosa che “sembra che la porzione della Comunità internazionale rappresentata in seno all'OCSE cerchi in prospettiva di abbandonare un approccio *destruens* (della doppia imposizione internazionale) per accedere ad uno *construens* della fiscalità transfrontaliera”.

Sulla scia di questa evoluzione delle dinamiche economiche e fiscali internazionali, l'OCSE ha spostato il proprio focus dalla risoluzione del dualismo Paese della fonte-Paese di residenza all'odierna volontà di accertare che i risultati fiscali siano in linea con la creazione del valore.

Nelle aspettative di Gregg, riportate in un articolo risalente alle fasi iniziali dei lavori al Progetto BEPS, “si tratta della prima volta in cui l'OCSE affronta questo tema in maniera sistematica trasformando, di fatto, il Modello di Convenzione da strumento di contrasto alla doppia imposizione a strumento di garanzia dell'effettiva imposizione stessa¹¹²” ed è nondimeno la prima volta che i lavori non avvengono in nome, per conto e nell'interesse particolare dei Paesi membri ma sembra esserci un attivo coinvolgimento anche delle nazioni

¹¹¹ Spencer, 2013a, pag. 25

¹¹² Gregg, 2013, pag. 15

in via di sviluppo¹¹³. Con il progetto andato a buon fine (pur restando da vedere come i Paesi si muoveranno nei confronti di esso, trattandosi, come detto, di *soft law*) dovrebbe ora essere più facile assicurare che sui redditi avvenga un effettivo prelievo tributario, per quanto necessariamente diversificato in base alla legislazione dei diversi Stati.

Il cambio di direzione impresso dall'Organizzazione è così netto che la lotta alla doppia imposizione ha perso numerose posizioni nella classifica delle priorità, al punto che su ciò al momento l'OCSE non ha in progetto nessuno sviluppo nei prossimi 10 anni (Huibregtse e Valutyte, 2016). Se questi progetti andranno a buon fine, secondo gli autori testé citati, il risultato potrebbe essere con buona probabilità un aumento dell'*Effective Tax Rate* delle multinazionali tra il 10 ed il 20 per cento.

Uno degli ulteriori punti innovativi del Progetto BEPS riguarda le modalità di aggiornamento della disciplina internazionale: come giustamente ha fatto notare Cipollina, l'orientamento del passato è stato fondamentale rivolto a sviluppare la negoziazione bilaterale tra Stati, con il risultato che oggi esistono al mondo oltre 3000 trattati contro le doppie imposizioni a fare da struttura di base del diritto fiscale internazionale. L'autrice mette però in risalto il problema di fondo che tutto ciò trascura, ovvero che questo tentativo di risolvere “per coppie” tematiche che in realtà sono oggi multilaterali, essendo “finalizzato alla distribuzione dei diritti di imposizione tra i due Stati contraenti, non può risolvere il problema della ripartizione della base imponibile tra più Stati, quando l'attività economica è integrata su scala globale¹¹⁴”. Poiché la dottrina prevalente plaude allo spirito condiviso che ha caratterizzato i lavori su BEPS sin dal loro inizio, non ci si sente di condividere quanto riportato da Lagarden (2016) circa l'operato dell'attuale governo tedesco, secondo cui le tasse sono un problema domestico e, non essendoci una legge applicabile su scala internazionale, ciascuno Stato ha il diritto di coltivare e difendere i propri interessi nazionali, con il consenso degli altri Paesi o, in sua assenza, anche agendo unilateralmente. Le posizioni citate appaiono tuttavia più un modo di mettere pressione alla comunità internazionale per dar maggior peso all'opinione tedesca che non una reale volontà di disconoscere l'operato degli organismi internazionali a favore della legislazione domestica, sebbene anche Bartelsman e Beetsma, in uno studio tuttavia leggermente datato, abbiano messo in risalto come in seno alla comunità politica vi sia un ampio “dibattito di crescente rilevanza sulla scelta tra concorrenza fiscale e coordinamento fiscale¹¹⁵”.

¹¹³ Si veda, a tal riguardo, il già citato rapporto *Two-Part Report to G20 Developing Working Group on the Impact of Beps in Low Income Countries* del 2014

¹¹⁴ Cipollina, 2014, pag. 34

¹¹⁵ Bartelsman e Beetsma, 2000, pag. 1

Il crescente problema della doppia non-imposizione che ha dato definitivamente il via al progetto di riforma nasce prima e soprattutto nel Paese della fonte (Greggi, 2013), a causa del “caotico sovrapporsi di modifiche normative in assenza di un accettabile coordinamento¹¹⁶”; quest’ultimo deve dunque farsi carico di negare la deducibilità di componenti di reddito che non saranno soggette ad imposizione in un altro Stato, ma questo non fa che rafforzare la necessità di un coordinamento in sede internazionale delle politiche fiscali interne.

Con la globalizzazione a ritmi sempre più incalzanti e la crescente rilevanza di molteplici economie nazionali, si è reso evidente che “sono finiti i tempi in cui l’OCSE e le Nazioni Unite semplicemente ricalcavano la legislazione americana sui prezzi di trasferimento¹¹⁷” poiché sempre più Stati si stanno dotando di propri strumenti per combattere le pratiche fiscali aggressive messe in atto dalle imprese multinazionali, spesso anche in modi che contrastano profondamente con l’impianto adottato in sede OCSE¹¹⁸. Il rischio che si corre, e di qui l’urgenza che il Progetto BEPS giunga rapidamente ad un epilogo positivo, è di una (oggi anacronistica) frammentarietà di interventi, con i singoli Paesi che ritengano sufficiente intraprendere la via della legislazione interna per risolvere problemi che, si è visto, sono tutt’altro che domestici.

Secondo l’opinione condivisibile di Dorigo e Mastellone, il progetto BEPS costituisce quindi “l’ambiente nel quale il diritto tributario internazionale ripensa se stesso e, preso atto della vetustà di certe sue regole, prova a ridisegnarle per tener dietro alla rapida evoluzione dell’economia e delle condotte¹¹⁹” delle multinazionali.

Il punto da affrontare è, come avvedutamente colto da Ting, che “non esiste un principio economico-guida per determinare l’allocazione dei diritti impositivi tra Paese di residenza o della fonte¹²⁰” ed alla fine tutto si risolve in un compromesso politico.

Il Progetto BEPS ha preso dunque il via da un ambiente caratterizzato da una sostanziale libertà di movimento dei diversi Paesi e lo scopo è stato quello di porre fine a tale eccessiva frammentarietà per ricondurre tutti verso un comune obiettivo, ovvero attrarre a tassazione i redditi nel luogo ove si collochi la sostanza economica dell’operazione (Dorigo e Mastellone, 2015). Il tentativo (arduo) dell’OCSE è stato quello di risolvere i problemi esposti in apertura del presente capitolo innovando radicalmente e senza tuttavia stravolgere il previgente sistema fondato sull’*arm’s length principle*. A dire il vero, come fanno presente Hickmann, Neighbour e Whipp (2013) le attese di alcuni esponenti della dottrina erano addirittura

¹¹⁶ Greggi, 2013, pag. 16

¹¹⁷ Wittendorff, 2016, pag. 331

¹¹⁸ Si veda il caso di Brasile, India e Cina, che hanno degli autonomi metodi di determinazione dei prezzi di trasferimento.

¹¹⁹ Dorigo e Mastellone, 2015, pag. 37

¹²⁰ Ting, 2014b, pag. 56

soltanto quelle di un mero intervento chiarificatore delle disposizioni esistenti, che sarebbero potute rimanere invariate. Così tuttavia non è stato e alcune delle modifiche attese dai più ci sono state, come si avrà modo di vedere poco oltre.

Nel gruppo degli autori più critici c'è anche chi, come Brauner, muove delle osservazioni al fatto che sia stata incaricata proprio l'OCSE di riformare il sistema tributario internazionale, poiché è colpevole a suo dire di essere il primo responsabile dell'attuale situazione, ma si tratta di un caso isolato visto tutti gli autori¹²¹ vedono nell'OCSE l'unico soggetto dotato di sufficiente riconoscimento internazionale e soprattutto salutano con favore il coinvolgimento attivo di Paesi terzi (non membri) nel progetto.

Un altro tema su cui vi è stato ampio dibattito ha riguardato il termine biennale che l'OCSE si è posta per giungere alla presentazione dei lavori definitivi; taluni come Hickmann, Neighbour e Whipp lo hanno ritenuto adeguato soprattutto in virtù del fatto che, trattandosi di un progetto guidato dai ministri delle finanze dei Paesi OCSE, oltre all'interesse economico c'è per la prima volta un interesse politico all'ottenimento di un risultato ed un allungamento dei termini avrebbe rischiato di smorzare lo slancio politico, portando alla necessità di ridefinire nuovi obiettivi; talaltri, come Spencer, hanno commentato che il termine di due anni era eccessivamente ridotto per consentire un riforma ragionata ed hanno evidenziato il rischio che si giungesse ad un risultato che semplicemente “tamponasse” il problema senza tuttavia intervenire per risolverlo alla radice.

C'era però anche chi, come Ault, diffidava addirittura della possibilità che si giungesse alla produzione di un qualche risultato, osservando che “l'OCSE ha avuto mandato dal G20, i cui membri includono i Paesi BRICS, che spesso sono in disaccordo con le politiche fiscali dell'OCSE, gli Stati Uniti che spesso vanno per la loro strada e i ministri delle finanze europei, che generalmente non concordano su nulla a parte la necessità di cambiamento ed il dare all'OCSE una scadenza per produrre dei risultati¹²²”, mentre sembra porsi in posizione ambivalente Brauner (2014b, pag. 12) definendo da un lato il progetto BEPS come “opportunistico e politico” e riconoscendo dall'altro importanti risultati raggiunti già nella sua fase embrionale.

¹²¹ La critica mossa da Brauner sembra più un tentativo di smuovere l'attenzione sul ruolo dell'Organizzazione negli ultimi anni piuttosto che una reale sfiducia nella possibilità che l'intervento giunga ad una efficace soluzione, poiché è egli stesso a convenire, altrove nei suoi scritti, che non si sarebbe potuto trovare un soggetto diverso e dotato della medesima credibilità a livello internazionale per portare a compimento un progetto così ambizioso.

¹²² Ault H.J., 2013, *Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*, pag. 1195 in Ting, 2014b, pag. 56

La sezione che segue tenterà, dunque, di fornire gli elementi per comprendere pregi e difetti della disciplina contenuta nel Progetto BEPS e che consentirà di sposare, di volta in volta, le tesi dell'una o dell'altra parte della dottrina.

2.3 - I 15 Action plan

Il Progetto BEPS si articola in 15 “piani d'azione”, ciascuno volto ad affrontare una specifica tematica rilevante per la tassazione internazionale e nello specifico foriera di problemi in tema di *base erosion e profit shifting*.

Il Servizio del Bilancio del Senato della Repubblica italiano ha elaborato, nell'ottobre 2015 all'indomani del varo della versione finale degli *Action Plan*, una nota informativa che, oltre a riassumere in poche pagine l'obiettivo ed i contenuti del lavoro, contiene un semplice ma efficace schema relativo all'organizzazione tematica dei diversi “pezzi”, riportato in figura 3.

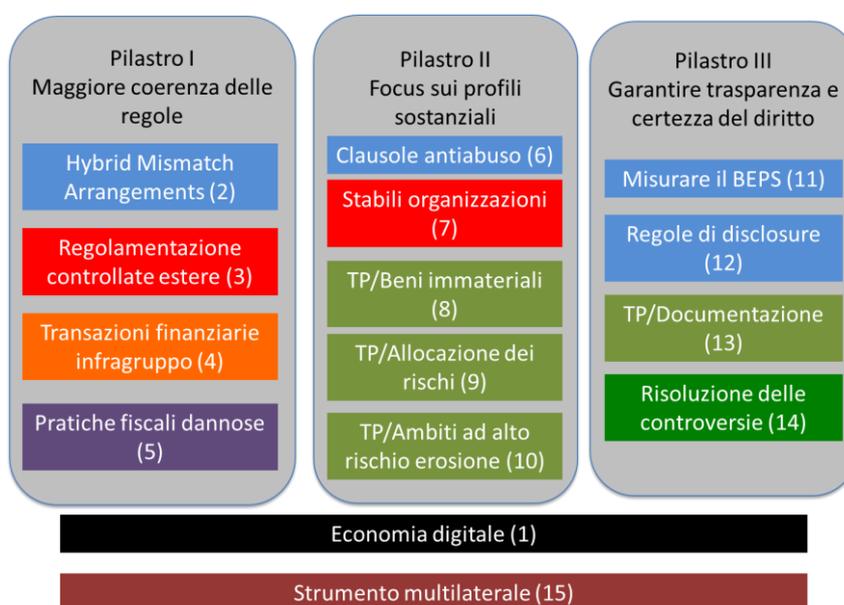


Figura 3 - Il Pacchetto BEPS (Fonte: www.senato.it, rielaborazione)

Il primo e l'ultimo degli *Action Plan*, secondo tale analisi, sono trasversali, in quanto toccano tutti i temi su cui entrano i restanti 13; il primo pilastro contiene le misure volte a riformulare le regole in modo da renderle più chiare e facili da applicare anche per i Paesi in via di sviluppo che, come tali, non dispongono ancora di strutture amministrative adeguatamente preparate. Il secondo pilastro è dedicato, invece, alla formulazione di disposizioni che spostino l'attenzione ai requisiti sostanziali delle operazioni, consentendo alle amministrazioni di discostarsi con maggiore facilità dall'operazione così come strutturata dalle parti qualora forma e sostanza non coincidano. Da ultimo, il terzo pilastro mira a riformulare le disposizioni esistenti al fine di rendere più agevole per le amministrazioni (le

cui risorse sono spesso limitate) affrontare problemi di BEPS, anche fornendo loro maggiori elementi documentali, senza tuttavia caricare di eccessivi oneri il contribuente.

Quello presentato poc'anzi non è tuttavia l'unico sistema di classificazione del lavoro OCSE presente in dottrina; altri autori hanno fornito i propri adattamenti in modo da farli rispondere alle proprie esigenze espositive e di ragionamento. Si segnala, in particolare, la catalogazione proposta da Brauner¹²³, riportata nella figura 2 che riassume il suo procedere.

Egli individua 5 gruppi entro i quali far ricadere i diversi elementi che compongono il Pacchetto BEPS; il primo di tali gruppi contiene gli *Action item* che l'autore definisce "generalisti", ovvero quelli che rappresentano le sfide correnti della tassazione internazionale. Il secondo gruppo espone invece quelli che nell'idea di Brauner costituiscono le "vere" azioni volte a combattere l'erosione di base imponibile ed il *profit shifting*, ovvero le norme sostanziali che si sono mostrate inadeguate nel recente passato e sulla cui riforma si fonderanno gli sviluppi della fiscalità internazionale nel prossimo futuro. Il terzo raggruppamento è invece dedicato separatamente agli Action Plan sui prezzi di trasferimento, per la loro centralità nel lavoro dell'OCSE sin dalla sua nascita e per la rilevanza del problema in un'economia, come quella odierna, di cui si sono già evidenziati i problemi nei passaggi precedenti del presente lavoro; il quarto blocco espone invece la parte del progetto relativa ad aspetti amministrativi e di *compliance* con la nuova normativa. Il quinto ed ultimo elemento è dedicato all'Action 15 per la sua natura trasversale e soprattutto poiché è diretta manifestazione dell'obiettivo del Progetto BEPS: "promuovere la necessità di un regime impositivo internazionale universale e collaborativo"¹²⁴.

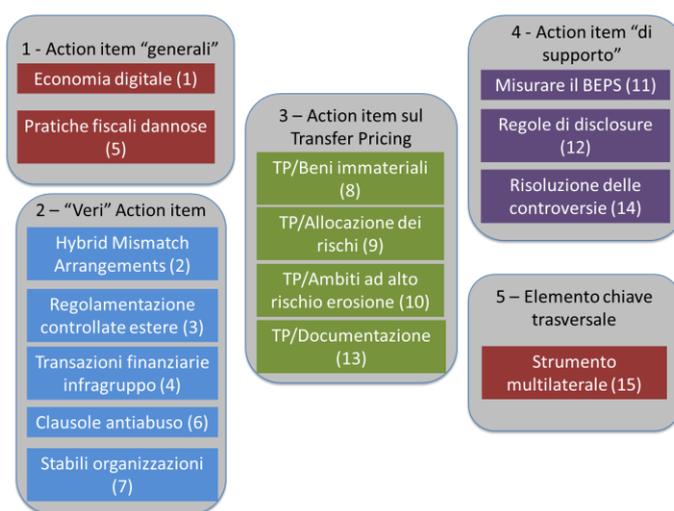


Figura 4 - Il Progetto BEPS

¹²³ Brauner, 2014b, pag. 69

¹²⁴ Tale collaborazione, insieme alla innovazione rispetto alla tradizione passata e all'ampio respiro della riforma (quello che viene definito "approccio olistico") seppure importante e applaudita nel merito, viene contestata da Brauner nella forma, dal momento che egli nota come non sia stato approntato alcun metodo o strumento per perseguirla, lasciando ai vari gruppi di lavoro il compito di coordinare il proprio lavoro.

Un terzo ed ultimo schema, di carattere più “ufficiale” poiché elaborato dalla stessa OCSE e presentato in figura 5, mantiene alcune delle caratteristiche dei due esposti in precedenza, in particolare il riferimento agli *Action* 1e 15 come quelli a carattere maggiormente trasversale, adottando un’ottica tripartita e basata sui concetti di coerenza, sostanza e trasparenza.

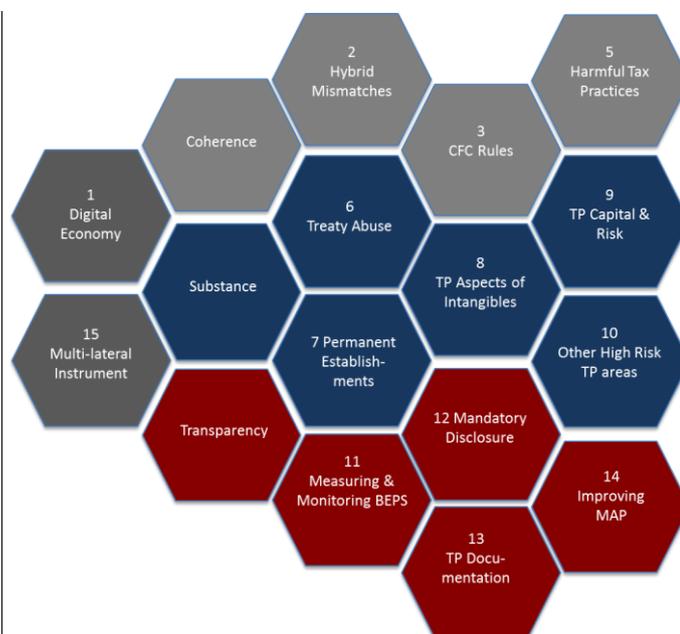


Figura 5 – Schema OCSE Progetto BEPS¹²⁵

È già l’organizzazione grafica di questo schema a mettere in luce come l’OCSE abbia pensato il progetto in senso unitario, come tessere di un mosaico la cui efficacia complessiva è subordinata alle reciproche interazioni e, quindi, ad un’implementazione coerente.

La coerenza è, infatti, il primo dei tre filoni tematici: su di esso si collocano le azioni relative alle distorsioni create dall’imperfetta interazione tra le differenti normative nazionali. Il secondo concetto che funge da *trait d’union* riguarda la sostanza delle operazioni poste in essere e include tutti i documenti volti a contrastare comportamenti elusivi che sfruttino tanto la normativa esistente (Action 6-7) quanto la spesso difficile valutazione delle operazioni poste in essere (Action 8-9-10).

Terzo ed ultimo piano di analisi riguarda la volontà di accrescere la trasparenza nei rapporti tra contribuente e amministrazioni (e di riflesso anche nei confronti dell’opinione pubblica) attraverso un maggiore controllo (Action 11), accresciuto scambio di informazioni (Action 12), nuovi obblighi di reporting (Action 13) ed infine un miglioramento dell’efficacia delle procedure amichevoli di risoluzione delle controversie (Action 14).

Dal momento che, come si è visto poc’anzi, vi è una elevata interconnessione tra i diversi documenti del Progetto BEPS, prima di addentrarsi nell’approfondimento che costituisce il

¹²⁵ Lo schema è preso dalla presentazione di Melinda Brown, TP Senior Advisor presso l’OCSE, tenuta alla Mazars International Tax Conference a Londra, il 13 ottobre 2016

cuore del presente lavoro è opportuno fornire una visione d'insieme utile a contestualizzare quanto si dirà in seguito; la sezione che segue è dedicata ad un rapido riassunto delle tematiche trattate dai diversi Action Plan OCSE, al fine di offrire una prospettiva unitaria secondo il principio appena descritto. La scelta, di carattere meramente organizzativo, è stata di presentarli secondo la numerazione fornita dall'OCSE, non volendo preferire in questa sede alcuno schema o raggruppamento offerto dalla dottrina.

Per comodità espositiva, nella disamina dei diversi documenti pubblicati dall'OCSE che segue nel presente capitolo manca l'analisi di quelli relativi ai prezzi di trasferimento (Action 8-10) e agli oneri documentali (Action 13); la ragione è che essi costituiscono il cuore del presente lavoro e l'esigenza di dedicare loro un adeguato spazio preservando comunque l'impianto sistematico dell'esposizione ha richiesto di collocarli di seguito: sono pertanto approfonditi nel dettaglio ai capitoli Terzo e Quarto.

2.3.1 - Mirare alle sfide fiscali dell'economia digitale (Action 1)

Non è un caso che il pacchetto BEPS si apra con il documento dedicato alla *digital economy*. Si è già avuto modo di raccontare di come le imprese attive in questo settore siano state negli ultimi anni quelle più “pericolose” sul fronte della tassazione internazionale, soprattutto perché “la rivoluzione digitale ha avuto luogo senza una corrispondente evoluzione fiscale¹²⁶”. Fa eco Brauner (2014b, pag. 70) secondo cui “le attuali regole non sono state disegnate per l'economia digitale” e, sebbene si sia tentato di adattarle ai recenti sviluppi, esse rimangono “apparentemente insoddisfacenti per colpire i cambiamenti”. Uno degli aspetti rilevanti che ha consentito ai giganti tecnologici questa posizione di vantaggio deve sicuramente ravvisarsi “nell'importanza degli intangibili nel contesto dell'economia digitale, combinato con la mobilità degli stessi a fini fiscali sotto le regole vigenti”, ma non meno rilevante è la natura spesso ugualmente immateriale dei servizi forniti, che hanno generato “sostanziali opportunità di BEPS nell'area delle imposte dirette¹²⁷”.

Come sostenuto da qualcuno, il nocciolo della questione risiede nell'ancora importante peso che le nozioni di “sede” e di “stabile organizzazione” hanno nel Modello di Convenzione OCSE, che ha cercato inizialmente di affrontare la sfida posta dalle imprese *high-tech* individuando ad esempio nel Paese del server quello di residenza di un soggetto la cui attività principale consista nella gestione di un sito web, ma era chiaro sin dall'inizio che questa soluzione non poteva che essere temporanea. Vi era dunque la necessità di “ampliare la nozione di stabile organizzazione per cercare di tassare i redditi in funzione del luogo in cui

¹²⁶ Malherbe, 2015, pag. 26

¹²⁷ OECD, 2015b, pag. 86

l'impresa ha una quota significativa di mercato¹²⁸” anche nel caso in cui manchi un nesso diretto secondo le attuali regole (Brauner, 2014b).

Concorde con questa visione è anche chi vede nell'intervento OCSE una sorta di “ritorno al passato”¹²⁹, ovvero ad una definizione di stabile organizzazione maggiormente comprensiva che riduca il numero di casi in cui sia prevista l'esclusione dal concetto di stabile organizzazione quand'anche esista una sede fissa dell'attività. Questi interventi, seppur pervasivi e direttamente incidenti sul funzionamento dell'imposizione sui redditi, sono sempre stati rivolti a mantenere fermo il sistema attualmente in vigore ed incentrato sulla prevalenza del principio di residenza sul principio della fonte. Si nota in ogni caso che questo approccio, applicato alla *digital economy*, determina la tassabilità di una quota molto esigua di profitti propri delle imprese dell'*e-commerce*¹³⁰. Resta in ogni caso apparentemente insoluto il problema di come attrarre ad imposizione nel Paese della fonte i soggetti che non presentino una sede fissa d'affari, poiché il sistema attuale “mette la tassazione nello Stato della fonte in posizione sussidiaria rispetto alla tassazione in base alla residenza¹³¹”; in un tale scenario, l'attenzione dell'OCSE sembra essere maggiormente rivolta al fatto che i redditi siano soggetti ad imposizione, non ad imporre che essa avvenga in Stati diversi da quello di residenza dell'impresa multinazionale (o della sua *parent company*).

Il già citato lavoro di Frasoni offre inoltre anche una panoramica sul lavoro di altri autori, i quali hanno avanzato la proposta di riconoscere come bene immateriale la disponibilità di informazioni raccolte sui diversi mercati nazionali, agganciando l'imposizione al valore di codeste informazioni.

Come però fanno notare altri autori¹³², la dottrina ha cercato anche soluzioni volte, nell'impossibilità di colpire il “produttore” dei servizi, a scaricare il carico impositivo sul consumatore finale introducendo delle imposte sull'accesso ad internet o sulla quantità di dati scaricata, ma i Paesi che hanno provato a seguire questa strada hanno dovuto scontrarsi con forti rimostranze da parte dell'opinione pubblica; è il caso, ad esempio, di quanto avvenuto in Ungheria, che ha avuto risalto anche nei media italiani¹³³, dove migliaia di persone sono scese in piazza per protestare contro una nuova imposta che doveva colpire la quantità di dati scaricati.

¹²⁸ Rizzardi, 2014, pag. 1575

¹²⁹ Sul punto si veda Frasoni, 2015, pag. 125

¹³⁰ Frasoni, 2015

¹³¹ Frasoni, 2015, pag. 133

¹³² Si veda, tra gli altri, Bernardi (2015)

¹³³ Si veda l'articolo “Ungheria, Orban congela la tassa su internet” di Andrea Tarquini del 31 ottobre 2014 su Repubblica.it.

Come riportato da Bernardi, i vantaggi in termini di maggior gettito derivanti da imposte di questo tipo sono controbilanciati da effetti negativi in termini di impopolarità, libertà di informazione e disincentivo all'utilizzo di internet.

L'obiettivo dell'Action 1 è quindi di identificare le difficoltà create dall'economia digitale per l'applicazione delle norme esistenti e sviluppare opzioni dettagliate per colpirle, con un "approccio onnicomprensivo rivolto sia all'imposizione diretta che indiretta"¹³⁴.

Una posizione leggermente critica a riguardo è espressa da Brauner (2014a), che ravvisa nel linguaggio utilizzato una contraddizione nell'affermare la difficoltà di applicare le regole vigenti senza voler ammettere che esse sono ormai inadeguate.

I principi cardine della tassazione rimangono gli stessi applicati finora, ovvero quelli risultanti dalle *Ottawa Taxation Framework Conditions* del 2001, come precisato dal testo del Progetto BEPS; essi sono neutralità, efficienza, certezza e semplicità, effettività e giustizia e, infine, flessibilità. Ad essi si aggiunge nel nuovo impianto il concetto di equità, legato alla già citata crescente insoddisfazione dell'opinione pubblica per l'attuale situazione, che viene declinato in equità orizzontale (simile situazione, simile carico fiscale), equità verticale (migliore situazione, maggior carico fiscale) ed equità transnazionale (allocazione di profitti e perdite in modo corretto).

Le soluzioni proposte per risolvere il problema creato dall'economia digitale sono in linea con quelle proposte per risolvere gli altri problemi rilevanti in materia di BEPS ed attengono all'allineamento dei prezzi di trasferimento dei beni immateriali con i profitti attesi, alla definizione di residenza di un'impresa, all'uso di strumenti ibridi e ad un necessario miglioramento delle regole CFC nei diversi Paesi.

2.3.2 - Neutralizzare gli effetti degli Hybrid Mismatch Arrangements (Action 2)

Una definizione generale di strumenti (o accordi) ibridi è contenuta in Garbarino e Turina (2015, pag. 20); affermano i due autori che "quella di ibridi è espressione generica riconducibile ad ambiti molto eterogenei, quali possono essere quello degli strumenti finanziari e quello delle forme societarie", aggiungendo che si tratta di "un problema di qualificazione: in un contesto transnazionale, un medesimo strumento finanziario ovvero un medesimo soggetto viene connotato in modo diverso e antinomico da due Stati diversi ("debt" ovvero "equity" nel caso degli strumenti finanziari, entità "trasparenti" ovvero "opache" nel caso delle società)".

Come ricavato dall'analisi di Brauner (2014b, pag. 79), il problema è esacerbato dal fatto che "i diversi Paesi impiegano in modo indipendente diverse normative fiscali alle medesime

¹³⁴ OECD, 2015b, pag. 16

circostanze (apparentemente in modo incompatibile ma tuttavia logico se considerate indipendentemente) e di conseguenza aprono la porta a possibilità di arbitraggio, considerato in linea di principio abusivo”; Cipollina interviene invece fornendo una visione di più ampia portata, individuando l’esistenza di “un *mismatch* generale, con raggio di azione massimo: quello tra le potenzialità di organizzazione globale dei gruppi multinazionali e la debolezza intrinseca del coordinamento fiscale internazionale¹³⁵”. Che si guardi al problema con l’ottica più dettagliata di Brauner o che lo si affronti in modo sistematico come fa Cipollina, tutta la dottrina appare comunque concorde sul fatto che “solo il coordinamento tra gli Stati può prevenirlo¹³⁶”.

Il secondo elemento del Pacchetto BEPS è rivolto ad affrontare queste situazioni cercando di raggiungere un duplice obiettivo: assicurare che i profitti delle multinazionali vengano tassati dove hanno luogo le attività economiche che generano valore, senza per questo pregiudicare il libero movimento dei capitali (Rossi Maccanico, 2015).

All’interno di questo *Action Item* ricadono molteplici sfide, che Brauner (2014b) riassume in i) risolvere i problemi di qualificazione soggettiva delle entità economiche (si veda, a riguardo, quanto già detto a proposito della *check-the-box regulation* statunitense¹³⁷, definita dalla dottrina americana come “*black hole*”), ii) colpire l’utilizzo di strumenti finanziari derivati che vengono qualificati in modo differente dalle normative di diversi Paesi e iii) identificare le transazioni “ibride” che, essendo trattate in modo diverso nei vari Paesi, possono portare a situazioni in cui i benefici fiscali sono sfruttati più di una volta dalle imprese coinvolte.

Del primo caso si è già detto altrove; per quanto riguarda invece l’utilizzo di strumenti finanziari, un esempio fornito da Rossi Maccanico è quello di un prestito che viene trattato come conferimento di capitale in un Paese e come debito in un altro. Il risultato è che un’impresa può dedurre i pagamenti di interessi effettuati, mentre questi non saranno imponibili in capo all’altra che potrà beneficiare dei regimi di favore spesso garantiti ai dividendi.

¹³⁵ Cipollina, 2014, pag. 42

¹³⁶ Brauner, 2014a, pag. 19

¹³⁷ Il funzionamento di questa speciale legislazione consente alle consociate americane di un gruppo multinazionale, soprattutto se collocate in posizione apicale nello schema organizzativo, di decidere se riconoscere le società ad essa subordinate come opache ai fini fiscali oppure trasparenti. La distinzione diviene rilevante nel caso in cui avvengano operazioni cosiddette ibride come quelle esaminate all’interno dell’*Action 2*, poiché ad esempio la legislazione americana tratta come reddito rilevante ai fini fiscali l’importo di un finanziamento concesso ad una entità opaca localizzata all’estero, mentre non considera affatto il trasferimento di denaro verso una “*disregarded entity*”.

Sulla terza fattispecie, infine, è bene precisare che essa si perfeziona perlopiù attraverso scambi di beni immateriali o servizi, come mette in luce Grubert (2012) portando l'esempio degli accordi di ripartizione dei costi di ricerca e sviluppo o di produzione di beni immateriali. Gli effetti generati dalle operazioni descritte sopra possono determinare situazioni di doppia deduzione, deduzione/non inclusione o infine di indebita generazione di crediti d'imposta.

La questione della eventuale doppia imposizione che potrebbe invece generarsi da operazioni di questo tipo non è affrontata all'interno del piano d'azione OCSE, per il fatto che difficilmente le multinazionali porrebbero in essere complesse operazioni apparentemente prive di sostanza economica se questo non nascondesse un vantaggio fiscale e perché in ogni caso il modello di convenzione OCSE nella sua forma attualmente in vigore e recepita nei trattati bilaterali contiene già, insieme alle Linee Guida 2010, un condiviso sistema per affrontare i casi di doppia imposizione, sebbene la loro risoluzione non sia sempre assicurata per i problemi che si vedranno esserci, ad esempio, in tema di procedure amichevoli.

L'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico riconosce che tali fattispecie rappresentano un problema sostanziale perché riducono notevolmente la base imponibile dei Paesi coinvolti con un "impatto negativo su concorrenza, efficienza, trasparenza e giustizia"¹³⁸. La proposta dell'OCSE è quindi quella di verificare che l'operazione sia dotata di razionalità economica e che essa possa essere rintracciata anche tra soggetti operanti al di fuori di logiche di gruppo e la modalità di intervento prescelta per intervenire su questo aspetto richiede ai legislatori nazionali di creare degli strumenti per accertare, prima di garantire una deduzione su un pagamento internazionale, che questo sia imponibile nel Paese di destinazione¹³⁹.

Importante ed innovativa è inoltre la seconda parte dell'*Action Plan 2*, dove l'Organizzazione apre alla considerazione che i trattati contro le doppie imposizioni, intesi in senso letterale, sono oggi inadeguati; c'è quindi la necessità di espandere il loro raggio d'azione per garantire che essi non colpiscano soltanto le situazioni di doppia imposizione, ma anche quelle di doppia non-imposizione, che si è appena visto essere oggetto di un particolare interesse all'interno del lavoro dell'Organizzazione.

L'intervento dell'OCSE, come precisano Garbarino e Turina, è stato mosso non soltanto da considerazioni di carattere equitativo (la "giustizia" richiesta dai cittadini) o fiscale (il recupero di base imponibile da parte dei Paesi occidentali per finanziare i programmi di spesa), ma anche e soprattutto da elementi di carattere macroeconomico: la presenza di tali regimi incentivanti, infatti, potrebbe alterare le scelte di convenienza degli investimenti e

¹³⁸ OECD, 2015c, pag. 11

¹³⁹ OECD, *Ibid*, pag. 12

dell’allocazione dei capitali, che verrebbero veicolati verso operazioni internazionali invece che domestiche, quand’anche le seconde fossero preferibili se non si tenesse conto del fattore-imposte, come si è già illustrato nel precedente capitolo.

I due autori, come scritto poco oltre, muovono però delle critiche al percorso che l’OCSE ha seguito per proporre i propri interventi; l’Action 2, infatti, contiene una nuova strutturazione dell’impianto fiscale internazionale basata su un doppio livello. La cosiddetta “*primary rule*” si applica allo Stato dell’emittente (quello del soggetto che “paga”) e richiede di negare la deducibilità nei casi in cui nel proprio corrispondente estero la materia non sia imponibile; la “*secondary rule*” è rivolta invece al Paese dell’entità percipiente e prevede l’imponibilità in capo a questo soggetto qualora il Paese dell’emittente non provveda a colpire la situazione di arbitraggio. La critica di cui si diceva riguarda l’apparente volontà dell’OCSE di “indossare un’inedita veste di standard setter con impatto diretto sul diritto interno degli Stati¹⁴⁰” mentre invece avrebbe potuto più proficuamente sfruttare le proprie prerogative per apportare modifiche al Modello di Convenzione finalizzate a colpire tali fattispecie, modifiche che per il momento non sembrano rientrare nei programmi OCSE dei prossimi anni.

2.3.3 - Disegnare delle efficaci regole sulle *Controlled Foreign Companies* (Action 3)

Molto importante, nell’ottica di contrasto alle pratiche BEPS delle multinazionali ed alla luce di quanto esposto in precedenza riguardo allo sfruttamento abusivo della legislazione americana da parte di numerose imprese, è il terzo elemento del Progetto BEPS, dedicato dall’OCSE alle regole sulle imprese controllate estere.

Le regole sulle *Controlled Foreign Companies* (CFC) servono ad impedire alle imprese che detengano una controllata all’estero (e soprattutto in un Paese a ridotta fiscalità) di sfruttare le opportunità di *profit shifting* e di differimento dell’imposizione garantite dall’imperfetta interazione delle normative fiscali delle diverse giurisdizioni coinvolte (OECD, 2015d).

Uno degli ostacoli alla realizzazione di politiche condivise su base internazionale ed uniformi è il fatto che gli Stati, per quanto si dichiarino aperti a cooperare, sono pur sempre in concorrenza tra loro per attrarre capitali ed investimenti. È pertanto bene ricordare, come fatto da parte della dottrina (Brauner, 2014b), che una definizione condivisa di regole efficaci per affrontare questo problema non andrebbe a beneficio soltanto dei Paesi di residenza (in senso economico) delle multinazionali e dunque dei cosiddetti “Paesi ricchi”, ma toccherebbe positivamente tutti gli altri Stati coinvolti. Il caso di Google e del suo schema “*Double*

¹⁴⁰ Garbarino e Turina, 2015, pag. 30

*Irish*¹⁴¹ illustra alla perfezione questo argomento dal momento che non soltanto gli Stati Uniti perdono base imponibile, ma è la stessa Irlanda a dover rinunciare a rilevante gettito, sebbene questo non sembri preoccupare il governo del Paese, alla luce di quanto emerso con la recente contestazione mossa dalla Commissione Europea al regime fiscale applicato nei confronti di Apple.

Proprio dall'OCSE viene il riconoscimento che “le regole CFC esistenti spesso non hanno tenuto il ritmo dei cambiamenti nell'ambiente economico internazionale e molte di esse hanno conformazioni che non consentono di colpire BEPS in modo efficace¹⁴²”; il documento è quindi volto a fornire delle indicazioni (“mattoncini”) affinché i Paesi che scelgono di conformare la propria normativa interna sulla base delle stesse possano essere sicuri che essa sia efficace nel colpire lo spostamento di profitti all'estero. Sembra notare Robillard (2015) come il testo OCSE “ammonisca” i Paesi più “refrattari” nello sviluppare delle regole sulle controllate estere ad accrescere il carico imposto ai propri contribuenti, fattore che spiegherebbe il quantomai tempestivo intervento verso Apple all'indomani dell'approvazione definitiva del pacchetto BEPS¹⁴³, ma si tratta di una posizione per ora isolata nella letteratura specialistica.

Tali mattoncini sono sette e nello specifico i) definizione di CFC, ii) soglia minima per l'applicazione, iii) definizione di “controllo”, iv) definizione di “profitti”, v) regole per calcolare i profitti ricadenti nelle CFC, vi) regole per allocare gli stessi ed infine vii) regole per prevenire o eliminare la doppia imposizione¹⁴⁴.

Con riferimento alla soglia minima di applicabilità, sembra non esserci accordo in dottrina, la quale resta divisa tra le varie soluzioni prospettate dall'Action 3: un primo tipo di soglia è la cosiddetta “*de minimis rule*”, ovvero la previsione di un importo minimo al di sotto del quale le regole sulle controllate estere non troverebbero applicazione; il secondo è un approccio antiabuso, e comporterebbe l'applicazione della regola solo nel caso in cui l'operazione sia stata posta in essere con scopi elusivi; terzo ed ultimo tipo quello che prevede di fissare una

¹⁴¹ Lo schema di pianificazione fiscale adottato da Google prende questo nome per la presenza di due società di diritto irlandese, nel mezzo delle quali si colloca una società olandese. I profitti conseguiti dalle varie società localizzate ovunque nel mondo vengono “veicolati” alla prima società irlandese, la quale riduce il proprio imponibile registrando una royalty alla società olandese, la quale a sua volta paga la seconda società irlandese, con quest'ultima transazione che risulta non imponibile in virtù del trattato in vigore tra i due Paesi. I profitti conseguiti dalla seconda società irlandese, infine, non sono soggetti ad alcuna imposizione in virtù del fatto che la sede del management risulta essere alle Bermuda, luogo in cui viene attratta l'imposizione ma dove all'atto pratico non esiste una *corporate tax*.

¹⁴² OECD, 2015d, pag. 9

¹⁴³ Il riferimento è alla vicenda che ha visto protagonisti il colosso di Cupertino e la Commissione Europea, che il 30 agosto 2016 ha sanzionato come aiuto di Stato illegittimo il regime fiscale concesso dall'Irlanda all'impresa. L'importo delle maggiori imposte che Apple dovrà pagare, circa 13 miliardi di euro, rende l'idea delle dimensioni del problema di BEPS, poiché in certe annualità l'impresa è riuscita a mantenere un'aliquota inferiore allo 0,005% sui redditi da essa conseguiti.

¹⁴⁴ Un efficace e veloce riassunto di ciascun elemento è contenuto in Feinschreiber e Kent, 2015.

soglia minima di imposizione estera che consente di “sfuggire” all’applicazione della regola¹⁴⁵.

Le ragioni a favore dell’una o dell’altra soluzione sono messe a confronto da Janssens et al. (2015, pag. 344), secondo i quali una soglia del primo tipo sarebbe facilmente aggirabile in assenza di regole che impediscano di frammentare artificialmente i redditi tra più unità da mantenere ciascuna al di sotto della soglia (preoccupazione espressa anche dell’OCSE) ma sarebbe facilmente applicabile a livello pratico, viceversa una soglia del terzo tipo colpirebbe efficacemente le situazioni a più alto rischio ma richiederebbe ai grandi gruppi un gravoso onere di monitoraggio di tutte le situazioni nei diversi Paesi e di adeguamento di ciascuna al Paese di residenza. Questo metodo sembra essere quello preferito anche in sede europea, visto che l’articolo 8 della “Proposta di direttiva recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno¹⁴⁶ fa esplicitamente riferimento ad uno scarto massimo tollerabile tra l’imposizione effettiva nello Stato estero e quella cui l’impresa sarebbe soggetta se operasse a livello domestico.

Pochi prendono infine in considerazione l’approccio anti-abusivo, poiché come ricordato da Feinschreiber e Kent (2015) è la stessa OCSE a constatare come i governi abbiano usato tali normative più come un deterrente che come uno strumento per accrescere il gettito.

Come si è ormai capito essere ricorrente, oltre a considerare l’equità ed i risvolti fiscali che una generale uniformità di trattamento potrebbe portare, l’OCSE ricorre anche all’elemento macroeconomico per giustificare la necessità di cambiamento, dimostrando come da un lato “le giurisdizioni con regole CFC che trovano ampia applicazione possono trovarsi in svantaggio competitivo rispetto ai Paesi senza normative CFC¹⁴⁷” e dall’altro “le imprese multinazionali residenti in Paesi con forti regole CFC possono trovarsi in svantaggio competitivo rispetto a quelle residenti in Paesi privi di tali regole¹⁴⁸”.

Osserva Brauner (2014b, pag. 87) che la ragione della mancata collaborazione dei legislatori nazionali, sino ad oggi, è legata alla sostanziale competizione in cui si trovano l’uno nei confronti dell’altro, con il risultato che le politiche attuate possono facilmente sovrapporsi causando doppia imposizione o lasciare aperti dei “*gaps*” che generano doppia non-imposizione. Conclude inoltre affermando che, se non si risolvono i problemi a monte appena descritti, è verosimile che il Progetto BEPS non porti a risultati migliori.

¹⁴⁵ Quest’ultima è la soluzione prescelta dal legislatore italiano che, con la recente modifica del comma 4 dell’art. 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, ha introdotto la soglia minima nel 50 per cento dell’imposizione nominale italiana.

¹⁴⁶ COM(2016) 26 final, pag. 21

¹⁴⁷ OECD, 2015d, pag. 15. Per quanto concerne la fattispecie prospettata, la sostanza è che le imprese estere possedute da imprese residenti sarebbero tassate di più rispetto alle imprese locali residenti nella giurisdizione straniera.

¹⁴⁸ OECD, 2015d, pag. 16.

Sul fronte della cooperazione e del coordinamento sarà anche importante vedere quanto verrà fatto dagli Stati Uniti non solo in quanto Paese di origine di molte delle multinazionali coinvolte in pratiche di BEPS ma anche poiché, per ottenere risultati apprezzabili, sarà fondamentale una profonda revisione delle *check-the-box rules* che attualmente, come giustamente notato da Ting (2014b) finiscono per inibire l'efficacia delle CFC poiché le operazioni che in astratto ricadrebbero nel campo di applicazione della normativa sono sconosciute poiché considerate come avvenute all'interno di un'unica entità, secondo il procedimento già esposto altrove.

La speranza, così come espressa da Robillard, è che si crei un “nuovo sistema internazionale in cui ciascuno Stato, per il bene della tassazione internazionale comune, partecipi attivamente nel disegnare, implementare ed obbedire a regole CFC simili¹⁴⁹”.

2.3.4 - Limitare l'erosione di base imponibile attraverso deduzione di interessi ed altri pagamenti finanziari (Action 4)

“È un dato di fatto empirico che il denaro sia un bene mobile e fungibile [...] quindi i gruppi multinazionali possono raggiungere risultati fiscali favorevoli aggiustando l'ammontare di debito in ciascuna entità del gruppo¹⁵⁰” e l'uso di degli interessi è “forse una delle più semplici tecniche di *profit shifting*¹⁵¹”, aiutata dalla suddetta fungibilità e mobilità del denaro.

Le modalità scelte dalle imprese multinazionali per ottenere risparmi fiscali includono quindi principalmente l'uso di finanziamenti infragruppo per generare interessi passivi deducibili in Paesi ad elevata fiscalità e redditi in Stati a fiscalità privilegiata, lo sviluppo di strumenti ibridi che danno luogo a spese deducibili per interessi senza redditi imponibili corrispondenti o infine l'uso di prestiti per investire in *asset* che producano redditi esenti da imposizione.

Queste considerazioni, contenute nell'*Action Plan 4* del Progetto BEPS, riassumono perfettamente la ragione che ha reso necessario un intervento dell'Organizzazione internazionale sull'argomento dei pagamenti di interessi all'interno del medesimo gruppo.

La circostanza attuale dei mercati internazionali vede la possibilità per le imprese di “moltiplicare il livello di indebitamento delle singole unità attraverso i finanziamenti infragruppo¹⁵²” e si è già detto dell'effetto distorsivo che i pagamenti di interessi possono avere vista la deducibilità (parziale o piena) che agli stessi è garantita in numerose giurisdizioni in sede di determinazione delle imposte. Questo, peraltro, non è che una conseguenza di una precisa scelta effettuata dai padri fondatori della fiscalità internazionale

¹⁴⁹ Robillard, 2015, pag. 2

¹⁵⁰ OECD, 2015e, pag. 11

¹⁵¹ OECD, 2015e, pag. 15

¹⁵² OECD, 2015e, pag. 11

moderna, i quali hanno “assegnato effetti fiscali differenti al finanziamento mediante debito rispetto a quello tramite apporto di capitale¹⁵³”.

Avi-Yonah, Clausing e Durst (2009, pag. 500) forniscono una chiara esemplificazione dei meccanismi rilevanti, in ambito BEPS, che contraddistinguono tali pratiche, spiegando che potrebbe essere fiscalmente vantaggioso per le imprese alterare il rapporto di indebitamento delle controllate al fine di “massimizzare le deduzioni di interessi nei Paesi ad elevata imposizione e quindi i profitti tassabili nei Paesi a ridotta fiscalità”.

La soluzione che da parte della dottrina maggioritaria¹⁵⁴ viene vista come più facilmente percorribile, e che lo stesso *Action Plan* contempla, prevede di limitare la deducibilità degli interessi passivi in base ad un determinato rapporto con indicatori derivati dal bilancio dell'impresa. È una soluzione, peraltro, non particolarmente innovativa se si considera che nella legislazione italiana l'articolo 96 del D.P.R. 917/86 contiene già una regola di deducibilità perfettamente sovrapponibile a quella proposta dall'OCSE¹⁵⁵; la differenza in quest'ultimo caso sarebbe nella più ampia forbice di valori consentita dalle nuove raccomandazioni internazionali, le quali ammetterebbero la possibilità per i Paesi di determinare un tasso tra il 10 ed il 30 per cento per venire incontro alle esigenze di giurisdizioni che si trovano in condizioni di partenza differenti.

Una disposizione di questo tipo è vista con favore dalla dottrina anche perché essa sembra discostare l'OCSE, forse per la prima volta, dallo strenuo difensivismo dell'*arm's length principle* per accostarla ad un approccio di ripartizione su base formulare (Janssens et al., 2015a). Una ragione potrebbe essere che, come notato dalla stessa Organizzazione internazionale, un'applicazione dell'ALP richiederebbe di considerare le diverse circostanze riconducibili a ciascuna entità, fattore che, sebbene utile per l'applicazione anche di altre disposizioni, complicherebbe nondimeno il lavoro tanto delle imprese multinazionali coinvolte quanto delle amministrazioni che si trovassero a dover controllare il lavoro da esse svolto.

Sebbene, per le ragioni sopra espresse, tale meccanismo sembri essere efficace e sia stato accolto con favore dalla dottrina, la portata innovativa dell'Action 4 viene limitata dalla considerazione che, siccome il metodo basato sul rapporto tra interessi ed EBITDA è soggetto ad imprecisioni dal momento che non pone riguardo al tasso di interesse applicato sul debito e

¹⁵³ Janssens et al., 2015a, pag. 279

¹⁵⁴ Si vedano, a riguardo, Brauner (2014a, pag. 23), Janssens et al. (2015a, pag. 283) e OECD (2015e, pag. 11)

¹⁵⁵ Se si mettono a confronto le due disposizioni, la somiglianza appare evidente; recita il testo italiano che “gli interessi passivi e gli oneri assimilati [...] sono deducibili in ciascun periodo d'imposta fino a concorrenza degli interessi attivi e proventi assimilati. L'eccedenza è deducibile nel limite del 30 per cento del risultato operativo lordo della gestione caratteristica”, dove per ROL si intende la differenza tra valori e costi della produzione, esclusi gli ammortamenti. Afferma invece l'OCSE la volontà di “limitare le deduzioni nette di interessi ed oneri assimilati ad una percentuale dei redditi ante interessi, tasse e ammortamenti (EBITDA)” (2015e, pag. 11).

consente alle imprese di modificare il tasso di indebitamento permettendo comunque alle consociate localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata di godere di maggiori deduzioni per interessi, la scelta compiuta è stata di non adottare tale metodo come universalmente valido e consigliato (OECD, 2015e, pag. 21).

Questa apparente ritrosia ad un cambiamento radicale potrebbe aver modificato le opinioni entusiaste di parte della dottrina di fronte alle premesse poste dai *deliverable* che si sono succeduti¹⁵⁶, anche se molti concordano con Janssens & Co. nell'affermare che, se non altro, è importante che l'OCSE abbia finalmente iniziato a pensare “fuori dal coro” senza inchinarsi di fronte ai mostri sacri della fiscalità così come la si è conosciuta fino ad oggi.

2.3.5 - Contrastare le pratiche fiscali dannose in modo più efficace, considerando la trasparenza e la sostanza (Action 5)

“Sono trascorsi più di 15 anni dalla pubblicazione nel 1998 del rapporto OCSE «*Competizione fiscale dannosa: un problema globale emergente*» e le relative preoccupazioni politiche sono rimaste rilevanti oggi come lo erano allora¹⁵⁷”.

In questa espressione l'Organizzazione internazionale sembra prendere amaramente coscienza del tempo “sprecato” in questi anni ma è sicuramente positiva la consapevolezza, in ogni caso, di dover “rinnovare il lavoro sulle pratiche fiscali dannose con la priorità di migliorare la trasparenza, includendo scambi obbligatori sulle decisioni relative ai regimi preferenziali e richiedendo attività sostanziale per ogni regime preferenziale¹⁵⁸”.

Alcuni autori si sono espressi in modo molto critico riguardo a questo quinto elemento del Progetto BEPS; c'era in particolare chi sosteneva, nell'analizzare i progressivi *deliverables* rilasciati dall'OCSE nel corso dei lavori, che questo particolare *Action Item* fosse troppo “generale”, poiché non trattava nulla di nuovo se non argomenti già presenti in altre parti del lavoro di riforma. Si giungeva sino ad affermare che esso non avrebbe verosimilmente prodotto alcun risultato poiché, stante la dichiarata volontà dell'Organizzazione di rinnovare il lavoro passato, mancava una seria individuazione dei fattori che hanno portato al suo precedente fallimento, di fatto non apportando nulla di nuovo alla discussione (Brauner, 2014b, pag. 76). La speranza dell'autore di un cambiamento in corso d'opera da parte dell'OCSE sembra essere stata tradita (almeno sino ad ora) dal mancato recepimento di tali istanze nel testo definitivo.

¹⁵⁶ Si veda Brauner, 2014b, pag. 90

¹⁵⁷ OECD, 2015f, pag. 9

¹⁵⁸ *Ibidem*

Vi sono però degli indubbi aspetti positivi messi in risalto dallo stesso Brauner già dall'analisi dei primi *deliverables*: un primo elemento è il riferimento alla necessità che gli Stati puntino maggiormente a colpire la “sostanza” delle operazioni in aggiunta al mero suggerimento di implementare la trasparenza, che renderebbe più facile per gli Stati tarare i propri regimi anti-abuso; non secondario è anche il principio che parrebbe potersi astrarre dal testo OCSE, ovvero la volontà di collegare i regimi di favore alla effettiva creazione di valore economico, in linea peraltro, quest'ultimo punto, con tutto il resto del Progetto BEPS e soprattutto con i documenti sui prezzi di trasferimento.

Sebbene rimanga soggetta alle critiche di cui si è detto, la stesura finale del quinto elemento detiene comunque il pregio di operare una schematizzazione del lavoro precedente operato in sede OCSE, rendendo più espliciti gli obiettivi già allora individuati che escono ulteriormente rafforzati dall'essere parte di un progetto unitario di riforma.

L'obiettivo dichiarato dell'OCSE è di “assicurare l'integrità dei regimi fiscali colpendo i problemi causati dai regimi che si applicano ad attività mobili e che ingiustamente erodono la base imponibile di altri Paesi, distorcendo l'allocazione di capitali e servizi¹⁵⁹”.

I tre punti principali rilevanti nell'affrontare tale sfida sono di: i) accertare lo svolgimento di effettiva attività economica per l'accesso ad un regime preferenziale mediante il cosiddetto “*nexus approach*”, ii) migliorare la trasparenza e iii) rivedere i regimi di *intellectual property* che, per la loro attuale formulazione, si rivelino essere contrari all'approccio di cui al punto i). Nell'ambito della trasparenza, la maggiore attenzione è rivolta alle *rulings* fiscali esistenti e soprattutto agli *Advanced Pricing Agreements* che, a causa del mancato scambio di informazioni, possono rivelarsi dannosi per alcuno dei Paesi coinvolti in un'operazione.

Un suggerimento della dottrina che l'OCSE sembra invece aver colto è quello di, tra gli altri, Evers, Miller e Spengel (2015), i quali sostengono usando dati empirici che l'interazione tra i regimi cosiddetti “normali” e quelli “preferenziali” ha un impatto negativo sul livello di tassazione, esacerbando la già esistente competizione fiscale tra gli Stati, sebbene essi notino come gli *IP box regimes* abbiano tra gli scopi primari quello di attrarre investimenti dal momento che riducono il costo del capitale (pag. 520). Il focus sull'accresciuta competizione di cui si è detto poc'anzi assume contorni ancor più rilevanti se si considera alla luce del fatto che, via via che sempre più Paesi introducono tali regimi, i benefici incrementali per le imprese sono sempre più ridotti, a meno che non si instauri una vera e propria “lotta ribassisti” volta a diminuire sempre più il tasso effettivo di imposizione. Di questo è pienamente consapevole anche l'Organizzazione, la quale nota favorevolmente che “i Paesi

¹⁵⁹ OECD, 2015f, pag. 11

hanno riconosciuto che una corsa al ribasso porterebbe i tassi di imposizione su alcune fonti a zero per tutti i Paesi, che lo vogliano o meno¹⁶⁰.

Al fine di risolvere il problema, l'intervento proposto si articola su diversi punti, la cui analisi in dettaglio esula dallo scopo del presente lavoro ma che si riassumono nella figura 6 sottostante al fine di dare contezza sia dei risultati del Progetto BEPS in questo ambito, sia di quelli che verosimilmente saranno gli sviluppi futuri. Vale in ogni caso la pena di notare come, giustamente, l'intervento venga differenziato a seconda che il regime preferenziale dannoso sia rivolto alle proprietà intellettuali o ad altri elementi di attività economica altamente mobili.



Figura 6 - Regimi fiscali dannosi

Per avere successo nel proprio intento riformatore degli attuali regimi di favore dannosi, è necessario che l'OCSE prenda coscienza che “il paradigma della competizione ha portato a continui fallimenti¹⁶¹” e che nell'operare essa si identifichi non più come un emissario dei Paesi ricchi ed alfiere dei loro interessi economici, ma come un soggetto indipendente in grado di farsi carico delle istanze tanto dei Paesi occidentali quanto di quelli in via di sviluppo (Brauner, 2014b).

2.3.6 - Prevenire di garantire i benefici dei trattati in circostanze ingiustificate (Action 6)

Come si è già avuto modo di precisare, l'OCSE ha identificato sin dagli inizi del Progetto BEPS il *treaty shopping*¹⁶² come una delle più importanti fonti di preoccupazione sul fronte *base erosion and profit shifting*.

¹⁶⁰ OECD, *ibid*, pag. 12

¹⁶¹ Brauner, 2014b, pag. 76

¹⁶² Il *treaty shopping* è definibile, secondo Janssens et al. (2015a, pag. 287) come “insieme di accordi attraverso i quali una persona che non è residente di uno Stato contraente può cercare di ottenere i benefici garantiti dal trattato ai residenti o un residente di uno Stato terzo può cercare di accedere indirettamente ai benefici di un trattato tra due Paesi”.

L'Action 6 si configura come uno dei più interessanti “pezzi” del progetto, sebbene esso non sia stato esente da critiche mirate, perlopiù, alla sua possibile complicata interazione con l'orientamento recente della Corte di Giustizia Europea.

Gli obiettivi dichiarati che hanno guidato l'aggiornamento della disciplina sono tre: i) ottenere una dichiarazione dagli Stati che stipulano un trattato che essi intendono evitare non solo la doppia imposizione, ma anche di creare opportunità di non-imposizione attraverso evasione o elusione; ii) introdurre una specifica regola anti-abuso detta “*Limitation-on-benefits*” che operi in determinate circostanze particolarmente pericolose sotto l'aspetto fiscale e iii) coprire le situazioni escluse dalla clausola LOB attraverso una regola più generale che guardi allo scopo delle operazioni poste in essere dai soggetti coinvolti.

Lo schema del rapporto è diviso in tre sezioni, una prima (sezione A) di carattere più normativo e contenente nel dettaglio le nuove disposizioni che si vogliono introdurre per affrontare il problema, una sezione B diretta ad esplicitare quanto al punto i) sopra esposto attraverso una modifica al testo del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni¹⁶³ ed infine la sezione C dedicata alla ricerca delle considerazioni di politica economica che spingono i Paesi alla stipulazione di un trattato.

Tra le modifiche operate dall'OCSE quella che, nell'opinione della dottrina, potrebbe creare dei problemi applicativi non indifferenti, riguarda la nuova formulazione della *tie-breaker rule*, ovvero di quel procedimento che consentiva di determinare, nei casi in cui un soggetto risultasse residente di entrambi gli Stati controparti, in quale dei due essa dovesse ritenersi effettivamente residente ai fini del trattato. Rilevano sul punto Dorigo e Mastellone che se da un lato “scompare il riferimento al luogo della direzione effettiva, mentre viene riconosciuta agli Stati contraenti un'ampia libertà nell'attribuzione della residenza a fini pattizi e nella scelta del criterio idoneo a orientare l'accordo¹⁶⁴”, dall'altro l'eliminazione di importanti criteri orientativi dal testo dell'art. 4 par. 3 del modello di Convenzione finisce per privare di certezza anche quelle situazioni in cui la doppia residenza non è che un effetto dell'operato in buona fede delle imprese di volta in volta coinvolte ed impedendo di “conoscere in anticipo - ovvero al momento in cui effettuano le proprie scelte imprenditoriali e commerciali - se la disciplina convenzionale potrà applicarsi e se, quindi, l'eventuale doppia imposizione possa trovare una soluzione”.

Notano infine i medesimi autori che una disposizione così vaga “rischia di porsi in contrasto con l'approccio europeo, basato sulla certezza del diritto e sulla tutela delle libertà

¹⁶³ Il nuovo testo del Preambolo alla convenzione conterrà un esplicito riferimento alla volontà di eliminare la doppia imposizione “senza creare opportunità di non-imposizione” attraverso elusione, evasione o *treaty shopping*. (OECD, 2015g, pag. 91)

¹⁶⁴ Dorigo e Mastellone, 2015, pag. 52

fondamentali”. Quello del possibile contrasto con la disciplina europea è un tema sollevato anche da Kemmeren (2014) che, relativamente alla clausola di limitazione dei benefici, rileva che il linguaggio utilizzato dall’OCSE lascia aperti ampi spazi di incertezza che sono mal visti dalla giurisprudenza comunitaria¹⁶⁵. Se le posizioni dell’autore potevano essere condivise appieno sino a non molto tempo fa, esse appaiono oggi superate alla luce della recente modifica¹⁶⁶ al testo dell’articolo 1 comma secondo della Direttiva Madre-Figlia, dove vengono definite costruzioni di puro artificio quelle poste in essere “allo scopo principale o a uno degli scopi principali di ottenere un vantaggio fiscale”, di fatto avvicinando notevolmente la disciplina europea a quelli che di lì a poco sarebbero stati gli sviluppi anche in ambito OCSE.

Che sul fronte delle clausole LOB si sia lavorato con attenzione è testimoniato dal fatto che esse siano state oggetto di modifiche in seguito al recepimento dei “suggerimenti” del mondo della dottrina e delle imprese¹⁶⁷.

2.3.7 - Prevenire l’elusione artificiale dello status di stabile organizzazione (Action 7)

Come si è avuto modo di ricordare, tanto la dottrina quanto la stessa OCSE hanno riconosciuto in seno a Progetto BEPS che l’attuale modello di tassazione internazionale era pensato per un’economia fondata sul concetto di stabile organizzazione, che se era adatto al periodo degli anni della ricostruzione postbellica, risulta invece inadeguato a rispondere alle esigenze dell’estremamente dinamica economia attuale.

In perfetta aderenza all’impianto dell’intero lavoro su BEPS, anche in questo *Action Item* l’obiettivo perseguito è di dare maggior forza al necessario collegamento tra ambito economico e fiscale, giungendo a rafforzare il sistema di tassazione basato sul principio della fonte a parziale scapito di quello della residenza attraverso una diminuzione delle soglie minime per considerare esistente una stabile organizzazione (Brauner, 2014a). Leggermente diversa l’ottica adottata da Dorigo e Mastellone (ma pur sempre concorde con Brauner, 2014b), che leggono un tentativo di rendere più “sfuggenti” i criteri per l’applicazione della

¹⁶⁵ La disposizione afferma che “indipendentemente dalle altre previsioni della Convenzione, un beneficio non deve essere garantito riguardo un elemento di reddito se è ragionevole concludere, avuto riguardo di tutti i fatti e le circostanze rilevanti, che l’ottenimento del beneficio era uno degli scopi principali di ogni accordo o transazione che hanno risultato nel beneficio”. Osserva Kemmeren (pag. 192) che la dicitura “è ragionevole concludere” potrebbe generare eccessiva incertezza in capo ai contribuenti e che inoltre la giurisprudenza anti-abusiva della Corte di Giustizia Europea non fa riferimento a “uno degli scopi principali” ma “allo scopo principale”.

¹⁶⁶ La modifica è intervenuta a decorrere dal 27 gennaio 2015, a seguito dell’approvazione della direttiva 2015/121/UE “concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi”.

¹⁶⁷ Per un approfondimento del caso si veda Janssens et al. (2015a, pag. 289).

tie-breaker rule al fine di rendere la disciplina più malleabile e quindi adattabile ai diversi casi concreti.

Le modalità che le imprese multinazionali hanno individuato per eludere le disposizioni sulla stabile organizzazione sono, secondo l'OCSE, sostanzialmente due: un primo sistema coinvolge i cosiddetti *commissionaire arrangements*, ovvero accordi in base ai quali un agente vende i prodotti in uno Stato in nome e per conto dell'impresa, che riesce quindi a non configurarsi come avente una stabile organizzazione nel luogo¹⁶⁸; il secondo invece è di carattere più spiccatamente “funzionale¹⁶⁹” e prevede che le imprese individuino al loro interno delle attività preparatorie o ausiliarie, e come tali a scarso valore aggiunto, riuscendo a portare a tassazione nei Paesi ad elevata fiscalità solo una fetta molto ristretta dei profitti conseguiti. Nella situazione appena descritta, a destare preoccupazione sono le situazioni in cui vi è una “frammentazione di attività diverse al fine di sfruttare artificiosamente l'esclusione prevista per le attività ‘ausiliarie’ o ‘preparatorie’¹⁷⁰”.

Con riferimento alla prima fattispecie, Cipollina (2014) individua in Apple un pioniere della materia. La multinazionale di Cupertino, infatti, è stata tra e prime a cogliere l'opportunità di rivedere gli accordi con gli allora distributori, riqualificandoli sin dagli anni Ottanta come contratti di agenzia in base ai quali il possesso della merce rimaneva sempre di Apple (o meglio della *branch* localizzata in un Paese a ridotta fiscalità), qualificando la stessa come detentore di diritto di tutti i profitti residuali dopo aver remunerato l'agente.

Diversa è invece la strada percorsa da altri gruppi, come lo *store* online Amazon, i quali hanno scelto di concentrare anch'essi le vendite in capo ad un unico soggetto (nello specifico Amazon EU s.à.r.l., soggetto di diritto lussemburghese), incaricando le altre controllate della fornitura di servizi di supporto come l'inserimento degli ordini, l'assistenza clienti o la logistica. Questo esempio è utile per illustrare le ragioni che hanno spinto la comunità internazionale verso un cambiamento, poiché “attività che un tempo potevano essere considerate meramente preparatorie o ausiliarie, corrispondono oggi ad attività *core*¹⁷¹”. Si è pertanto deciso di modificare l'articolo 5 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni per garantire un maggiore controllo delle attività rientranti nella cosiddetta *negative list* e segnatamente dei casi in cui tali attività pur ricomprese nei casi di esclusione, costituiscano tuttavia delle attività fondamentali del *business model* dell'impresa.

Una leggera critica al modo di procedere prescelto dall'OCSE viene da Dorigo e Mastellone, quando evidenziano che la volontà espressa di collegare l'imposizione alla sostanza

¹⁶⁸ L'attenzione va soprattutto ai casi in cui la riqualificazione dei preesistenti contratti di distribuzione avvenga solo “sulla carta” senza che vi sia alcuna modificazione delle funzioni svolte.

¹⁶⁹ Cipollina, 2014, pag. 60

¹⁷⁰ Avolio, 2014, pag. 1473

¹⁷¹ OECD, 2015h, pag. 10

economica dell'operazione non specifica se quest'ultima debba essere valutata “con riferimento al luogo ove si colloca la fonte del relativo reddito (sulla base di un criterio oggettivo) ovvero avendo riguardo a quello in cui è presente il contribuente che quel reddito possiede (secondo una logica di tipo soggettivo)”¹⁷².

Per quanto riguarda la disciplina italiana in materia di stabili organizzazioni, essa è contenuta nel testo dell'art. 162 TUIR, il quale per il vero sembra ricalcare le raccomandazioni dell'OCSE; interessante notare, a riguardo, il disposto del comma 7 che affronta il tema dei *commissionaire arrangements* connotandoli come non integranti una stabile organizzazione a condizione che l'agente goda di piena indipendenza nella propria attività.

Come fa notare in modo unanime la dottrina, quel che è certo è che un intervento di modifica dell'articolo 5 del Modello sarà efficace se riuscirà a raggiungere il duplice scopo di renderlo da un lato estremamente duttile per adattarsi alle diverse fattispecie, dall'altro parimenti chiaro a livello interpretativo cosicché non sia possibile, per diversi Paesi, fornire interpretazioni tra loro contrastanti e recanti il rischio di generare spazi di doppia imposizione o di doppia non-imposizione.

2.3.8 - Misurare e monitorare BEPS (Action 11)

L'Action Plan numero 11 rientra tra quelli di carattere più “generale” e finalizzati a garantire una maggiore trasparenza e certezza del diritto in entrambe le classificazioni viste sopra e taglia trasversalmente tutti i restanti documenti. La funzione principale di questo rapporto è quella di assicurare lo sviluppo di strumenti per monitorare l'efficacia e l'impatto economico delle azioni intraprese con l'implementazione delle misure contenute nel pacchetto BEPS in modo costante (Brauner, 2014b).

Si è già avuto modo di constatare nel presente lavoro come l'OCSE abbia esplicitamente identificato in BEPS la principale ragione che “colpisce la competizione tra imprese, i livelli e la localizzazione del debito, la localizzazione degli investimenti in beni immateriali e causa ricadute fiscali tra Stati e inutile ed inefficiente spreco di risorse nell'ingegneria fiscale”¹⁷³.

Oltre a questa affermazione che, se si vuole, riveste più un carattere propagandistico che sostanziale, l'OCSE ha avuto modo di proporre attivamente una via da seguire, ovvero quella di severe regole anti-abuso che si sono rivelate efficaci nei Paesi che le hanno introdotte negli anni passati.

¹⁷² Dorigo e Mastellone, 2015, pag. 40

¹⁷³ OECD, 2015j, pag. 16

Tra le modalità di quantificazione e monitoraggio del fenomeno suggerite vi è quella di uniformare i sistemi di raccolta di dati ed informazioni da parte delle amministrazioni, al fine di una loro successiva condivisione su scala internazionale.

Si vedrà nel capitolo dedicato alla documentazione sui prezzi di trasferimento come le imprese e la dottrina abbiano espresso le proprie perplessità circa la pervasività e l'utilizzo di tali informazioni; il timore degli operatori è quello di una diffusione potenzialmente incontrollata di dati sensibili insieme alla possibilità che le informazioni raccolte vengano utilizzate per controlli ed accertamenti senza che venga preventivamente svolto un contraddittorio con il contribuente o, peggio, estrapolando dalla mole di dati disponibili solo quelli ritenuti necessari, senza così considerarli alla luce del relativo contesto.

Ribatte a tali istanze l'OCSE nel documento in esame, sostenendo che “molte delle informazioni necessarie a misurare e monitorare BEPS vengono già raccolte dalle amministrazioni finanziarie, ma non vengono analizzate o rese disponibili per l'analisi¹⁷⁴”.

Il suggerimento è quindi quello di determinare degli schemi condivisi di elaborazione e presentazione dei dati su base internazionale, fattore che potrebbe fornire “un significativo rafforzamento dell'analisi economica di BEPS¹⁷⁵”.

Il rapporto OCSE contribuisce inoltre ad evidenziare degli indicatori dell'esistenza di BEPS, alcuni di essi già presentati in altre parti del presente lavoro e segnatamente:

- Il fatto che il tasso di profitto delle controllate localizzate in Paesi a più ridotta imposizione è normalmente più alto della media di gruppo;
- L'*effective tax rate* delle grandi multinazionali è stimato essere tra 4 e 8,5 punti percentuali inferiore rispetto a quello delle imprese operanti solo a livello domestico;
- Gli investimenti diretti esteri nelle giurisdizioni con un rapporto IDE/PIL superiore al 200% sono cresciuti in modo esponenziale;
- La rapida crescita della separazione tra redditi imponibili e luogo di generazione del valore in particolare nel caso dei beni immateriali;
- L'indebitamento sia da parti correlate che da terze parti è più concentrato nelle consociate localizzate in Paesi con un'aliquota fiscale più alta.

Il primo capitolo dell'*Action 11* è dedicato alla valutazione dei dati esistenti e rilevanti per l'analisi di BEPS e nota come ad oggi le informazioni disponibili siano spesso frammentarie e non omogenee tra i diversi Paesi, da molti dei quali è difficile ottenere dati complessivi sulle

¹⁷⁴ OECD, *ibidem*

¹⁷⁵ OECD, *ibidem*

imposte pagate dal gruppo nel complesso, spesso perché essi vengono tenuti celati per proteggere la riservatezza dei contribuenti¹⁷⁶.

Il capitolo secondo passa in esame gli indicatori di BEPS, specificando tuttavia che essi “forniscono solo indicazioni generali e l’interpretazione di ciascuno di essi deve essere connotata da numerose attenzioni¹⁷⁷”.

Il titolo del terzo capitolo, “verso la misurazione dell’ampiezza e dell’impatto economico di BEPS e relative contromisure”, mette da subito in chiaro l’intenzione di affrontare tutte le tipologie di BEPS esposte negli altri documenti del progetto OCSE, attraverso l’analisi di numerosi studi empirici in materia.

Quarto ed ultimo capitolo di questo *Action Item* è stato dedicato dall’Organizzazione al tentativo di ricercare migliori dati e strumenti per monitorare *base erosion e profit shifting*, raccomandando ai governi nazionali di “lavorare insieme per fare un miglior uso dei dati già raccolti”, in particolare attraverso il Country-by-Country Reporting creato dall’*Action 13*.

Importante è l’impegno assunto dall’OCSE a rilasciare periodicamente rapporti sugli effetti delle misure di contrasto a BEPS adottate dai Paesi partecipanti al progetto, mentre ai governi si richiede di migliorare la qualità e la corposità delle statistiche fornite.

2.3.9 - Regole di divulgazione obbligatoria (Action 12)

Anche questo documento s’inserisce tra quelli di portata generale, dal momento che abbraccia orizzontalmente tutte le diverse tematiche trattate in seno al Progetto BEPS.

È la stessa OCSE che, sin dagli inizi dei lavori su BEPS nel 2013, riconosce “i benefici di strumenti disegnati per accrescere il flusso d’informazioni sui rischi fiscali tra legislatori ed amministrazioni finanziarie¹⁷⁸”.

Sulla scia di queste considerazioni, il gruppo di lavoro deputato allo sviluppo dell’*Action Item* numero 12 ha cercato di formulare un insieme di raccomandazioni utili ai legislatori nazionali nel predisporre delle norme che impongano obblighi di dichiarare transazioni, accordi o strutture aggressive, ponderando i costi di adeguamento imposti alle imprese e quelli di accertamento e gestione delle informazioni in capo alle amministrazioni.

Nel disegnare una normativa di questo tipo, l’organizzazione internazionale ha esplicitamente tratto spunto dalle regole presenti oggi in molti Paesi, tra cui anche l’Italia¹⁷⁹ e si è data degli obiettivi ambiziosi da raggiungere; il nuovo sistema, infatti, dovrà:

¹⁷⁶ Su questo punto, si vedrà, l’*Action 13* cerca di intervenire attraverso il nuovo prospetto di *Country-by-Country Reporting*, in cui è richiesto alle imprese di fornire molti dati di sintesi relativi alla loro organizzazione fiscale.

¹⁷⁷ OECD, 2015j, pag. 41

¹⁷⁸ OECD, 2015k, pag. 9

- Essere chiaro e facile da capire;
- Bilanciare i costi di adeguamento con i benefici per le amministrazioni;
- Essere efficace nel raggiungere i propri obiettivi;
- Identificare accuratamente gli schemi che necessitano di essere comunicati;
- Essere flessibile e dinamico a sufficienza da permettere alle amministrazioni di ricalibrare il sistema per fronteggiare nuovi rischi;
- Assicurare che ogni informazione raccolta venga utilizzata in modo efficace¹⁸⁰.

Tutto questo deve consentire ai legislatori di accedere alle informazioni rilevanti in modo tempestivo, dal momento che è riconosciuto che un rapido intervento oltre a ridurre i tempi della procedura contribuisce anche ad accrescerne la precisione e, dunque, l'incisività.

Il sistema proposto dall'OCSE non è, per necessità, rigido e immutabile; esso tuttavia mira ad ottenere una buona consistenza nell'operato dei diversi Paesi pur garantendo a ciascuno Stato la possibilità di adattare la propria normativa alle caratteristiche della propria economia ed ai rischi specifici.

2.3.10 - Rendere più efficaci i meccanismi di risoluzione delle controversie (Action 14)

Una delle questioni che sia gli operatori economici che la dottrina non hanno evitato di sottolineare è l'importanza della certezza del diritto, ovvero della possibilità di conoscere in anticipo e con relativa sicurezza il modo in cui verranno trattate le fattispecie rilevanti¹⁸¹.

Un meccanismo di risoluzione delle controversie internazionali, per la verità, esiste già ed è disciplinato dall'articolo 25 del Modello di convenzione OCSE, secondo il quale nei casi in cui dall'applicazione del trattato può generarsi una doppia imposizione in capo ad un soggetto, le amministrazioni devono impegnarsi per raggiungere una soluzione; le disposizioni contenute nell'*Action 14* “mirano a rafforzare l'efficacia e l'efficienza delle *Mutual Agreement Procedures*¹⁸²”. Rileva infatti Van De Vijver (2015, pag. 247) che allo stato attuale dei fatti, le procedure amichevoli sono un “*pactum de negotiando*”, ovvero un impegno a negoziare una soluzione, e non una obbligazione a giungere ad una soluzione (“*pactum de contrahenda*”). Questo perché sebbene il Modello di Convenzione nella sua versione aggiornata al 2014 contenga il comma 5 dell'art. 25 che introduce l'arbitrato obbligatorio, la maggioranza delle convenzioni attualmente in essere non contiene tale

¹⁷⁹ Un esempio di normativa di questo tipo, per rifarsi al caso italiano, è quella contenuta nell'art. 1 del DL 40/2010 che impone alle imprese di comunicare all'Agenzia, se di importo superiore ad euro 10.000, le transazioni intercorse con soggetti localizzati in Paesi cosiddetti “black list” individuati dal DM 4 maggio 1999 e dal DM 21 novembre 2001.

¹⁸⁰ OECD, 2015k, pag. 9

¹⁸¹ OECD, 2015m, pag. 11

¹⁸² OECD, 2015m, pag. 9

disposizione che dovrà dunque essere oggetto di quanto al successivo Action 15 in materia di strumento multilaterale di revisione dei trattati.

Per raggiungere lo scopo prefissatosi nel Progetto BEPS, l'OCSE si è posta l'obiettivo di fissare dapprima uno "standard minimo" a tutela del contribuente che garantisca la possibilità di accedere alle procedure amichevoli quando necessario e che assicuri altresì il comportamento secondo buona fede da parte delle amministrazioni coinvolte, per giungere infine a raccogliere il consenso da parte di numerosi Paesi¹⁸³ circa l'opportunità di aggiungere ai propri trattati una clausola di arbitrato obbligatorio.

Sul punto degli arbitrati è bene soffermarsi brevemente: essi stanno diventando sempre più la scelta prediletta da parte delle imprese per la rapidità di decisione che li connota rispetto alle lungaggini dei processi ordinari in molti Paesi, e anche sul piano giurisdizionale stanno prendendo sempre più piede, a prescindere dal fatto che la controversia sia con l'amministrazione o con un soggetto privato. L'Unione europea, ad esempio, attraverso la Convenzione 90/436/CEE, si è dotata di uno strumento molto efficace, a detta degli operatori, nella risoluzione delle dispute nei casi di potenziale doppia imposizione. Tale documento mira a risolvere le situazioni conflittuali che si possono creare tra i Paesi Membri circa l'imposizione di soggetti appartenenti al medesimo gruppo¹⁸⁴, disponendo che qualora le amministrazioni coinvolte non riescano a giungere ad un accordo si debba aprire una fase arbitrale con l'obbligo di raggiungere un accordo, in base all'articolo 13 di detta Convenzione.

Sembrano definitivamente tramontate, con la lettura dell'*Action Item 14*, le speranze di chi, come Brauner, aveva salutato con favore nel corso del biennio di lavori la possibilità che si giungesse ad istituire un apposito comitato *super partes* con il compito di vigilare sull'interpretazione dei trattati e delle eventuali fattispecie contestate, ma anche quelle di altri autori¹⁸⁵ che auspicavano nella fase dei lavori la possibilità che l'arbitrato obbligatorio divenisse anch'esso parte di un pacchetto di misure condiviso unanimemente cosa che, si è visto, non è stata.

¹⁸³ Sulla effettiva numerosità di tali Paesi, la sezione dedicata dell'Action 14 non fornisce alcuna indicazione e c'è chi in dottrina, come Brauner (2014b, pag. 110) non sembra convinto che vi sarà una vasta adesione su questo punto, o che perlomeno essa richiederà notevole tempo per raggiungere livelli significativi.

¹⁸⁴ Si pensi alla situazione in cui, a seguito di un accertamento, venga contestata in un Paese la politica dei prezzi di trasferimento tra imprese consociate e quindi richiesto il pagamento di una maggiore imposta in virtù di maggiori ricavi stimati; se su quei ricavi è già stata scontata l'imposta nell'altra giurisdizione, si genera il concreto rischio di doppia imposizione.

¹⁸⁵ Si veda, tra gli altri, Vroemen (2015, pag. 6)

2.3.11 - Sviluppare uno strumento multilaterale per modificare i trattati fiscali bilaterali (Action 15)

Il quindicesimo ed ultimo rapporto ricompreso nel Progetto BEPS copre un tema trasversale ma decisamente rilevante, quello cioè delle modalità per giungere ad una efficace ed efficiente implementazione dell'intero pacchetto in tempi adeguatamente ristretti.

Si è già detto altrove, infatti, di come la situazione attuale sia percepita tanto dagli operatori economici quanto dalle amministrazioni come non più sostenibile e un intervento “chiarificatore” sia auspicato da entrambe le parti. Essa è il risultato dichiarato del mai colmato *gap* che la globalizzazione ha creato tra ambiente di business e ambiente fiscale (OECD, 2015n)

Per capire l'importanza di sviluppare per la prima volta uno strumento multilaterale di emendamento dei trattati esistenti si pensi che l'attuale network di accordi ne include più di 3000¹⁸⁶, che attualmente necessitano di essere negoziati singolarmente e di essere successivamente ratificati dalle istituzioni nazionali con procedimenti che possono durare anche diversi anni: è la stessa OCSE a riconoscere che tale lavoro potrebbe essere “estremamente gravoso¹⁸⁷”, mentre “il bisogno di cambiamento è urgente, ed è sia una sfida che un'opportunità unica¹⁸⁸”.

Una delle soluzioni che inizialmente si era vista come percorribile era quella di un aggiornamento del Modello di Convenzione, ma ci si è da subito resi conto che, a causa delle difficoltà burocratiche di cui si è detto, non si sarebbe ottenuto altro risultato che “rendere la distanza tra il contenuto dei modelli e quello dei trattati ancora maggiore¹⁸⁹”, fattore che avrebbe minato alla radice i buoni propositi che hanno favorito il clima collaborativo in seno al Progetto BEPS.

Ad ulteriore riprova della volontà di trovare soluzioni il più possibile condivise giunge il fatto che la partecipazione al progetto è stata aperta non solo anche a Paesi non membri dell'Organizzazione, ma anche a giurisdizioni fiscali non statali.

Lo strumento multilaterale, oltre ad essere strutturalmente innovativo, si caratterizzerebbe anche per l'essere il primo esempio di *hard law*¹⁹⁰ di emanazione OCSE, dal momento che

¹⁸⁶ Il numero è stato dato da Melinda Brown, Senior Transfer Pricing Advisor presso l'OCSE, nel corso della Mazars International Tax Conference 2016

¹⁸⁷ OECD, 2015n, pag. 9

¹⁸⁸ OECD, 2015n, pag. 16. Sulla stessa linea si collocano anche Hickman, Neighbour e Whipp (2015), secondo i quali sarebbe impraticabile affrontare la vastità dei problemi alla base di BEPS singolarmente, mentre uno strumento multilaterale sarebbe appositamente disegnato per affrontare tali problemi in modo efficace.

¹⁸⁹ OECD, 2015n, pag. 9

¹⁹⁰ Il tema del rapporto tra questo strumento e la legislazione nazionale dei Paesi aderenti, così come quello della effettiva possibilità per un'organizzazione come l'OCSE di emanare direttive vincolanti per gli Stati, non sono oggetto di approfondimento nel presente lavoro ma costituiscono certo un importante terreno su cui dovranno confrontarsi i Paesi nel prossimo futuro.

tutta la restante documentazione costituisce soltanto un sistema di *soft law* che necessita di essere filtrato dalla legislazione degli Stati Membri, come si è già detto nel capitolo di apertura del presente lavoro; mentre infatti le Linee Guida costituiscono nella maggior parte dei casi un semplice documento orientativo per le amministrazioni finanziarie o per i giudici, l'idea alla base dell'*Action 15* è quella di ottenere un impegno da parte dei governi ad approvare lo strumento di emendamento dei trattati così come uscirà dai lavori in seno all'OCSE, per dotarlo della più ampia efficacia possibile in relazione ai fattori di seguito esposti.

I vantaggi individuati dall'Organizzazione Internazionale di uno strumento multilaterale sono essenzialmente tre, ovvero i) la possibilità per tale strumento di essere estremamente preciso nel delineare i contorni dei propri interventi, ii) il fatto che permetterebbe di sincronizzare la modifica di tutti i trattati e iii) l'assicurazione che non vi sarebbe la violazione di alcun trattato esistente, cosa che invece potrebbe accadere se gli Stati decidessero di affrontare il problema BEPS attraverso misure unilaterali.

Faceva giustamente notare Brauner (2014b, pag. 110) in sede di commento ai progressivi *deliverables* che la conclusione dei lavori su questo *Action Item* avrebbe necessariamente dovuto essere successiva ai restanti "blocchi", dal momento che l'*Action 15* attiene alla loro implementazione, e tale consapevolezza non è stata infatti assente dai lavori in sede OCSE, poiché l'Organizzazione si è data un termine di chiusura dei lavori al 31 dicembre 2016, quando si è detto che già nel maggio 2016 si è avuto il via libera definitivo alle restanti misure.

Appare evidente, guardando al Progetto BEPS nel suo complesso così come espresso sinora, come esso sia radicalmente innovativo e di una ampiezza senza precedenti. La conclusione dei lavori, tuttavia, non è che un primo passo verso la soluzione delle fattispecie di *base erosion e profit shifting*; resta infatti da vedere come gli Stati reagiranno concretamente alle misure approvate in seno all'OCSE e soprattutto se lo strumento multilaterale, così come pensato, vedrà effettivamente la luce garantendo un veloce emendamento dell'attuale network di trattati. Il timore espresso dalla dottrina prevalente è che qualora venisse perso l'attuale slancio, gli animi si raffredderebbero con il rischio di una nuova situazione di stagnazione da risolversi in un nulla di fatto.

La collaborazione costante tra i Paesi è l'unica ricetta per assicurare la riuscita del programma, poiché come notano Garbarino e Turina "la trasparenza e lo scambio d'informazioni si pongono quale generale presupposto per l'implementazione del progetto

BEPS: al di fuori di un tale contesto, sono ben poche le “Action” che potrebbero trovare concreta ed efficace applicazione¹⁹¹”.

Per accelerare i tempi e sfruttare il *commitment* dei governi nazionali a che si giunga ad una soluzione definitiva, “è stato chiarito che le modifiche apportate devono essere considerate già in vigore: fino a quando non sarà completata la versione definitiva delle linee guida, eventuali incongruenze dell’attuale testo rispetto ai nuovi principi dovranno essere dunque considerate non più applicabili e andranno reinterpretate in chiave BEPS¹⁹²”.

Resta il problema dell’eventuale applicazione retroattiva dei nuovi principi, che andrà risolto dai diversi Paesi ricorrendo ad appositi chiarimenti normativi o, come invece accaduto in Italia in occasione della modifica alle Linee Guida del 2010, tramite intervento interpretativo della giurisprudenza.

¹⁹¹ Garbarino e Turina, 2015, pag. 28

¹⁹² Albano e Bellini, 2016

Capitolo Terzo – L’Action Item 8-10 sui prezzi di trasferimento

Gli obiettivi che l’Organizzazione internazionale ha tentato di perseguire per mezzo di questo *Action Item* sono essenzialmente: “i) adottare una definizione di bene immateriale ampia e ben definita; ii) assicurare che i profitti associati al trasferimento ed uso di beni intangibili siano allocati in modo appropriato in accordo con la creazione di valore; iii) sviluppare regole di *transfer pricing* o misure speciali per i trasferimenti di *hard-to-value intangibles* e iv) aggiornare la guida sugli accordi di ripartizione dei costi”¹⁹³, ma rilevante è anche la parte dedicata ai servizi a scarso valore aggiunto, soprattutto per i punti di contatto (e di discordanza) con la disciplina eurounitaria.

Prima di addentrarsi nella trattazione del presente capitolo, appare necessaria una precisazione circa le ragioni più profonde che hanno portato l’OCSE (su iniziativa, tra gli altri, del G20) a ritenere opportuno il cambiamento delle Linee Guida sui prezzi di trasferimento nella loro versione esistente e datata al 2010 nei termini che saranno descritti nel corso del capitolo.

La recente crisi finanziaria che ha colpito, prevalentemente, le classi medio-basse della popolazione, ha acuito, come si è più volte ricordato in precedenza, l’attenzione dell’opinione pubblica verso il comportamento *border line* di alcune imprese multinazionali. Si è già parlato degli schemi utilizzati da Google, Apple, Starbucks ed altri colossi, ma il dato che qui preme evidenziare nuovamente è quanto essi avessero spesso come *fil rouge* lo sfruttamento dei beni immateriali e di una normativa che non appariva al passo con i tempi.

Quello che si è reso necessario, dunque, è stato una profonda riformulazione del testo delle TPG; scopo dell’analisi svolta in questa parte del lavoro è stato individuare i cambiamenti effettuati dall’OCSE per confrontarli con le attese degli operatori economici.

Tra le varie possibilità, la scelta di carattere espositivo è stata di partire dal documento così come aggiornato nel percorso del "Progetto BEPS", per evidenziare le principali differenze rispetto alla versione risalente al 2010, cercando di inquadrare le modifiche apportate nell’ottica degli obiettivi che l’Organizzazione si era prefissata.

Il percorso di revisione compiuto dall’OCSE ha potuto beneficiare in molti casi dei suggerimenti provenienti dagli operatori economici intervenuti nella discussione delle bozze via via presentate dall’Organizzazione: “in molti casi, l’input degli stakeholder è stato di grande importanza, specialmente visto il ritmo incalzante del Progetto BEPS¹⁹⁴” ed ha assicurato che non venissero posti eccessivi oneri a carico dei contribuenti, pur preservando gli obiettivi che erano alla base dell’iniziativa. Va comunque notato che, sotto l’aspetto dell’applicazione pratica delle raccomandazioni nella determinazione del corretto metodo di

¹⁹³ Brauner, 2014b, pag. 97

¹⁹⁴ Saint-Amans, Russo, 2016, pag. 236

valutazione dei prezzi di trasferimento, spesso i consulenti si scontrano con imprese restie ad adeguare le proprie abitudini alle *best practice* internazionali, considerando che “finché non vengono sottoposte a controlli fiscali, non c’è ragione per sostenere i costi del cambiamento delle proprie politiche¹⁹⁵”.

Prima di addentrarsi, tuttavia, in una puntuale analisi del contenuto del testo delle novellate Linee Guida, è bene mettere in risalto alcuni punti che emergeranno nel corso della discussione come elementi caratterizzanti l’intero operato dell’OCSE, ai quali si cercherà di mettere in relazione ciascuna delle modifiche apportate al testo delle raccomandazioni previgenti.

Il primo di essi riguarda la rinnovata attenzione con cui si guarda all’allocazione del rischio tra i soggetti membri del gruppo multinazionale e partecipi delle operazioni rilevanti ai fini dei prezzi di trasferimento. La ragione va ricercata nella relativa debolezza che nella precedente formulazione delle Linee Guida rivestiva il nesso tra la remunerazione delle funzioni svolte ed il rischio connesso alle stesse; attraverso il testo novellato l’OCSE tenta quindi di assicurare che non vi siano situazioni in cui soggetti sprovvisti delle capacità di controllare i rischi (sia a livello gestionale che finanziario) risultino nondimeno destinatari di ingente parte dei profitti ad essi collegati.

Un altro elemento che è stato rafforzato è la raccomandazione di stipulare appositi contratti anche per le operazioni intercorse tra soggetti membri del medesimo gruppo multinazionale. La modifica in parola va nel senso di dare maggiore certezza relativamente ai contorni dell’operazione onde poterla meglio inquadrare all’interno del comportamento che avrebbero tenuto imprese tra loro comparabili in circostanze simili, poiché si renderà più semplice operare un confronto con le consuetudini osservabili sul mercato, anche al momento di verificare se il risultato della politica sui prezzi di trasferimento sia allineato con la creazione di valore all’interno della filiera produttiva dell’impresa.

La conclusione di contratti non andrebbe unicamente a vantaggio delle amministrazioni che si trovino a controllare le operazioni eseguite dall’impresa ma anche del contribuente stesso che, si vedrà, può beneficiare a seguito della recente modifica di un rafforzamento della forma data all’operazione che, all’interno del rapporto forma-sostanza che costituisce la prima base di analisi per una specifica operazione, ha visto invece un prevalere della seconda nell’orientamento dell’OCSE a seguito dei lavori su BEPS.

¹⁹⁵ Wright et. al., 2016, pag. 99

3.1 – Modifiche al Capitolo I “Guida per l’applicazione dell’*arm’s length principle*” – Analisi comparativa

La prima parte del documento in commento è stata dedicata dall’Organizzazione ad una parziale revisione dei capitoli I e II delle *Transfer Pricing Guidelines* dedicati rispettivamente alla definizione del principio di libera concorrenza ed ai metodi di valutazione da applicare in materia di prezzi di trasferimento. Con riferimento al capitolo I, la sezione D è stata interamente riscritta e presenta, nella sua attuale versione, notevoli differenze rispetto al testo previgente.

L’approccio è ora maggiormente “descrittivo ed analitico”¹⁹⁶, e sembra voler accompagnare nell’applicazione della disciplina anche un soggetto “non professionale”, come richiesto da molteplici operatori economici che lamentavano l’esistenza nella precedente versione di tecnicismi e contenuti ermetici che rendevano tanto difficile l’utilizzo delle disposizioni quanto incerto il risultato in sede di contenzioso, come si avrà modo di illustrare maggiormente in dettaglio nel seguito del presente capitolo.

In apertura della sezione D novellata, le nuove Linee Guida espongono le modalità di svolgimento dell’analisi di comparabilità ai fini di *transfer pricing*. Sebbene questo fosse il contenuto anche della precedente versione, vi è una differenza degna di essere menzionata; il testo attuale si sofferma maggiormente sugli *step* di tale analisi, che verranno illustrati a breve, richiedendo che vengano identificate con precisione le fattispecie economicamente rilevanti collegate con la transazione e che le azioni intraprese dall’impresa vengano confrontate con il comportamento che avrebbero tenuto delle imprese tra loro indipendenti.

Il mandato di riforma posto in capo all’OCSE all’interno dell’*Action 10* è infatti volto a “sviluppare regole per prevenire BEPS attraverso transazioni che non sarebbero stipulate, o lo sarebbero solo raramente, da imprese indipendenti”¹⁹⁷. L’obiettivo che cerca di perseguire l’Organizzazione internazionale con questo intervento è di accrescere la significatività delle valutazioni compiute dai contribuenti o dalle amministrazioni finanziarie aumentando il grado di dettaglio delle analisi per assicurarsi che la transazione venga sezionata a fondo per individuare ogni componente che generi valore e che meriti, pertanto, di essere opportunamente allocata tra i soggetti che partecipano all’operazione.

L’elenco presente nella versione novellata dei cinque fattori di comparabilità¹⁹⁸ non introduce, in realtà, nulla di particolarmente innovativo, ben potendosi rintracciare ciascun elemento all’interno del testo previgente (par. 1.38 ss.) se si eccettua la approfondita sezione sulla

¹⁹⁶ Storck et al., 2016, pag. 217

¹⁹⁷ Fort, 2015, pag. 1133 e Brauner, 2014b, pag. 101

¹⁹⁸ Par. 1.36 TPG

valutazione del rischio, di cui si dirà diffusamente in seguito, tuttavia esso risulta essere molto più chiaro sotto l'aspetto espositivo.

Nella nuova formulazione¹⁹⁹ delle *Guidelines* sembra esserci un'apertura verso la possibilità di contemplare la presenza di più soluzioni percorribili dalle imprese nel perseguire i propri obiettivi, poiché si chiarisce che le imprese indipendenti effettuerebbero un'operazione solo se “esse non vedono una alternativa che offra una opportunità chiaramente più attraente”, mentre il vecchio testo prescriveva di dover rintracciare la soluzione chiaramente più attraente. È stato inoltre aggiunto il riferimento alla possibilità che, oltre al fattore prezzo, vi siano altri elementi da tenere in considerazione nello strutturare un'operazione; le nuove TPG, infatti, affiancano all'aspetto monetario la valutazione di altre “*more beneficial conditions*”.

Ciascuna delle due versioni si dedica quindi ad affrontare i cinque fattori di comparabilità delle transazioni, ovvero i) termini contrattuali della transazione, ii) analisi funzionale, iii) caratteristiche dei beni o servizi, iv) circostanze economiche e v) strategie di business. La sezione che segue prenderà in esame i fattori stessi, mettendo in risalto come per alcuni di essi vi siano stati sostanziali interventi da parte dell'OCSE.

I termini contrattuali della transazione. Quanto si diceva nel primo capitolo del presente lavoro circa la crescente importanza che, negli anni, gli accordi contrattuali tra le parti hanno assunto agli occhi della comunità economica internazionale, è pienamente confermato dall'operazione di aggiornamento delle Linee Guida relativamente alla sezione che si sta qui analizzando. La valutazione dei termini delle transazioni occupa infatti oggi la prima posizione nell'analisi di comparabilità e un elemento che balza all'occhio sin da subito è il maggiore spazio dedicato, nella versione novellata²⁰⁰, alle situazioni in cui non vi sia un accordo contrattuale scritto tra le parti o quando le condizioni contenute nello stesso siano insufficienti per delineare con precisione i contorni dell'operazione. Si prescrive, in particolare, di considerare le disposizioni contrattuali alla luce della effettiva condotta delle parti, che va ad integrare (o specificare) quanto taciuto dal contratto eventualmente sottoscritto. Il caso di assenza di un contratto potrebbe avvicinare le TPG al modello di convenzione delle Nazioni Unite, dove rilevante è esclusivamente la sostanza dell'operazione, a prescindere dalla forma che le parti hanno deciso di dare alla stessa, anche se è chiaro il tentativo dell'OCSE di preservare per quanto possibile i contratti esistenti perché essi contribuiscono a delineare con precisione i contorni dell'operazione posta in essere dalle parti, rendendo più facile constatare eventuali scostamenti della condotta effettiva rispetto al contenuto del contratto. Risulta comunque importante la precisazione fatta dal nuovo testo

¹⁹⁹ Par. 1.38 della versione 2015, ex 1.34

²⁰⁰ Par. 1.43-1.45

che, qualora il comportamento delle parti fosse diverso da quanto pattuito, è il primo ad essere valevole ai fini delle valutazioni sui prezzi di trasferimento. Sebbene questo secondo intervento possa sembrare contrastante con quanto appena detto a proposito del rafforzamento del valore dei contratti, in realtà così non è: la volontà dell'Organizzazione è, infatti, quella di spingere verso una maggiore contrattualizzazione dei rapporti infragruppo per rendere più agile il lavoro a contribuente ed amministrazione, rendendo tuttavia ancor più esplicito che vi sarà comunque una attenzione prevalente al reale comportamento tenuto all'interno dello specifico rapporto economico, in ottemperanza al principio di prevalenza della sostanza sulla forma che non esce in alcun modo sminuito dall'aggiornamento delle Linee Guida.

Sempre allo scopo di rendere maggiormente fruibile ad un lettore non specializzato il testo delle Linee Guida appare utile la più esplicita formalizzazione delle ragioni per cui vi è una spinta verso la conclusione di contratti anche tra soggetti appartenenti al medesimo gruppo di imprese multinazionale²⁰¹, ovvero che le clausole contrattuali assicurano:

1. che i termini pattuiti riflettano gli interessi di entrambe le parti;
2. che le parti si attengano al contratto;
3. che le pattuizioni vengano modificate solo se ciò è nell'interesse di entrambe le parti.

Mentre il secondo ed il terzo elemento erano presenti già nella formulazione precedente, seppure nascosti tra le righe del testo, il primo è innovativo e mira a rendere espliciti i vantaggi che le parti si attendono dalla transazione, nell'ottica già vista poc'anzi che nessun soggetto accetterebbe di addentrarsi in una relazione economica priva di interesse.

I paragrafi conclusivi della sezione presente nelle nuove TPG sono dedicati ad esempi pratici di casi in cui vi sia la necessità o di distanziarsi dalle previsioni contrattuali in virtù della condotta delle parti, o di costruire un ipotetico rapporto contrattuale stante la mancata stipulazione di un accordo scritto tra le parti; si rimanda al testo delle novellate raccomandazioni per uno studio di questi aspetti che hanno risvolti più nella pratica professionale che in questa sede di approfondimento.

Analisi funzionale. La sezione dedicata all'analisi funzionale è stata decisamente ampliata, soprattutto per far spazio all'accresciuta attenzione per l'allocazione e la valutazione dei rischi, che costituiscono uno degli elementi cardine all'interno della parte del Progetto BEPS che qui si sta esaminando. Un obiettivo che sicuramente l'OCSE ha raggiunto con gli interventi che verranno a breve commentati è quello di rendere più trasparenti le proprie raccomandazioni, consentendo ai contribuenti di meglio adeguare il proprio comportamento

²⁰¹ Si veda il Par. 1.46 della versione 2015, che sostituisce il precedente 1.53

alle Linee Guida che risultano ora molto più dettagliate nelle loro prescrizioni, ma si vedrà solo nei prossimi anni se è stato colpito il centro del bersaglio, ovvero se si otterrà quell'allineamento tra come le operazioni vengono riportate ai fini fiscali e come invece avviene la creazione del valore sul piano economico.

Secondo lo scopo di accrescere la consapevolezza dei contribuenti della rinnovata importanza che contraddistingue l'analisi dei rischi va letto il primo (e più semplice) intervento effettuato dall'Organizzazione²⁰², che tra le varie funzioni aziendali individua specificamente quelle decisionali con riferimento alla strategia dell'impresa ed all'assunzione di rischi²⁰³.

Molto più rilevante e perfettamente coerente alla luce dell'obiettivo del progetto BEPS di un allineamento delle politiche sui prezzi di trasferimento con la creazione del valore nella filiera economica è la precisazione che “è importante capire come si genera il valore all'interno del gruppo nel suo intero, le interdipendenze tra le funzioni svolte dalle imprese consociate con il resto del gruppo e il contributo che le imprese associate danno alla creazione di valore²⁰⁴”, assente dal testo previgente. Parimenti da menzionare la precisazione, contenuta questa sì in entrambe le versioni delle raccomandazioni, che indipendentemente dal numero di funzioni apportate, ciò che rileva è la significatività economica delle stesse “in termini di frequenza, natura e valore²⁰⁵”.

All'interno della sezione dedicata all'analisi funzionale che si sta esaminando, un'importante aggiunta²⁰⁶ è quella che riguarda la presa di coscienza della tendenza in atto tra le imprese multinazionali di frammentare le attività su scala globale, favorita dalla mobilità di capitali, beni e persone che garantiscono i mercati contemporanei. Afferma a riguardo l'OCSE che una analisi funzionale attenta dovrà tener ben presente questo fattore e procedere a verificare l'esistenza e l'interdipendenza tra tali attività nel ripartire i profitti generati. Per un ulteriore approfondimento di questo tema, si rimanda alla sezione del presente lavoro dedicata ai servizi a scarso valore aggiunto dal momento che spesso la frammentazione di cui si discute è finalizzata proprio a configurare come tali le attività, consentendo di attribuire all'impresa che le svolge soltanto una porzione limitata della redditività complessiva del business.

La parte dedicata all'analisi dei rischi che, si era anticipato, costituisce la più importante novità forse dell'intero Progetto BEPS, occupa, nella nuova versione, ben 14 pagine, contro le soltanto 2 del testo previgente. La ragione di questa accresciuta attenzione è “la difficoltà pratica presentata dai rischi: i rischi in una transazione possono essere più difficili da

²⁰² Per un confronto si veda il vecchio Par. 1.42 rispetto al nuovo 1.51.

²⁰³ Per un approfondimento della relazione che deve sussistere tra assunzione del rischio e svolgimento del processo decisionale in merito al rischio stesso si rimanda alle seguenti sezioni del lavoro.

²⁰⁴ OECD, 2015i, pag. 20

²⁰⁵ *Ibidem*

²⁰⁶ Contenuta al Par. 1.55 della nuova versione.

identificare rispetto alle funzioni o ai beni, e determinare quale consociata assume un rischio in particolare può richiedere una attenta analisi²⁰⁷. Utilizzando la definizione fornita dall'Organizzazione per il contesto dei prezzi di trasferimento, si può considerare un rischio come "l'effetto dell'incertezza sugli obiettivi dell'attività d'impresa"²⁰⁸, con la significatività dello stesso che dipende dalla dimensione e dalla probabilità degli effetti positivi o negativi che dallo stesso possono generarsi. La figura seguente contiene un elenco dei diversi *step* che si richiede di percorrere nell'analizzare i rischi.

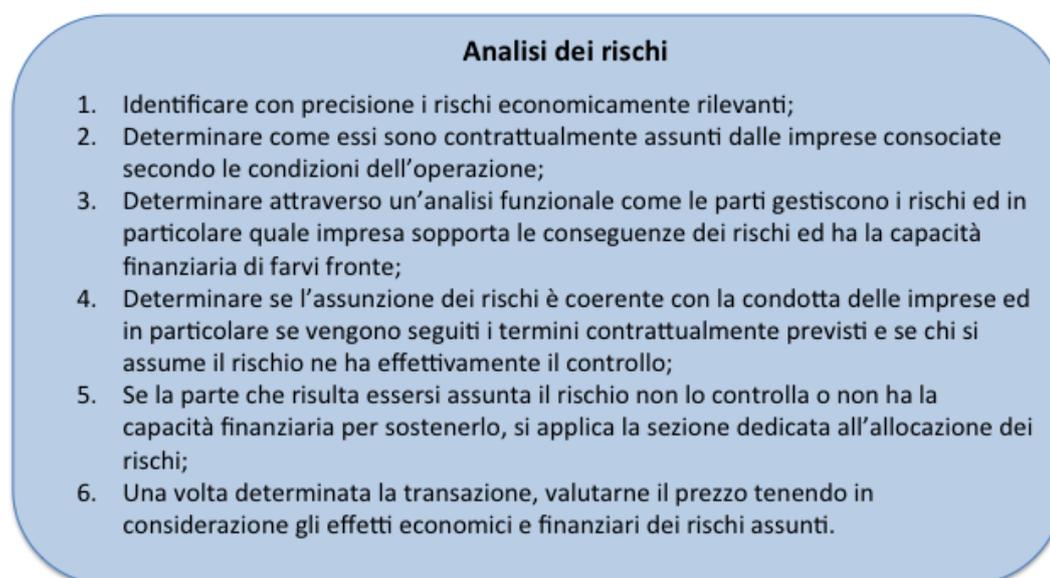


Figura 7 - Analisi dei rischi

Il seguito della sezione contiene una parte necessariamente definitoria dei nuovi termini introdotti, dove viene dato particolare rilievo alla differenza tra assunzione dei rischi e *risk management*; tale precisazione diviene importante alla luce del fatto che mentre l'assunzione di un rischio implica il sostenimento di tutte le conseguenze positive o negative che da esso scaturiscono e deve necessariamente ricadere in capo ad uno dei soggetti parte del gruppo multinazionale, l'attività di *risk management* può essere, secondo quanto precisato dalle Linee Guida, anche appaltata in outsourcing ad un soggetto terzo.

Il concetto di controllo dei rischi riguarda invece la capacità di decidere se assumerli o abbandonarli e quella di prendere decisioni su come affrontarli, mentre non è necessario lo svolgimento di *decision-making*.

Risulta molto chiaro e fruibile il contenuto nella nuova sezione aggiunta al testo delle TPG²⁰⁹ dove si affronta la classificazione dei rischi che viene effettuata in base alla fonte di incertezza che li genera. Tale schematizzazione risponde alla necessità evidenziata dagli operatori economici di una maggiore trasparenza delle raccomandazioni, che rendesse più semplice la

²⁰⁷ OECD, 2015i, pag. 22

²⁰⁸ OECD, 2015i, pag. 25

²⁰⁹ OECD, 2015i, par. 1.72

compliance da parte del contribuente e riducesse il rischio che quanto da lui predisposto subisse dei successivi stravolgimenti in sede di verifica o accertamento.

Le nuove Linee Guida suddividono dunque i diversi rischi cui sono soggette le imprese tra:

- Rischi strategici o di posizionamento nel mercato;
- Rischi di infrastrutture o operativi;
- Rischi finanziari;
- Rischi legati alla transazione;
- Rischi di azzardo.

Tale specificazione era presente, seppur in maniera ridotta, anche nella precedente versione delle TPG, dove vi era un solo paragrafo (il Par. 1.46) a sintetizzare brevemente quali fossero le possibili tipologie di rischio. È evidente come con una guida molto più ampia come quella novellata non possa che rendersi più facile lo svolgimento di una precisa analisi funzionale.

Il secondo passo del processo di analisi dei rischi riguarda l'assunzione contrattuale degli stessi alla luce dell'importanza che, si è già visto, le pattuizioni sottoscritte dalle parti rivestono nella attuale versione delle *Guidelines*. Essa può essere sia esplicitata nelle clausole dell'accordo sia implicita e ricavata, quindi, dalla lettura congiunta di quanto stabilito dalle parti. È importante in questo senso la precisazione che "l'assunzione contrattuale di rischi *ex ante* deve fornire chiara evidenza di un impegno ad assumersi tali rischi prima della materializzazione dei loro effetti"²¹⁰ per permettere una opportuna definizione dei prezzi di trasferimento da applicare.

Terzo elemento di questa nuova ampliata sezione è lo svolgimento dell'analisi funzionale in relazione al rischio così come determinato sulla base delle modalità appena illustrate. Questa parte contiene esclusivamente degli esempi di fattispecie in cui le funzioni svolte e collegate al rischio sono tuttavia scollegate dal controllo del rischio stesso; un primo esempio, molto semplice, spiega il caso di *outsourcing* dell'attività di ricerca e sviluppo, in cui il rischio rimane in capo alla società "mandante", per quanto essa non svolga alcuna concreta attività in relazione allo sviluppo del nuovo bene. Più interessante sotto l'aspetto applicativo delle raccomandazioni è invece il caso di un contratto di *manufacturing* dove ciascuna delle imprese coinvolte mantiene in capo a sé e controlla una parte dei rischi²¹¹.

Quarto *step* di analisi, in base allo schema visto nella tabella precedente, è quello che prevede l'interpretazione delle informazioni raccolte attraverso i precedenti tre passaggi "per determinare se l'assunzione contrattuale del rischio è coerente con la condotta delle parti e le

²¹⁰ OECD, 2015i, par. 1.78

²¹¹ Per un approfondimento degli esempi si rimanda al testo delle *Transfer Pricing Guidelines* novellate, ai paragrafi 1.83 e 1.84.

altre circostanze del caso analizzando i) se le imprese associate seguono effettivamente i termini contrattualmente pattuiti e ii) se la parte che si assume i rischi, come analizzati al punto i), esercita l'effettivo controllo sugli stessi ed ha la capacità finanziaria di sostenerli²¹²». Questo concetto si applica anche al caso in cui, all'interno di una relazione contrattuale, più di una parte sia potenzialmente in grado di esercitare il controllo ma quella contrattualmente deputata a ciò lo eserciti effettivamente. Questo è il punto cardine della nuova sezione aggiunta alle TPG a seguito dei lavori al Progetto BEPS, poiché la valutazione dei due aspetti appena segnalati dovrà necessariamente essere applicata a ciascuna delle funzioni svolte dall'impresa ed ai rischi ad essa connessi²¹³.

Qualora non sia rispettato il punto ii) di cui al quarto *step* appena illustrato, e quindi risulti esserci un disallineamento tra le condizioni contrattualmente stabilite e l'effettivo comportamento delle parti, si rende necessario il passaggio attraverso il successivo punto 5, dove si tratta delle modalità di allocazione del rischio. Disciplina la nuova versione delle *Transfer Pricing Guidelines* che in tal caso “il rischio deve essere allocato all'impresa che esercita il controllo e che ha la capacità finanziaria di assumerlo” (riprendendo in questo la metodologia seguita nel caso in cui le pattuizioni contrattuali vengano rispettate dalle parti) o, nel caso in cui vi siano più imprese di tal specie, “all'impresa che esercita il massimo controllo²¹⁴”, dopo aver remunerato adeguatamente le altre parti che esercitano attività di controllo di carattere, se vogliamo, più residuale.

Sesto ed ultimo aspetto dell'analisi è il *pricing* della transazione, avuto conto delle conseguenze dell'allocazione del rischio. Il testo dedicato a questa fase dell'analisi mette in risalto come l'OCSE abbia scelto di mantenere pressoché inalterato il vecchio impianto delle Linee Guida 2010, rinviando ai metodi ed agli strumenti per la determinazione dei prezzi di trasferimento già previsti nelle *Guidelines*. Questo è coerente con quanto si è detto in precedenza circa la volontà dell'Organizzazione di preservare il più possibile l'impianto delle TPG nella loro forma più tradizionale, senza operare degli stravolgimenti (almeno in questa fase) ai metodi di valutazione dei prezzi di trasferimento.

Per l'evidente connessione che sussiste tra il rischio ed i tassi di interesse, nonché in virtù dell'operato di alcune imprese multinazionali che hanno fatto della funzione di *funding* una delle più remunerative grazie alla localizzazione in Paesi a fiscalità privilegiata, è stata introdotta una specifica sotto-sezione che si occupa di determinare le modalità per la remunerazione dei soggetti che contribuiscono a fornire la finanza necessaria al compimento

²¹² OECD, 2015i, pag. 31 par. 1.86

²¹³ Il paragrafo 1.97 contiene un rinvio al metodo CUP per la risoluzione di situazioni in cui sia complicato determinare se la parte che si assume il rischio ne esercita altresì l'effettivo controllo.

²¹⁴ OECD, 2015i, pag. 33 par. 1.98

di una operazione; viene a riguardo effettuato un rinvio a quanto contenuto nel capitolo sesto in materia di beni immateriali, specificando che tale guida è da ritenersi applicabile anche ai beni materiali. Senza pretesa di esaustività dato che l'argomento sarà trattato più diffusamente in seguito²¹⁵, si segnala solo che in maniera coerente con l'obiettivo del Progetto BEPS più volte ricordato al soggetto finanziatore che non sopporta (o non controlla) i rischi di insuccesso dovrà essere garantito niente più che una remunerazione al tasso *risk free*.

Caratteristiche dei beni o servizi. Questa sezione ricalca quasi fedelmente lo schema previgente in tutti e tre i paragrafi ad essa dedicati, con l'unica aggiunta di un rinvio al capitolo VI per l'approfondimento delle fattispecie relative ai beni immateriali.

Altre modifiche sono tutte di carattere stilistico e finalizzate a rendere più fruibile il documento da parte di una platea più ampia di utenti rispetto ai soli specialisti di settore.

L'assenza di sostanziali modifiche è legata intimamente alla volontà dell'OCSE di salvaguardare i tradizionali criteri di valutazione dei prezzi di trasferimento.

Circostanze economiche. Questa sezione, che contiene indicazioni relative alle circostanze economiche all'interno delle quali si inserisce la transazione rilevante ai fini dei prezzi di trasferimento, è rimasta anch'essa sostanzialmente immutata a seguito della riforma del progetto BEPS; una aggiunta riguarda il rinvio, contenuto nel paragrafo 1.110, alla sezione D.6 del medesimo capitolo primo delle TPG, dove vengono trattati con maggiore approfondimento i risparmi da localizzazione. La tabella che segue contiene un riassunto delle circostanze economiche che vanno valutate ed adeguatamente soppesate al momento di effettuare una analisi dei prezzi di trasferimento. Se questo elemento della guida OCSE non è stato toccato dalle modifiche sistematiche operate in seno al Progetto BEPS è probabilmente perché esso sembrava rispondere già del principio a quei caratteri di analiticità e precisione che gli operatori economici avevano richiesto per poter meglio conformare il proprio comportamento alle *best practice* internazionali.

²¹⁵ Si veda la sezione dedicata alle modifiche al capitolo VI.

Circostanze economiche della transazione per valutare la comparabilità

- Localizzazione geografica;
- Dimensione dei mercati;
- Grado di competitività dei mercati;
- Potere di mercato di acquirente e venditore;
- Disponibilità e rischiosità di beni o servizi sostituti;
- Livello di domanda e offerta nel mercato;
- Posizione competitiva di acquirente e venditore;
- Livello e forza di regolamentazioni del mercato;
- Costi di produzione;
- Costi di trasporto;
- Livello del mercato (ingrosso o retail);
- Momento della transazione.

Figura 8 - Circostanze economiche

Ulteriori (piccole) modifiche hanno riguardato il linguaggio dei paragrafi, dove con riferimento ai fattori geografici e ciclici: la considerazione che essi “possono influenzare la comparabilità²¹⁶” è stata sostituita da un più neutrale “dovrebbero essere tenuti in considerazione²¹⁷” nel processo valutativo connesso ad una analisi dei prezzi di trasferimento, suggerendo di fatto alle imprese ed alle amministrazioni di prestare maggiore attenzione anche a questi elementi nell’affrontare l’analisi di comparabilità.

Strategie di business. Questo fattore di analisi è volto a garantire che venga data opportuna rilevanza alle scelte di business che possono comportare un sacrificio dei profitti nel breve periodo, purché esso sia ragionevolmente volto a consentire un incremento della redditività nel medio-lungo periodo. La scelta dell’Organizzazione in questo campo è stata di rafforzare la necessità di valutare il comportamento alla luce di quanto avrebbero fatto delle imprese comparabili operanti in modo indipendente in situazioni assimilabili, in modo coerente con la tendenza che si è evidenziata nel primo capitolo del presente lavoro di un sempre maggiore affidamento alle imprese comparabili grazie alla sempre crescente disponibilità di informazioni ed al costo di accesso alle stesse che diviene sempre più ridotto.

Le modifiche operate in seno al progetto BEPS su questo tema sono relativamente contenute e perlopiù volte, come in altri casi di cui si è detto, a rendere maggiormente fruibile il testo delle raccomandazioni.

Merita di essere tuttavia menzionata la modifica operata nel senso appena descritto al paragrafo²¹⁸ delle Linee Guida dedicato alla situazione in cui i profitti incrementali, obiettivo della strategia messa in atto, non si manifestino per il comportamento non conforme a quanto preventivato da parte del contribuente. Mentre le vecchie TPG si limitavano a rilevare che poteva esserci un problema legato alla “impossibilità di riesaminare anni fiscali antecedenti”,

²¹⁶ OECD, 2010, pag. 49, parr. 1.56 e .57

²¹⁷ OECD, 2015i, pag. 36, parr. 1.111 e 1.112

²¹⁸ Per un confronto si vedano il vecchio Par. 1.61 rispetto al nuovo 1.116 che lo ha sostituito.

per i quali potrebbe essere scattata la prescrizione, senza tuttavia suggerire alcuna modalità per risolvere tale problema, in ottemperanza alla volontà di fornire maggiore trasparenza viene oggi espressamente rilevato che “il risultato dei prezzi di trasferimento appropriato può richiedere un aggiustamento dei prezzi di trasferimento”, di fatto suggerendo alle amministrazioni la possibilità di intraprendere questa via nonostante la distanza temporale. È stato tuttavia mantenuto inalterato il successivo passaggio delle raccomandazioni dove si consiglia, in virtù delle difficoltà sopra evidenziate nel valutare delle fattispecie che possono essersi concretizzate anche diversi anni addietro, di sottoporre a particolare attenzione preventiva le strategie di business messe in atto dalle imprese, onde riuscire a cogliere tempestivamente eventuali problematiche, in un periodo in cui sia ancora possibile e relativamente facile reperire informazioni utili a colmare il *gap* tra il comportamento tenuto dall’impresa e quello che avrebbero invece adottato delle imprese indipendenti.

Breve ma comunque importante l’aggiunta operata dal testo del nuovo paragrafo 1.118, che si allinea con quella appena evidenziata; si dice infatti che qualora il ritorno economico di una strategia di business fosse inverosimile sin dall’inizio e nonostante questo essa venga perseguita ugualmente dal contribuente, la natura *arm’s length* della transazione può essere messa in dubbio e (quest’ultima parte è quella aggiunta) rendersi necessario un aggiustamento dei prezzi di trasferimento.

Una volta delineata la transazione effettivamente intercorsa tra le parti secondo le modalità appena descritte, è necessario procedere alla valutazione della stessa ai fini dell’applicazione della disciplina dei prezzi di trasferimento. La sezione delle *Guidelines* che si occupa di ciò è stata profondamente riscritta a seguito dei lavori su *base erosion e profit shifting*; essa contiene una guida per le amministrazioni volta a chiarire quando l’operazione così come strutturata dalle parti possa essere salvaguardata e quando invece si renda necessario un suo completo disconoscimento per procedere ad un riesame conforme alle indicazioni contenute nelle Linee Guida.

La vecchia versione delle *Transfer Pricing Guidelines* apriva affermando che, ordinariamente, l’esame della transazione andava basato sull’operazione così come strutturata dalle parti, giungendo ad un suo disconoscimento ai fini fiscali solo in casi eccezionali. Il nuovo paragrafo che l’OCSE dedica alla questione²¹⁹, invece, fa affidamento sul procedimento esposto in precedenza parlando dell’analisi di comparabilità per individuare la transazione rilevante ai fini dei prezzi di trasferimento, tenendo in considerazione sia le pattuizioni contrattuali eventualmente esistenti tra le parti, sia la condotta da esse effettivamente tenuta.

²¹⁹ OECD, 2015i, Par. 1.120

La differenza nell'approccio si deve alla coscienza da parte dell'Organizzazione che gli strumenti giuridici che le imprese hanno oggi a disposizione per strutturare le proprie operazioni sono estremamente complessi e numerosi; mantenendo inalterato il contenuto delle raccomandazioni previgenti, che premiavano fino in ultima istanza quanto voluto dalle parti, si correva il rischio di spalancare la porta ad utilizzi *border line* che non avrebbero potuto essere sanzionati dalle amministrazioni.

Il contenuto del nuovo testo esprime a riguardo la consapevolezza che il disconoscimento di una transazione può essere causa di doppia imposizione qualora all'operato di un'amministrazione non consegua un adeguamento da parte della omologa situata nell'altra giurisdizione coinvolta dall'operazione²²⁰, e prescrive di mettere in atto ogni sforzo possibile per non giungere a tale estrema soluzione e "per assicurare che il disconoscimento non sia usato semplicemente perché è difficile determinare il prezzo di libera concorrenza²²¹". La vecchia versione delle TPG (par. 1.65) individuava due situazioni in cui poteva darsi luogo ad una ricostruzione d'ufficio dell'operazione: quando la sostanza della transazione differisse dalla sua forma e quando, nonostante la coincidenza di forma e sostanza, gli accordi differissero da quelli che sarebbero stati sottoscritti da parti indipendenti. Il testo novellato, invece, sembra non considerare il rapporto tra forma e sostanza per concentrarsi esclusivamente sulla rilevanza economica dell'operazione ed il suo orientamento a criteri di libera concorrenza. Questa nuova formulazione non vuole in nessun modo ridurre la rilevanza del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, ma viene posta l'enfasi sulla considerazione che non vi può essere indicatore migliore che la rispondenza al criterio di libera concorrenza nella valutazione di una operazione.

Alla luce di quanto esposto nei capitoli precedenti del presente lavoro circa l'accresciuta rilevanza delle questioni fiscali nelle scelte delle imprese multinazionali, risulta importante la nuova parte delle Linee Guida dove si prescrive di "considerare se il gruppo multinazionale nel complesso sia messo in una situazione ante-imposte peggiore [dall'operazione] perché questo potrebbe essere un sintomo che la transazione vista nella sua interezza manca della razionalità economica degli accordi tra parti indipendenti". Alla base di questa considerazione vi è la volontà più volte espressa dall'OCSE e che costituisce anche l'obiettivo primario dell'*Action 8-10* di allineare il risultato con la creazione di valore (in senso economico, non fiscale) della transazione.

²²⁰ Nel caso in cui vi sia un intervento di rivalutazione delle operazioni poste in essere, è naturale che si generi una doppia imposizione dato che verosimilmente il maggior reddito ripreso a tassazione in un Paese sarà già stato soggetto ad imposizione nell'altro. La modalità per risolvere questo "conflitto" è l'apertura di una procedura amichevole che oltre ad avere tempi tecnici spesso piuttosto lunghi, non contiene nella maggioranza dei casi alcun obbligo per le amministrazioni di giungere ad un accordo che elimini la doppia imposizione.

²²¹ OECD, 2015i, pag. 39

Entrambe le versioni delle Linee Guida prendono atto del fatto che le imprese consociate hanno a disposizione una varietà di contratti molto maggiore rispetto alle imprese indipendenti, grazie all'assenza di conflitti d'interesse, e questo non gioca certo a favore delle amministrazioni finanziarie che si trovino a dover valutare il loro operato, ma vi è anche la (amara) consapevolezza che tali contratti possono più facilmente essere alterati rispetto a quelli conclusi tra parti indipendenti. Se da un lato quindi, come si è visto in precedenza, la tendenza è ad enfatizzare l'utilizzo dei contratti anche per disciplinare le operazioni infragruppo, dall'altro si raccomanda di essere pienamente coscienti del rischio che tali contratti possono nascondere.

Entrambi i documenti dedicano una sezione (la D.3) al trattamento fiscale delle perdite sostenute da soggetti appartenenti a gruppi multinazionali. Non sono state apportate modifiche al testo in vigore, dove si afferma che il sostenimento di perdite per un lungo periodo da parte di un soggetto potrebbe essere un segnale, tanto per il contribuente quanto per l'amministrazione finanziaria, del suo operare in condizioni non rispondenti al criterio di libera concorrenza. Viceversa, nel caso di un'impresa che sostenga perdite per un limitato periodo di tempo, si prescrive di indagare le ragioni economiche sottostanti per valutare la bontà delle scelte economiche effettuate in relazione al comportamento che avrebbero tenuto delle imprese indipendenti.

Ugualmente nessuna modifica è stata apportata alla parte del testo relativa all'effetto sulla transazione di politiche governative, quali possono essere, ad esempio, "controlli dei prezzi, controlli dei tassi di interesse, controlli sui pagamenti per servizi o *management fees*, controllo sui pagamenti di *royalties*, sussidi a particolari settori, controllo degli scambi, dazi anti-dumping o politica dei tassi di cambio²²²", né alla seguente parte sulle valutazioni doganali. Nel primo caso, va valutata la razionalità economica dell'operazione ponderandola come di consueto con l'ipotetico comportamento di attori non rispondenti a logiche di gruppo e le modalità scelte dalla multinazionale per compensare il soggetto che, all'interno della specifica transazione, si trova a subire le eventuali conseguenze economico-finanziarie negative dell'intervento governativo. Questo in virtù di quanto già esposto riguardo alle circostanze di mercato ed alle strategie di business, poiché il continuare ad operare pur in presenza di condizioni politiche svantaggiose potrebbe non essere un comportamento *tout court* privo di razionalità economica, se ad esempio ciò sia finalizzato ad ottenere una maggiore permeazione del mercato o a consolidare la presenza all'interno di una certa economia.

²²² OECD, 2015i, pag. 41 par. 1.132

Sulle valutazioni effettuate in dogana, il suggerimento delle TPG è di rafforzare lo scambio di informazioni tra le diverse agenzie²²³ poiché diversi possono essere i comportamenti dei contribuenti in relazione agli obiettivi da essi perseguiti; rileva infatti l'OCSE come “un contribuente che importa dei beni potrebbe essere interessato a fissare un prezzo della transazione ridotto ai fini doganali così da ridurre i dazi imposti” mentre ai fini fiscali “un prezzo pagato per gli stessi beni più alto accrescerebbe i costi deducibili nel Paese di importazione²²⁴”. Alla luce di questo scopo e della necessità di dare maggiore trasparenza può essere letto anche l'ampliamento degli oneri documentali.

Le seguenti sezioni da D.6 a D.8 sono state introdotte a seguito dei lavori del progetto BEPS e non hanno, pertanto, un reciproco nelle precedenti *Guidelines*; la loro introduzione va contestualizzata all'interno della volontà di rendere più fruibili e descrittive le Linee Guida.

La prima di tali parti è dedicata a “risparmi di localizzazione ed altre caratteristiche dei mercati locali” poiché, come riconosce la stessa OCSE, “possono sorgere questioni complicate nella valutazione delle differenze tra mercati geografici e nel determinare aggiustamenti di comparabilità appropriati²²⁵”. Nell'affrontare i risparmi di localizzazione, la nuova versione 2015 delle Linee Guida contiene un rinvio al capitolo 9 in tema di *Business Restructurings*, affermando che i principi ivi espressi si applicano a tutte le situazioni, non solo a quelle che coinvolgono delle ristrutturazioni dell'attività d'impresa.

Gli aspetti da considerare nel valutare se l'impresa abbia o meno ottenuto dei vantaggi specifici dalla propria localizzazione sono pertanto:

1. se esistono dei risparmi legati alla localizzazione;
2. l'importo di ciascuno di tali risparmi;
3. il grado con cui gli stessi sono trattenuti dall'impresa o passati a clienti o fornitori indipendenti ed infine
4. nel caso in cui i risparmi rimangano in capo al gruppo, come verrebbero allocati da imprese operanti in regime di libera concorrenza.

Analogo procedimento in quattro fasi, opportunamente adattato, va applicato alla valutazione delle caratteristiche dei mercati locali²²⁶ e agli eventuali vantaggi o svantaggi che potrebbero derivare dalle stesse.

Seconda parte recentemente aggiunta nella versione 2015 è relativa alla *assembled workforce*, ovvero la capacità di alcune imprese di mettere insieme gruppi di persone altamente

²²³ Nel caso italiano si tratta di Agenzia delle Entrate ed Agenzia delle Dogane.

²²⁴ OECD, 2015i, pag. 43 par. 1.138

²²⁵ OECD, 2015i, pag. 43, par. 1.139

²²⁶ Tali caratteristiche sono, ad esempio, la necessità di detenere una apposita licenza per operare all'interno di un determinato mercato nazionale e la facilità di ottenere tale licenza, fattori che influenzano la competitività nel mercato ed il grado di investimento iniziale (e quindi di rischio).

qualificate in grado di accrescere il valore dei servizi forniti o dei beni prodotti e alle situazioni in cui vi sia un trasferimento di forza lavoro tra imprese consociate che richieda di determinare il valore di mercato della compensazione da pattuire tra le imprese. La necessità di aggiungere questa sezione è dovuta alle mutate condizioni del mercato oggi globalizzato, che rendono molto più semplice e veloce trasferire anche le persone, oltre ai capitali, tra diverse entità giuridiche.

Va letta in tale ottica e soprattutto alla luce dell'importanza che oggi rivestono i beni immateriali nella creazione di valore anche la sezione in cui si tratta del trasferimento di dipendenti in possesso di *know-how* economicamente rilevante, poiché in tal caso diviene rilevante da considerare anche il valore del bene immateriale trasferito, quand'anche esso non sia separatamente trasferibile, come verrà meglio chiarito nella sezione del presente lavoro appositamente dedicata ai beni immateriali.

Ultima delle sezioni aggiunte in seno al recente lavoro di aggiornamento è la D.8 attinente alle sinergie interne ai gruppi multinazionali; il tema delle sinergie, si vedrà, verrà trattato diffusamente nella seguente parte del lavoro dedicata alla novellazione del capitolo 7 delle *Transfer Pricing Guidelines*, ma si anticipa sin da ora (come peraltro fanno le stesse Linee Guida) che qualora la sinergia positiva (o negativa) derivi solamente dall'appartenenza al gruppo in assenza dello svolgimento di qualsivoglia funzione da parte di altre imprese, essa non dovrà dar luogo ad un pagamento compensativo, diversamente da quando il vantaggio è il risultato di azioni deliberate consapevolmente dal gruppo. In questo secondo caso si dovrà valutare l'esistenza e la consistenza dei vantaggi trasferiti attraverso una "approfondita analisi funzionale e di comparabilità²²⁷". Anche in questo intervento si legge la necessità di regolare in qualche modo un bene, la sinergia, la cui rilevanza economica si è accresciuta negli ultimi decenni quando il progredire della competizione sui mercati globali ha ridotto al minimo i rendimenti marginali di attività che in passato, anche prese isolatamente, erano molto remunerative.

3.2 – Modifiche al Capitolo II “Operazioni sulle materie prime” – Aggiunte al capitolo

Il capitolo secondo delle *Transfer Pricing Guidelines* non è stato toccato dalle modifiche apportate attraverso l'*Action 8-10*, se si eccettua l'aggiunta effettuata con riferimento alle transazioni con ad oggetto le cosiddette *commodities*.

²²⁷ OECD, 2015i, pag. 48, par. 1.159

Come riassume lo stesso documento OCSE, la nuova guida include una chiarificazione sulle metodologie di determinazione dei prezzi di trasferimento per le transazioni del tipo descritto poc'anzi, specificando che il metodo ritenuto più adatto è quello dei comparabili indipendenti (CUP), ma possono essere utilizzate anche le quotazioni di borsa, pur con opportuni aggiustamenti.

Un altro aspetto che l'Organizzazione si è proposta di contrastare è la consuetudine, nell'ambito di determinate transazioni, di utilizzare le statuizioni contrattuali per consentire di adottare il prezzo quotato più vantaggioso tra quelli susseguitisi in un determinato arco temporale coperto dal contratto. Questo comportamento è passato al vaglio dell'Organizzazione poiché è chiaramente contrario a quello che adotterebbero dei soggetti tra loro indipendenti, i quali invece cercherebbero negli accordi contrattuali un elemento di stabilità e certezza nella propria relazione commerciale.

Il nuovo testo²²⁸ definisce le *commodities* come “beni materiali per i quali un prezzo quotato è utilizzato come riferimento da parti indipendenti nella stessa industria in transazioni non controllate”. I fattori da considerare per valutare la comparabilità di una transazione avente ad oggetto beni-materia prima sono contenuti nella figura seguente.

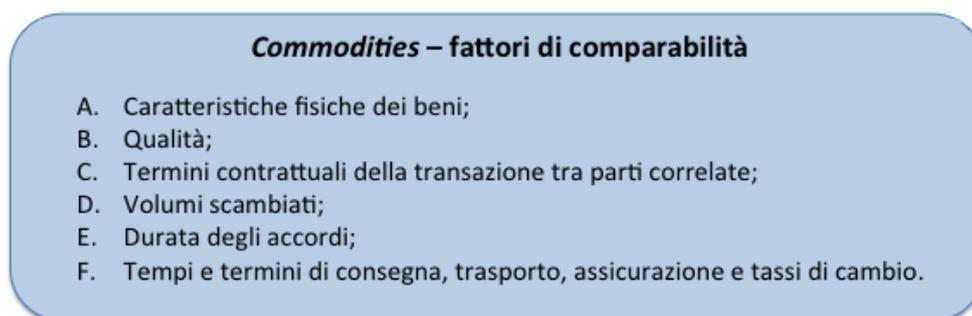


Figura 9 - Fattori di comparabilità per transazioni aventi ad oggetto materie prime (Fonte: OECD, 2015i)

Il contenuto del successivo paragrafo 2.16D è in accordo con la riforma operata dall'*Action 13*, di cui si darà maggiore contezza nel seguito del presente lavoro, e richiede ai contribuenti di “fornire evidenze affidabili e di illustrare, come parte della propria documentazione sui prezzi di trasferimento, le politiche di determinazione dei prezzi per le operazioni aventi ad oggetto i beni-materie prime”.

Il tema della datazione della transazione, rilevante per le ragioni poc'anzi esposte, viene affrontato stabilendo che qualora dall'accordo tra le parti sia desumibile una data certa per l'operazione ed essa sia coerente con il comportamento tenuto dalle stesse, le amministrazioni finanziarie dovrebbero far affidamento su tale data nell'operare accertamenti. Quando, invece, “la data del *pricing* specificata in qualsiasi accordo tra imprese consociate sia incoerente con l'effettiva condotta delle parti o le altre circostanze del caso, le amministrazioni possono

²²⁸ Par. 2.16A

determinare una data diversa coerente con tali circostanze e con quello che avrebbero concordato imprese indipendenti in simili circostanze²²⁹”. Viene dunque in pieno rispettato quanto poc’anzi sottolineato circa la volontà che permea l’intero Progetto BEPS di dare maggiore certezza giuridica alle operazioni poste in essere da soggetti appartenenti al medesimo gruppo multinazionale.

Importante sottolineare, soprattutto alla luce di quanto già brevemente trattato illustrando il contenuto dell’*Action 14*, il comma conclusivo della sezione aggiunta, dove l’OCSE ribadisce che “è importante permettere la risoluzione dei casi di doppia imposizione che possono sorgere dall’applicazione della data di *pricing* supposta attraverso l’accesso alla procedura di mutuo accordo”. Sebbene la raccomandazione in parola abbia lo scopo di sollecitare i governi a rendere più agevole per le imprese l’accesso a tale procedura che spesso può risultare gravoso in termini di adempimenti, l’esplicito riferimento alla risoluzione dei casi potrebbe essere letto come una spinta nel senso di una approvazione della clausola arbitrale obbligatoria che oltre ad essere stata introdotta nell’ultima versione dell’articolo 25 del modello di convenzione OCSE, costituisce anche un importante obiettivo del penultimo elemento del Progetto BEPS.

3.3 – Modifiche al Capitolo VI “Beni immateriali” – Analisi comparativa

Rispondere alla sfida posta dai beni immateriali “è forse il test più difficile del progetto BEPS²³⁰” e questo in virtù del radicale cambiamento reso necessario dalla relativa inerzia dell’Organizzazione negli ultimi anni, quando non si è intervenuti tempestivamente per aggiornare la disciplina alla mutata importanza di tali elementi nei mercati economici mondiali contemporanei.

Il capitolo VI delle *Transfer Pricing Guidelines* nella forma derivata dal documento intitolato "*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*", appare distante dal suo predecessore già ad un primo, veloce sguardo; la mera conta delle pagine, infatti, vede il primo prevalere per 52 a 14. Questo è già un primo segno di come, con la recente riforma, l’OCSE sia profondamente intenzionata a spargliare le carte in tavola per creare un nuovo sistema, soprattutto alla luce dell’importanza ormai cruciale che i beni immateriali rivestono nella creazione di valore.

Il documento esordisce da subito mettendo in risalto come l’articolo 9 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni "riguarda le condizioni a cui avvengono le transazioni tra consociate, non l’assegnazione di particolari etichette [leggi qualificazioni] a

²²⁹ Brauner, 2015i, pag. 54, par. 2.16E

²³⁰ Brauner, 2014b, pag. 98

tali transazioni²³¹". Questo rende necessario individuare per ciascuna transazione se essa effettivamente trasferisca un valore economico e se esso derivi da una proprietà materiale, immateriale o da altro fattore. Rispetto alla versione precedente, l'approccio è molto più diretto. La versione del 2010 delle Linee Guida si limitava ad affermare, nell'introdurre il capitolo, come "particolare attenzione alle transazioni coinvolgenti beni intangibili è appropriata poiché esse sono spesso difficili da valutare a fini fiscali²³²". La nuova formulazione si spinge invece sin da subito a consigliare una "analisi funzionale e di comparabilità" per individuare gli intangibili ed i rischi ad essi associati; come si vede, ricorrono anche qui gli elementi più volte visti e che si è detto contraddistinguere il nuovo impianto delle raccomandazioni, ovvero la maggiore attenzione alla comparabilità ed all'analisi dei rischi. Il riferimento ai rischi associati alle transazioni e alla necessaria valutazione della condotta effettiva delle parti è dunque un elemento innovativo delle Linee Guida novellate; sebbene tali elementi non fossero estranei alle considerazioni richieste nelle precedenti versioni, essi hanno assunto un ruolo centrale nel recente aggiornamento, come si vedrà nel prosieguo del presente capitolo.

Il tema del *risk management*, che si è avuto modo di approfondire brevemente all'interno del paragrafo 3.1 del presente lavoro, risponde al mandato consegnato all'OCSE dal G20 relativamente all'Action 9, che "si pone quale scopo fondamentale quello di introdurre regole volte ad evitare che l'allocazione dei rischi solo in via contrattuale comporti un'inappropriata imputazione del reddito tra le parti della transazione²³³".

Ad aggravare la complessità della valutazione dei rischi si aggiunge il fatto che spesso essi sono "una creazione legale completamente controllata dai contribuenti, apparentemente senza tener conto della creazione di valore²³⁴".

Andando oltre il cappello introduttivo, è evidente come l'intero capitolo sia stato profondamente rivisto sia a livello contenutistico che formale, riorganizzando i sotto-capitoli ed i paragrafi.

L'incipit, per entrambe le versioni, contiene ovviamente la definizione di bene immateriale; differenti sono, però, i contorni che alla stessa vengono dati. Consapevole della necessità di non adottare definizioni troppo stringenti né troppo ampie affinché esse non fossero facilmente aggirabili in un caso e prive di significato economico nell'altro, il comitato riformatore 2015 adotta una definizione per esclusione, dove intangibili divengono i beni che "non sono un bene tangibile o finanziario, che possano essere detenuti o controllati per l'uso

²³¹ OECD, 2015i, pag. 66

²³² OECD, 2010, pag. 191

²³³ Fort, 2015, pag. 1133 e Brauner, 2014b, pag. 100

²³⁴ Brauner, 2014b, pag. 102

in attività commerciali e il cui trasferimento sarebbe soggetto ad un compenso se avvenuto tra parti indipendenti²³⁵". Siamo ovviamente ben distanti dalla precedente definizione, la quale operava invece in positivo, comprendendo i diritti di sfruttamento di marchi e brevetti, il *know-how*, i segreti industriali ecc.; la separabilità dell'intangibile in questione è condizione sufficiente ma non necessaria, poiché potrebbero esserci beni immateriali non registrabili autonomamente e cedibili soltanto in combinazione con altri beni, come si è visto essere il caso del *know-how*.

Quanto appena espresso rende necessario individuare gli *intangibles* presenti all'interno di una transazione attraverso un'analisi funzionale, cercando poi di valutare se essi siano in grado di concorrere alla creazione di valore oppure no (Wright et al., 2016). Quanto appena affermato è ben chiarito dall'esempio riportato nel capitolo VI delle *Transfer Pricing Guidelines* aggiornato è relativo ad un'impresa che fornisce un servizio usando un *know-how* non unico ma diverso da quello a disposizione dei competitors. In questo caso è chiaramente individuabile il bene immateriale, seppur non separabile; esso è inoltre astrattamente idoneo a produrre valore ma ciò tuttavia non giustifica il riconoscimento di un premio sul prezzo praticato, dal momento che non è in grado di generare alcun vantaggio competitivo non replicabile dai concorrenti.

Interessante differenza tra le due versioni in analisi attiene alle categorie di beni immateriali individuate. Mentre, infatti, la versione 2010 esordisce da subito a trattare dei *Commercial intangibles* (distinguendoli dai cosiddetti *Marketing intangibles*), la versione aggiornata si sofferma su alcune considerazioni qualitative, oltre a ridefinire il concetto di bene immateriale di marketing.

La nuova formulazione del capitolo VI prende consapevolezza della molteplicità di metodi di categorizzazione presenti in dottrina, ma sceglie di continuare ad usare la suddivisione "storica" già contenuta nelle precedenti versioni, pur precisando che essa "non esime i contribuenti e le amministrazioni finanziarie dall'obbligo [...] di identificare gli intangibili rilevanti con precisione²³⁶". Si concorda con Brauner (2014a) nel ritenere vagamente contraddittoria tale espressione, poiché si sarebbe più proficuamente potuta adottare una suddivisione maggiormente adatta alla accresciuta importanza dei beni immateriali piuttosto che preservare quella "storica" precisando che essa deve essere comunque derogata in tutti i casi in cui ciò si renda necessario.

²³⁵ OECD, 2015i, pag. 67

²³⁶ OECD, 2015i, pag. 69

La nuova definizione di *marketing intangible* è perlopiù sovrapponibile con la precedente, cui sono tuttavia stati aggiunti un rinvio alla rivista definizione di bene immateriale già illustrata poc'anzi ed una elencazione di alcuni immateriali di marketing ricorrenti nella prassi.

L'accresciuta consapevolezza del valore dei beni immateriali nel mondo contemporaneo, di cui si diceva in apertura di questo capitolo, ha portato l'OCSE a definire il caso degli immateriali "unici e di valore", ovvero quelli che:

- Non sono comparabili a quelli usati o disponibili per le parti in transazioni potenzialmente comparabili;
- Il cui uso nell'attività ci si attende che apporti benefici economici futuri ampiamente maggiori che in assenza dell'immateriale in esame.

In maniera coerente con il contenuto della precedente versione, il capitolo VI contiene una elencazione, con relativa breve descrizione, dei principali tipi di beni immateriali che sono coinvolti da considerazioni di *transfer pricing*. Le importanti differenze sono due: la prima è che mentre la redazione passata faceva riferimento unicamente a brevetti e marchi, quella attuale comprende un'elencazione molto più esaustiva e, soprattutto, contiene anche intangibili che potrebbero non essere separabili o che, in quanto non controllabili o non trasferibili, necessitano di opportune considerazioni in separata sede (ad esempio le sinergie di gruppo). La seconda differenza attiene alla specificazione che "gli esempi non vogliono essere esaustivi o fornire una lista completa degli elementi che potrebbero o no costituire degli immateriali"²³⁷. Per quanto questa possa apparire una mera clausola di stile, in realtà serve a trasmettere l'indicazione, tanto ai contribuenti quanto alle amministrazioni, che la complicatezza raggiunta attualmente dalle transazioni richiede analisi puntuali e, spesso, non inscrivibili precisamente in rigidi schemi precostituiti.

Con riferimento alle attività svolte effettivamente da imprese altre rispetto al legale proprietario del bene immateriale, sino ad oggi il capitolo VI parlava soltanto del caso in cui un distributore sostenesse autonomamente spese di marketing superiori a quelle che avrebbe sostenuto un distributore indipendente, affermando al riguardo che "in tal caso [egli] dovrebbe ottenere una compensazione aggiuntiva dal possessore del marchio ad esempio attraverso una diminuzione del prezzo di acquisto del prodotto a una riduzione del tasso di royalty"²³⁸. L'aggiornamento 2015, sul punto, è più preciso e va a delineare con maggiore chiarezza l'ambito applicativo di questo tipo di raccomandazione, utilizzando il riferimento a funzioni, asset e rischi che costituisce il nocciolo di questa parte del lavoro su BEPS; si dice, infatti, che sebbene al proprietario spettino i proventi dallo sfruttamento del bene immateriale, qualora ci

²³⁷ OECD, 2015i, pag. 70

²³⁸ OECD, 2010, pag. 204

siano altri soggetti che "hanno svolto funzioni, usato beni o assunto rischi che ci si attende contribuiscano al valore dell'intangibile²³⁹", questi debbano essere adeguatamente compensati. È possibile dire che su questo punto cambia la forma, ma non cambia la sostanza di quanto raccomandato dall'OCSE.

La sezione C.2 delle TPG 2010 si occupava di disciplinare l'identificazione ed il trattamento da riservare agli accordi per il trasferimento di beni immateriali. Tanto nella vecchia formulazione che nella nuova è presente in più punti il riferimento al fatto che, spesso, tali transazioni possono essere difficili da individuare vista la natura dei beni coinvolti. Il nuovo capitolo VI, tuttavia, indica dei precisi *step* procedurali da seguire nell'analisi, indicati nella figura seguente, ovvero:

Procedimento di analisi di transazioni con ad oggetto trasferimenti di beni immateriali o diritti su beni immateriali

1. Identificare i beni immateriali usati o trasferiti nella transazione con precisione ed i rischi economicamente rilevanti associati allo sviluppo, consolidamento, mantenimento, protezione e sfruttamento del bene (sono le cosiddette funzioni DEMPE);
2. Identificare tutti gli accordi contrattuali, specialmente con riferimento al legale proprietario del bene immateriale;
3. Identificare le parti che svolgono funzioni, utilizzano *assets*, controllano i rischi;
4. Confermare la coerenza tra i termini contrattuali e la condotta delle parti e determinare se la parte che si assume i rischi li controlla effettivamente ed ha la capacità finanziaria di assumerli;
5. Delineare l'effettiva transazione tra parti correlate;
6. Ove possibile, cercare un prezzo *arm's length* per tale transazione.

Figura 10 - Analisi delle transazioni che coinvolgono beni immateriali

In particolare, i punti qui sopra vanno a definire i tipi di operazioni che devono essere valutate e sottolineano come ad essere rilevante sia l'effettiva condotta delle parti. Si rileva, inoltre, come i contratti scritti possano contenere indicazioni utili sullo svolgimento della relazione, fatto salvo che dove essi non esistano o risultino inattendibili, il riferimento deve essere la transazione così come effettivamente avvenuta tra le parti.

Una presa di posizione importante della versione 2015 avviene dove si afferma con chiarezza che "ai fini del *transfer pricing*, il diritto di proprietà dei beni immateriali, di per sé, non conferisce alcun diritto sui ricavi generati dal gruppo dallo sfruttamento del bene"²⁴⁰ a prescindere da quando contenuto nel contratto siglato tra le parti. Questa affermazione va apparentemente contro il principio che ha contraddistinto le Linee Guida agli inizi della loro storia nel 1979, dove al titolare del diritto di proprietà spettavano tutti i profitti residuali, ma è coerente con l'evoluzione che nel tempo hanno avuto le TPG mirata ad impedire una fittizia

²³⁹ OECD, 2015i, pag. 73

²⁴⁰ OECD, 2015i, pag. 76

allocazione del diritto di proprietà che ponesse su piani diversi la sostanza giuridica dell'operazione e quella economica.

Un esempio chiarificatore, fornito dalla stessa OCSE, riguarda il caso di un'impresa holding la quale non svolga, in concreto, alcuna attività. Ad essa spetterà nulla più che, ove esistente, una compensazione legata al mero possesso del bene. Questa precisazione, assente dal precedente testo delle raccomandazioni, si è resa necessaria a seguito dell'intenso uso che, negli ultimi anni, è stato fatto della localizzazione fittizia come strumento di riduzione del prelievo fiscale. Sul punto è intervenuta però la dottrina che, relativamente all'assegnazione di un mero ritorno economico "*risk free*" ha notato come tale circostanza debba essere in ogni caso preventivamente valutata attraverso una attenta analisi funzionale²⁴¹, non potendosi giustificare in alcun caso un approccio eccessivamente semplificatore che non tenga conto dell'operazione così come conformata dalle parti, in modo peraltro corrente con lo stesso spirito che ha ispirato l'OCSE nel compiere le proprie modifiche.

Se il proprietario dell'intangibile vuole avere il diritto di trattenere tutti i ricavi derivati dallo sfruttamento del bene, egli "deve svolgere tutte le funzioni, fornire tutti gli *asset* ed assumere tutti i rischi legati allo sviluppo, consolidamento, mantenimento, protezione e sfruttamento del bene immateriale²⁴²"; questi concetti "non erano chiaramente espressi nella attuale versione delle *Transfer Pricing Guidelines*²⁴³" e sono stati pertanto meglio precisati all'interno delle novellate raccomandazioni.

Con riferimento alle modalità di valutazione delle operazioni aventi ad oggetto beni immateriali, mentre la precedente versione affermava che il primo passo doveva essere l'identificazione di transazioni comparabili e l'applicazione del metodo CUP e, solo in caso di transazioni con ad oggetto beni immateriali di grande valore, era possibile utilizzare i metodi basati sull'utile della transazione (su tutti il TNMM), oggi le cose sono cambiate. Il nuovo capitolo sesto²⁴⁴ "liberalizza" l'utilizzo dei metodi transazionali in tutti i casi in cui si riveli difficile trovare transazioni comparabili in termini di funzioni impiegate, specialmente quanto una fetta importante di esse sia esternalizzata ad altri soggetti. Sebbene questo consenta di meglio adattare le valutazioni alla realtà economica sottostante, contribuisce nondimeno a complicare il quadro con il risultato che "l'applicazione sarà estremamente difficile sia per i governi che per i contribuenti"²⁴⁵, esponendo le imprese al rischio di un abuso, da parte delle amministrazioni, dei nuovi strumenti. Solo il futuro potrà dire se questa maggiore libertà contribuirà a garantire una maggiore aderenza dei *transfer pricing outcome* alla creazione di

²⁴¹ Sul punto si veda il lavoro di Wright et al., 2016, pag. 100

²⁴² OECD, 2015i, pag. 78-79

²⁴³ Deluzeau, 2016, pag. 5

²⁴⁴ Segnatamente, si tratta del nuovo paragrafo 6.57

²⁴⁵ Wright et al., 2016, pag. 100

valore o se invece vi sarà un abuso da parte di imprese ed amministrazioni dei nuovi strumenti con lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale per i primi o di recuperare maggiori imponibili per le seconde.

In linea con quanto previsto in passato è, invece, la sezione relativa alla determinazione del prezzo di libera concorrenza quando la valutazione sia altamente incerta al momento della transazione. In questo caso sono utilizzabili due metodi, l'uno che guarda, *ex ante*, ai profitti attesi, l'altro che invece aggiusta la remunerazione *ex post* in funzione della redditività effettivamente conseguita.

Una peculiarità del nuovo schema delle *Guidelines* è che esso contiene una molteplicità di esempi su particolari tipi di transazioni che, invece, non risultavano ugualmente evidenziati nella precedente forma delle Linee Guida; tali esempi sono utilizzati come base per l'analisi delle metodologie di determinazione del prezzo *arm's length*, come descritto di seguito. I casi pratici, che erano rintracciabili anche nelle TPG anteriori²⁴⁶, oltre a non essere messi in particolare risalto dal *layout* del documento, risultavano anche poco chiari nei termini usati per descriverli. Il risalto dato alla risoluzione pratica delle problematiche che possono sorgere al momento di applicare le raccomandazioni sui prezzi di trasferimento risulta perfettamente in linea con lo scopo che l'OCSE ha cercato di perseguire per mezzo del Progetto BEPS di rendere più trasparente l'applicazione delle Linee Guida e soprattutto di rendere comprensibile il contenuto anche a soggetti non professionalmente dediti esclusivamente alla materia.

La valutazione dell'applicabilità di diversi metodi di determinazione dei prezzi di libera concorrenza per le transazioni con oggetto i beni immateriali viene affrontata, nel capitolo VI aggiornato, suddividendo e raggruppando le transazioni per tipologie di operazioni affini, ovvero: i) transazioni che coinvolgono anche beni immateriali; ii) trasferimento di immateriali o di diritti su beni immateriali; iii) transazioni che coinvolgono immateriali la cui valutazione è altamente incerta al momento della transazione; iv) *hard-to-value intangibles*; v) uso di intangibili in connessione con la vendita di beni o la fornitura di servizi.

Con riguardo al primo caso, vanno considerate le opzioni realisticamente disponibili per entrambe le parti dell'operazione. Qualora il prezzo minimo a cui il cedente sarebbe disposto ad accettare l'operazione sia superiore al prezzo massimo per il cessionario, potrebbe essere necessario disconoscere la transazione ai fini del *transfer pricing* oppure aggiustare le condizioni della transazione per riportarla verso valori di libera concorrenza. Questo tutto sommato risulta essere allineato con quanto disposto dalla versione 2010²⁴⁷, la quale tuttavia

²⁴⁶ OECD 2010, pag. 196-198

²⁴⁷ Si veda il paragrafo 6.14

si limita a presentare i tratti del problema nel caso in cui le posizioni delle due parti siano disallineate, senza però fornire alcuna soluzione pratica. Nel caso in cui si renda necessario operare degli aggiustamenti ai termini della transazione stabiliti dalle parti, il nuovo testo recepisce gli apporti degli operatori di settore (su tutti Deloitte US e Grant Thornton) che chiedevano nel documento che raccoglieva i commenti al *Discussion Draft* di escludere esplicitamente la possibilità che le amministrazioni potessero usare informazioni non disponibili alle imprese nel momento in cui l'operazione è stata posta in essere. Questa apparente concessione al mondo delle imprese serve a garantire l'impegno ad una maggiore trasparenza e l'orientamento dell'Organizzazione a far sì che contribuenti ed amministrazioni siano messi nella condizione di giocare la partita alla pari, poiché l'obiettivo non deve essere di raccogliere più imposte possibile gravando ulteriormente imprese che, spesso, si trovano di fronte a pressioni fiscali già molto elevate (almeno sulla carta) ma di assicurare che vengano pagate le giuste imposte da parte di chi, al momento, riesce ad usare gli strumenti della fiscalità internazionale per ridurre al minimo il prelievo fiscale nei propri riguardi.

Nel secondo caso, quello del trasferimento di beni immateriali o di diritti su beni immateriali, una delle valutazioni essenziali che il nuovo testo richiede di effettuare riguarda l'eventuale unicità del vantaggio competitivo trasferito, la quale potrebbe, di fatto, escludere l'esistenza di transazioni comparabili. Fattori che risultano chiave in una analisi di comparabilità (sempre che questa sia possibile), sono quelli esposti nella figura sottostante.

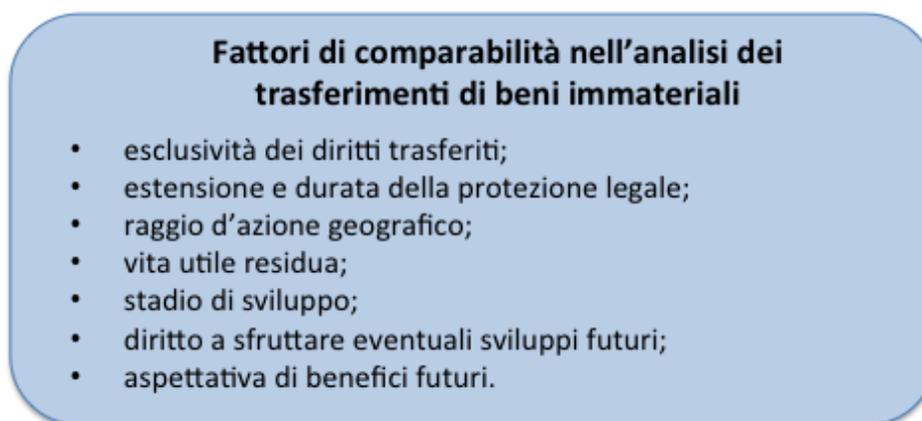


Figura 11 - Fattori di comparabilità

Oltre a questi aspetti, di cruciale importanza risulta essere l'analisi dei rischi, che è stata trattata in precedenza e come si è detto costituisce una delle tematiche più care a questo aggiornamento delle raccomandazioni fiscali internazionali.

È molto interessante quanto proposto al paragrafo 6.132 della nuova versione, dove si afferma che “transazioni strutturate in modi differenti possono avere simili conseguenze economiche. [...] Nel selezionare il metodo di *transfer pricing* più appropriato [...] è importante considerare le conseguenze economiche della transazione, piuttosto che procedere sulla base di etichette

arbitrarie”²⁴⁸. Risulta in questa circostanza rafforzato, in modo coerente con l’impianto e la volontà più volte ricordati, il principio di prevalenza della sostanza dell’operazione sulla forma che ad essa scelgono di dare le parti.

Una delle parti forse più rilevanti ed innovative per l’intero impianto della fiscalità internazionale è, come sostiene la dottrina prevalente, una breve frase dove l’OCSE oltre a sostenere che, di volta in volta, ciascuno dei metodi di determinazione del prezzo di libera concorrenza predisposti può essere adeguato, dice che “anche l’uso di altre alternative può essere appropriato”²⁴⁹. Sebbene i più conservatori vi abbiano letto una mera clausola di stile mirata a non circoscrivere eccessivamente le possibilità tanto dei contribuenti quanto delle amministrazioni finanziarie, ma in questo caso non se ne spiegherebbe la necessità visto il riferimento appena precedente ai metodi della tradizione, i più innovatori come Avi-Yonah (2015) e Brauner (2014a-b) sono convinti che essa rappresenti una prima, importante, incrinatura della incrollabile fede riposta dall’OCSE nell’utilizzo dell’*arm’s length principle*. Si vedrà nel capitolo conclusivo del lavoro come parte rilevante della dottrina guardi con favore all’introduzione di un sistema d’imposizione alternativo all’ALP e basato sul cosiddetto *formulary apportionment*, sebbene sussistano altrettanti autori (e soprattutto operatori economici) radicalmente contrari a tale possibilità. Potrebbe tuttavia trattarsi di un semplice riferimento all’apertura, nelle successive sezioni, anche all’utilizzo di tecniche di valutazione in affiancamento ai metodi tradizionali²⁵⁰, sebbene vi sia piena coscienza di come tali stime possano essere volubili al variare delle assunzioni sottostanti e si richiede, pertanto, di produrre una adeguata documentazione a sostegno delle scelte effettuate.

Il caso delle fattispecie in cui la valutazione dei beni immateriali coinvolti in una transazione sia altamente incerta al momento dell’operazione era già ampiamente trattato nella versione 2010 delle *Transfer Pricing Guidelines*, il cui impianto si rispecchia quasi fedelmente in quello dell’aggiornamento 2015. L’organizzazione non si è voluta distaccare dal riferimento al comportamento che avrebbero tenuto, in circostanze comparabili, delle imprese indipendenti, ma il nuovo testo delle raccomandazioni si spinge più nel dettaglio, come ormai si è capito essere una sua peculiare caratteristica. Nei casi contraddistinti da elevata rischiosità, potrebbero risultare adeguati contratti di durata più contenuta, così come clausole che consentano di aggiustare il prezzo o i pagamenti alle sopravvenute mutazioni future del contesto. Anche qui appare evidente come la volontà dell’Organizzazione sia quella di preservare e, anzi, incentivare la conclusione di contratti tra imprese facenti parte del

²⁴⁸ OECD, 2015i, pag. 98

²⁴⁹ OECD, 2015i, pag. 98

²⁵⁰ Alcuni esempi di tali tecniche sono quelle basate sullo sconto dei flussi di reddito futuri attesi o dei flussi di cassa futuri attesi dallo sfruttamento del bene immateriale.

medesimo gruppo multinazionale anche quando si renda necessario adottare forme contrattuali più complesse per ponderare adeguatamente tutti i possibili sviluppi futuri.

Una sezione che fa la sua comparsa per la prima volta è quella relativa ai cosiddetti *hard-to-value intangibles*, ovvero quei beni immateriali la cui valutazione sia resa difficile, se non impossibile, dall'incapacità di valutare quali sviluppi o eventi incidano sul valore del bene e se essi avrebbero potuto o meno essere previsti al momento della transazione.

A sottolineare la portata innovativa della materia è Brauner (2014b, pag. 98), secondo cui il testo dell'*Action Item* è promettente per il fatto che “ammette che ci sono beni immateriali difficili da valutare, ovvero che l'attuale sistema dei prezzi di trasferimento basato sull'*arm's length principle* è incapace di regolare”, ponendo l'accento anche sull'apertura all'utilizzo di misure altre rispetto a quelle attualmente previste per affrontare il tema.

Il panorama è reso ulteriormente complicato dal fatto che “un'impresa potrebbe trasferire beni immateriali in uno stadio di sviluppo iniziale ad un'impresa associata, fissare un tasso di royalty che non riflette il valore dell'intangibile al momento dell'operazione e poi affermare che non era possibile, al momento del trasferimento, predire con certezza il successivo successo del prodotto²⁵¹”. Sebbene tale casistica fosse contemplata anche dal testo del 2010²⁵², la differenza principale sta nel fatto che questi ultimi sembrano non offrire ampio spazio di movimento all'amministrazione, dovendo essa far sempre riferimento al comportamento che avrebbero tenuto delle imprese indipendenti; questo con gli ovvi problemi che si sono già menzionati circa l'impossibilità, in molte situazioni, di trovare situazioni comparabili.

Se emergono differenze di valutazione legate ai criteri adottati, il nuovo testo consente alle amministrazioni di entrare nel merito e di determinare in quali situazioni tutti i possibili sviluppi futuri siano stati adeguatamente pesati e, dunque, il risultato si debba ritenere conforme ai valori di libera concorrenza, e quando invece questo non sia il caso.

Risulta innovativa rispetto al precedente impianto delle raccomandazioni l'espressa consapevolezza che esiste un'importante asimmetria informativa tra contribuente ed amministrazione finanziaria nel caso dei beni immateriali, anche in virtù del fatto che gli accertamenti potrebbero avvenire verosimilmente a distanza di diversi anni da quando si è posta in essere l'operazione. Per ridurre questa asimmetria, le nuove Linee Guida consentono alle amministrazioni di considerare i risultati *ex post* come evidenza meramente presuntiva dell'appropriatezza delle valutazioni *ex ante*, ma non è comunque possibile utilizzare, volendo conformarsi alle indicazioni OCSE, informazioni che non erano disponibili al contribuente al

²⁵¹ OECD, 2015i, pag. 109

²⁵² Si vedano i paragrafi 6.33 e seguenti

momento della transazione: questo per ponderare adeguatamente gli oneri in capo ai contribuenti con i vantaggi di cui dispone l'amministrazione.

È questo un approccio che si discosta parzialmente dalle previgenti raccomandazioni, le quali suggerivano alle amministrazioni di “indagare cosa avrebbero fatto delle imprese indipendenti sulla base delle informazioni ragionevolmente disponibili al momento della transazione²⁵³”, senza escludere in modo esplicito la possibilità di utilizzare anche elementi non noti al contribuente.

Viene comunque chiarito che non vi dovrà essere un automatismo nell'applicare aggiustamenti alle transazioni così concordate a meno che “il risultato non possa essere spiegato da considerazioni diverse da una incorretta definizione dei prezzi²⁵⁴”.

Il continuo riferimento al comportamento delle imprese indipendenti è stato in parte ridimensionato; appariva, infatti, contraddittoria la lettura congiunta di alcuni paragrafi del vecchio modello, dove da un lato si sosteneva che “per ragioni di business pienamente legittimate dalla relazione tra di loro, imprese associate potrebbero talvolta strutturare un trasferimento in un modo che imprese indipendenti non avrebbero considerato²⁵⁵”, dall'altro si affermava (senza, peraltro, prevedere alcun ammortizzatore che, si vedrà, essere invece presente nel nuovo testo come “soglia di tolleranza”) che, nel caso di scostamenti, dovessero far fede le condizioni che avrebbero pattuito imprese indipendenti.

La nuova formulazione fornisce pertanto alcuni casi di esenzione dall'applicazione dell'approccio descritto sopra, quando si verifichi almeno una delle seguenti condizioni²⁵⁶:

- i. Il contribuente fornisce dettagli sulle proiezioni utilizzate ed evidenzia che la differenza è legata a sviluppi imprevedibili o che la stima della probabilità di tali eventi fatta al momento della transazione è corretta;
- ii. Il trasferimento del bene immateriale è coperto da un *advanced pricing agreement*;
- iii. La differenza tra proiezioni e valore ex post non eccede il 20%;
- iv. Sono trascorsi cinque anni dalla commercializzazione del prodotto e nel corso degli stessi lo scarto si è mantenuto al di sotto del 20%.

Questa elencazione sembra recepire alcuni dei commenti degli operatori di settore alle bozze sottoposte in forma di *Discussion Draft* e, in particolare, quelli contenuti nel documento “*Comments Received on Public Discussion Draft*” del 19 giugno 2015 in materia di *Hard-to-Value Intangibles*. Uno dei rilievi posti, tra gli altri, dal BEPS Monitoring Group riguardava la mancata previsione di ulteriori fattori rispetto al primo ed al secondo dell'elenco qui sopra

²⁵³ OECD, 2010, pag. 202

²⁵⁴ Saint-Amans, Russo, pag. 238

²⁵⁵ OECD, 2010, pag. 196, par. 6.13

²⁵⁶ OECD, 2015i, pag. 111

(in realtà i due erano inizialmente uniti), elemento che avrebbe reso estremamente gravoso per le imprese dimostrare la bontà del proprio operato; sebbene non sia stata accolta la proposta di una doppia soglia (sia in termini percentuali che assoluti), l’inserimento dei punti iii) e iv) testimonia che una considerazione in tal senso da parte dell’OCSE vi è stata e nello specifico ha accolto il suggerimento di uno scarto-soglia del 20% proposto da Deloitte US e Deloitte UK²⁵⁷, mentre la proposta di un limite temporale è stata recepita solo parzialmente, poiché rispetto ai 10 anni richiesti ne sono stati “concessi” soltanto 5. La revisione operata asseconda peraltro anche l’opinione espressa da Business Europe e Deloitte US, secondo cui le imprese fronteggiano a loro volta difficoltà nell’effettuare le stime e sarebbe stato eccessivamente penalizzante nei loro confronti far leva sulle asimmetrie informative per caricare su di loro l’onere di una eventuale incongruenza tra le previsioni effettuate e gli sviluppi effettivi.

Non è invece stato recepito il contributo della società di consulenza KPMG la quale chiedeva l’inserimento di una previsione che escludesse l’applicabilità del test descritto nei quattro punti di cui all’elenco visto poc’anzi nel caso in cui il contribuente dimostrasse non tanto che l’operazione era stata posta in essere in modo aderente a quello che avrebbero fatto parti tra loro indipendenti, quanto piuttosto che le ipotesi ed i dati utilizzati per le previsioni erano coerenti con quello che avrebbero fatto delle parti tra loro indipendenti.

Un caso interessante riguarda situazioni in cui vi sia l’utilizzo di un bene immateriale in connessione con la vendita di beni o la fornitura di servizi. Si riporta in nota l’esempio che le stesse Linee Guida fanno di tale pratica²⁵⁸. A tal riguardo, si possono identificare due diverse categorie: dove esiste un’impresa comparabile affidabile e dove un’impresa siffatta non esiste. Nei casi in cui la *tested party* non usa intangibili unici e di valore e se è possibile identificare un’impresa comparabile, è spesso possibile determinare il prezzo di libera concorrenza sulla base dei metodi CUP, *resale price*, *cost plus* e TNMM. Se invece l’uso di diversi beni immateriali ha un impatto significativo sul prezzo, devono essere utilizzati metodi che fanno minore affidamento sui comparabili, anche effettuando opportuni aggiustamenti.

Se, invece, non è possibile trovare delle imprese comparabili, le Linee Guida nella loro più recente formulazione suggeriscono di fare affidamento sul metodo *transactional profit split*, che risulterà ulteriormente potenziato (o almeno questo è nelle intenzioni dell’Organizzazione) all’esito dei lavori sulla guida che verrà esposta nell’ultimo paragrafo del presente capitolo.

²⁵⁷ Rileva la società che, “siccome le deviazioni dalle aspettative possono verificarsi virtualmente in ogni transazione controllata o meno”, prevedere una soglia secondo cui gli scostamenti devono eccedere il 120 per cento o essere inferiori all’80 per cento aiuterebbe a dare maggiore certezza alle imprese.

²⁵⁸ Nel testo 2015, al paragrafo 6.199, si considera il caso di un distributore che, nella sua area geografica, riesce a sviluppare beni immateriali di marketing come liste clienti, relazioni con i clienti e dati di mercato, arrivando però anche ad ottenere conoscenze logistiche, sui software ecc.

3.4 – Modifiche al Capitolo VII “Servizi a basso valore aggiunto” – Analisi comparativa

Come accaduto per il capitolo sesto delle *Transfer Pricing Guidelines*, anche nel caso del settimo il contenuto dell’Action 8-10 va a sostituire integralmente quanto previsto dalle raccomandazioni previgenti.

Già dall’introduzione si nota come, rispetto alla sezione trattata sopra, in questa vi sia una maggiore sovrapposibilità dei due differenti testi, non solo in termini di layout del capitolo ma anche a livello quantitativo. Importante differenza è, tuttavia, la presenza nel testo aggiornato di una nuova sezione attinente ai servizi infra-gruppo a scarso valore aggiunto, il cui approfondimento è oggetto della presente sezione.

Alla luce di ciò, la precisazione contenuta nel paragrafo 7.2 circa la necessità di verificare, nell’applicare il principio *arm’s length*, che il gruppo non abbia sostenuto costi inutilmente o che i servizi siano stati forniti nel modo più efficiente possibile, suona più come introduzione al nuovo schema di ragionamento che non come un’effettiva disposizione applicabile al caso concreto.

Tanto nel vecchio impianto quanto nel nuovo, l’OCSE ha infatti individuato due problemi principali: verificare se dei servizi infra-gruppo siano stati effettivamente prestati e, in caso affermativo, determinare quale sia la giusta compensazione in ottemperanza al principio di libera concorrenza. Una particolarità (a dire il vero sostanzialmente stilistica) è l’organizzazione in sotto-sezioni che è stata adottata nella versione 2015, che rende veramente più fruibile il contenuto delle raccomandazioni, contribuendo come auspicato da parte della dottrina a consentire un utilizzo dei documenti OCSE anche ad operatori che non siano degli esperti della materia, di fatto riducendo la distanza tra imprese, consulenti ed istituzioni (Brauner, 2014a), peraltro in modo coerente con quanto si è visto essere stato fatto in altre sezioni delle Linee Guida.

Primo punto dell’analisi da compiere riguarda la verifica dell’effettiva prestazione del servizio mediante un “test dei benefici”; gli assunti alla base sono che un servizio deve fornire valore aggiunto all’impresa che lo riceve, sotto forma di vantaggio commerciale o di rafforzamento del posizionamento nel mercato, e che per tale servizio un’impresa indipendente dovrebbe essere disposta a pagare un prezzo sul mercato o a produrlo internamente. Nel commento al *Discussion Draft*, la società KPMG aveva richiesto che venissero forniti degli esempi di documenti che le imprese avrebbero potuto produrre per dimostrare il superamento del test, o viceversa di cosa le amministrazioni sarebbero state legittimate a richiedere, ma evidentemente l’OCSE ha deciso di sacrificare in parte la chiarezza che avrebbe prodotto un

intervento di questo tipo per lasciare un maggiore spazio d'azione sia alle imprese che alle agenzie fiscali: questo aspetto contrasta in parte con quanto fatto dall'Organizzazione in altre parti del lavoro e con la dichiarata volontà di accrescere la trasparenza e di rendere più semplice l'utilizzo diretto delle raccomandazioni da parte delle imprese.

Una precisazione degna di nota contenuta nella nuova versione²⁵⁹ riguarda la prescrizione che “è essenziale che venga fornita documentazione affidabile alle amministrazioni finanziarie per verificare che il fornitore dei servizi abbia effettivamente sostenuto i costi di produzione degli stessi²⁶⁰”, fattore che va nel senso di una maggiore certezza dell'operazione e dei suoi contenuti.

Il proseguire appaiato delle due diverse versioni tocca, di seguito, le cosiddette *shareholder activities*, ovvero quei servizi che sono forniti nell'esclusivo interesse dell'azionista e per i quali un'impresa indipendente non sarebbe disposta a pagare. La lista esemplificativa di servizi di tal schietta contenuta nella versione aggiornata (paragrafo 7.10) è leggermente più ampia di quella passata, come evidenzia la figura qui sotto riportata.

Vecchio par. 7.10	Nuovo par. 7.10
<ul style="list-style-type: none">i. Costi legati alla struttura giuridica della capogruppo (riunioni, emissioni azionarie ecc.)ii. Costi per obblighi di <i>reporting</i>iii. Costi di raccolta delle risorse per acquisire partecipazioni e mantenere le relazioni di investimento	<ul style="list-style-type: none">i. Costi legati alla struttura giuridica della capogruppo (riunioni, emissioni azionarie ecc.)ii. Costi per obblighi di <i>reporting</i>iii. Costi di raccolta delle risorse per acquisire partecipazioni e mantenere le relazioni di investimentoiv. Costi di adeguamento della capogruppo alle disposizioni fiscaliv. Costi ausiliari alla <i>governance</i> di gruppo

Figura 12 – Confronto par. 7.10

Terzo ambito di analisi attiene alla “duplicazione dei costi”. Qui il testo risultante dal lavoro del Progetto BEPS appare più approfondito rispetto al suo predecessore. Infatti, mentre il vecchio si limitava a definire il significato di duplicazione dei costi e ad esemplificare delle eccezioni, elementi peraltro presenti immutati nel nuovo impianto, quest'ultimo suggerisce un approccio più attento nella valutazione. Rispondendo alla richiesta degli operatori economici di considerare la crescente complicazione della rete di servizi di cui si servono oggi le imprese, si afferma infatti che “il fatto che un'impresa svolga, ad esempio, servizi di marketing al proprio interno e nel contempo paghi per lo stesso tipo di servizi un'altra impresa del gruppo non determina di per sé duplicazione, poiché “marketing” è un termine

²⁵⁹ Si veda il paragrafo 7.8 delle Linee Guida versione 2015

²⁶⁰ OECD, 2015i, pag. 144

ampio che può connotare molti livelli di attività²⁶¹”. È in tali fattispecie che si rendono necessarie informazioni dettagliate da parte del contribuente²⁶², atte a meglio chiarire i contorni del servizio reso. Questa parte delle nuove Linee Guida sembra accogliere le proposte giunte dagli addetti del settore ed in particolare dal BIAC (Business Industry Advisory Committee), che si era espresso favorevolmente alla possibilità per le imprese di sostenere costi per servizi in apparenza coincidenti ma che differissero, ad esempio, per dimensioni, precisione o grado di specializzazione²⁶³.

La parte successiva del testo OCSE affronta quindi i “benefici incidentali”, sotto la cui definizione ricadono quei vantaggi economici che alcuni membri del gruppo multinazionale ricevono per i servizi resi ad altre unità del gruppo; esempi tipici di tali situazioni sono le riorganizzazioni delle società o delle divisioni interne.

Un caso interessante, presente in entrambe le versioni del capitolo (che risultano essere perfettamente sovrapponibili sull’argomento) è quello del *rating* creditizio. Si dice infatti che “non si considera ricevuto alcun servizio se un’impresa associata soltanto in virtù della propria affiliazione ottiene un *rating* creditizio maggiore di quello che avrebbe se non fosse stata affiliata, mentre un servizio sarà normalmente esistente dove il maggior *rating* sia dovuto a garanzie prestate da un altro membro del gruppo²⁶⁴”. Questo appare importante soprattutto alla luce di quando esposto altrove circa l’utilizzo strategico della leva finanziaria divenuto ormai una prassi delle imprese multinazionali. Il tema del *rating* creditizio ha alcuni aspetti in comunque col trattamento che si vedrà essere riservato alle sinergie, le quali infatti non possono essere oggetto di compensazioni infragruppo per il fatto che esse scaturiscono dalla mera appartenenza al gruppo e non sono oggetto di accordi specifici.

Non si nota alcuna differenza tra i due testi per quanto riguarda, invece, la disciplina dei “servizi centralizzati”. Rimandando al testo OCSE per ogni approfondimento, preme soltanto porre l’accento su come per tali servizi in linea di principio vi sia il pieno riconoscimento da parte dell’Organizzazione, poiché per essi le imprese indipendenti sarebbero normalmente disposte a pagare ed è dunque verosimile che essi rispondano ad effettive esigenze economiche. La Figura qui sotto riporta una serie di esempi, di carattere non onnicomprensivo ma comunque decisamente esaustivo, di tali servizi²⁶⁵. Come si nota, in modo coerente con

²⁶¹ OECD, 2015i, pag. 146

²⁶² Si veda il Par. 7.8 per una lista delle informazioni che possono essere richieste.

²⁶³ Uno degli esempi che l’organismo porta è quello di un’impresa che si avvale di un avvocato interno per le questioni routinarie, mentre si appoggia ad un avvocato del gruppo per verificare se le proprie politiche sono coincidenti con quelle della multinazionale nella sua interezza. Un secondo esempio, invece, è quello relativo alle attività di marketing ripreso pedissequamente all’interno delle *Transfer Pricing Guidelines* aggiornate.

²⁶⁴ OECD, 2015i, pag. 146 e OECD, 2010, pag. 209

²⁶⁵ La lista è riportata uguale sia nella versione 2015 delle TPG al paragrafo 7.14, sia nella precedente al medesimo paragrafo.

quanto appena esposto riguardo alle cosiddette *shareholder activities*, esse sono escluse dal novero dei servizi centralizzati poiché non vanno a beneficio del percipiente ma soltanto del soggetto erogatore.

Attività centralizzate	
A. Pianificazione;	I. Servizi IT;
B. Coordinamento;	J. Servizi finanziari;
C. Budgeting;	K. Approvvigionamenti, distribuzione e marketing;
D. Consulenza finanziaria;	L. Servizi HR
E. Contabilità;	M. Assistenza clienti;
F. Controllo;	N. Ricerca & Sviluppo;
G. Servizi legali;	O. Gestione degli <i>asset</i> immateriali.
H. Factoring;	

Figura 13 - Servizi Centralizzati

Se l'OCSE non ha sentito la necessità di intervenire nel merito di tali servizi, la ragione è da ascrivere al fatto che rispetto al 2010 non vi sono stati stravolgimenti economici che abbiano mutato il rapporto delle imprese con gli stessi. Un collegamento che però preme fare è relativo sia a quanto si vedrà a breve in materia di servizi a scarso valore aggiunto, sia a quanto si è detto in precedenza riguardo alla frammentazione delle attività volta a consentire l'attribuzione di una redditività molto limitata a soggetti localizzati in Paesi ad elevata fiscalità. Molti di questi servizi che possono essere svolti in maniera centralizzata da alcuni soggetti del gruppo multinazionale rientrano anche nell'elenco delle attività per cui è possibile l'applicazione dell'approccio semplificato di recente introduzione, mentre altri si contraddistinguono per l'essere tradizionalmente ad alto valore aggiunto (si pensi alle attività di ricerca & sviluppo su tutte). Ad essere rilevante non è pertanto la natura di supporto o meno al business principale dell'impresa, quando la circostanza che vi siano imprese indipendenti disposte a pagare soggetti terzi per svolgere nel loro interesse il medesimo servizio, come si è già sottolineato poc'anzi.

Di evidente importanza è la successiva sezione, dedicata alla "forma di remunerazione" dei servizi infra-gruppo individuati secondo le metodologie esposte poc'anzi.

Il testo 2015 riprende fedelmente le raccomandazioni previgenti e si limita, perlopiù, a fornire precisazioni di carattere applicativo²⁶⁶. La scelta dell'Organizzazione si spiega nell'ottica di non toccare quelle aree delle raccomandazioni che non sembrano essere esposte ad eccessiva pressione a causa di comportamenti elusivi da parte delle imprese. In realtà, sebbene vi sia una relativa facilità con cui i centri di servizio possono essere spostati nel mondo per ottenere risultati fiscalmente più favorevoli, non si è ritenuto di intervenire in modo profondo sul testo del 2010 sia poiché il testo delle raccomandazioni era già sufficientemente chiaro e preciso in

²⁶⁶ Esempio ne è l'ultima frase aggiunta al paragrafo 7.15, dove ai servizi finanziari si aggiungono gli acquisti e gli approvvigionamenti tra le fattispecie elencate.

molti aspetti, sia in virtù della guida sui casi di frammentazione fittizia delle attività che è contenuta nella nuova formulazione delle Linee Guida e che si ritiene possa essere adeguata a risolvere il problema. Come si vedrà a breve, si è proceduto soltanto ad una riorganizzazione dei contenuti finalizzata a rendere più trasparente il contenuto.

In modo coerente con quanto detto a proposito della volontà di utilizzare, per quanto possibile, le informazioni disponibili su imprese comparabili, anche per i cosiddetti “servizi a chiamata” l’OCSE ha reputato di mantenere la linea secondo cui essi saranno da ritenersi giustificati quando un’impresa indipendente sarebbe disposta a pagare per ottenere la disponibilità di un medesimo servizio. Questo è vero soprattutto con riferimento ai costi per garantirsi la mera disponibilità di un servizio, che potrebbe anche non essere mai utilizzato dall’impresa²⁶⁷. Tanto la vecchia quanto la nuova versione delle Linee Guida si limitano a suggerire alcuni elementi utili ad orientare una valutazione, con la volontà di rendere più facilmente applicabile, da parte delle imprese e delle amministrazioni, la ratio delle raccomandazioni; essi sono la probabilità che l’impresa che effettua il pagamento possa realmente aver bisogno del servizio, i tempi normali di attesa qualora l’impresa decidesse di rivolgersi al mercato e l’uso concreto che del servizio si è fatto negli ultimi anni.

Come anticipato, è presente una sezione che si addentra nei metodi per determinare il prezzo *arm’s length* per i servizi descritti sopra. Rispetto al precedente aggiornamento, il nuovo opera una scelta espositiva che riorganizza i contenuti dividendo tra “metodi diretti di ricarico” e “metodi indiretti di ricarico”. Tale suddivisione era comunque presente nel testo delle Linee Guida previgenti il quale infatti affermava che “in alcuni casi, può rendersi necessario un metodo indiretto vista la natura dei servizi offerti”²⁶⁸, ma la suddivisione è resa oggi maggiormente rilevante, sebbene il testo delle raccomandazioni sia sostanzialmente identico tra le due versioni.

Senza addentrarsi eccessivamente nei dettagli data la sovrapponibilità delle previsioni in questo caso, è bene però precisare che un metodo diretto verrà utilizzato quando il servizio prestato sia chiaramente identificabile e, soprattutto, quando lo stesso venga reso da parte dell’impresa consociata anche a soggetti terzi indipendenti o siano identificabili nel mercato soggetti indipendenti che forniscano il medesimo servizio. Un metodo indiretto è invece applicabile quando non siano possibili altre vie che “allocazioni dei costi o metodi di ripartizione, che spesso necessitano di un certo grado di approssimazione o estimazione”²⁶⁹. Il nuovo paragrafo 7.25 in materia di ripartizione dei costi per servizi, rispetto al suo omologo

²⁶⁷ Si pensi al caso abbastanza frequente, riportato come esempio dall’OCSE, di un pagamento ad uno studio di avvocati per garantirsi una assistenza tempestiva nel caso di insorgere di controversie.

²⁶⁸ OECD, 2010, pag. 212 par. 7.24

²⁶⁹ OECD, 2015i, pag. 148 e OECD, 2010, pag. 212

precedente, rafforza la necessità che l’allocazione “avvenga sulla base di una appropriata misura dell’utilizzo del servizio che sia anche facile da verificare²⁷⁰”. È evidente anche in questo caso l’intento di accrescere la trasparenza nei rapporti contribuente-fisco, da raggiungersi mediante una più lineare informativa circa i metodi di valutazione applicati, soprattutto nel caso in cui vi siano alla base delle assunzioni la cui comprensione può non essere immediata da parte del soggetto verificatore²⁷¹.

È stata inoltre aggiunta una nuova sezione che disciplina le “altre forme di compensazione” dei servizi infragruppo prestati²⁷²; il caso che essa disciplina è quello in cui la compensazione per i servizi sia inclusa nel prezzo di altre transazioni. Al ricorrere di tali fattispecie, le amministrazioni ed i contribuenti dovranno verificare che non venga addebitata alcuna ulteriore tariffa e che non vi sia una doppia deduzione. È utile chiarire tale disposizione per mezzo di un esempio: il prezzo di una licenza può includere al suo interno anche la compensazione per l’assistenza tecnica nella produzione dei prodotti coperti dalla licenza medesima, considerazione che può emergere da un confronto, ad esempio, tra il tasso di royalty applicato e quello che invece si osserva in transazioni similari sul mercato; si dovrà in tal caso vigilare che non vengano addebitati anche servizi di natura analoga che avrebbero il solo scopo di ridurre il reddito imponibile.

Riguardo alle modalità di determinazione del prezzo di libera concorrenza, il riferimento dell’OCSE è sempre ai capitoli I-III delle TPG, in pieno rispetto dell’obiettivo di cui si è detto in apertura del presente lavoro di non stravolgere l’attuale sistema ma di operare soltanto quanto necessario a rinsaldare le basi su cui esso poggia. Un’aggiunta operata dalla versione 2015 è dunque rivolta a consentire l’utilizzo di metodi *cost-based*, dove è richiesto che vengano esaminati con attenzione i costi sostenuti dal fornitore del servizio al fine di operare alcuni aggiustamenti per rendere affidabile il paragone con quello che invece si osserva nel mercato. L’introduzione di questa possibilità per i contribuenti è legata alle richieste avanzate in sede di commento ai *discussion draft* rilasciati dall’OCSE, poiché diversi operatori economici facevano rilevare come nel proprio settore (si pensi a quello delle estrazioni petrolifere) fosse una prassi diffusa quella di partire dai costi per determinare il pricing di un servizio, come verrà meglio descritto nel capitolo seguente del presente lavoro dedicato agli oneri documentali.

Perfettamente allineati appaiono inoltre i due testi a confronto sulla questione se sia fondamentale o meno che il *mark-up* applicato ai costi sia tale da generare un profitto per il

²⁷⁰ OECD, 2015i, pag. 149

²⁷¹ Si pensi al caso in cui la ripartizione avvenga mediante l’utilizzo di basi allocative più complesse rispetto a fattori come il numero di dipendenti, il numero di pezzi prodotti, il numero di richieste ecc.

²⁷² Si tratta dei nuovi paragrafi 7.27 e 7.28, che riprendono il contenuto dei precedenti 7.26-7.28

fornitore del servizio. Pur nella consapevolezza che, normalmente, un'impresa indipendente cercherà di trarre profitto dallo svolgimento di un'attività, è pur vero che vi sono casi in cui il servizio viene prestato benché antieconomico al fine, per esempio, di mantenere l'ampiezza della gamma offerta o di sostenere le vendite di un altro prodotto ad esso collegato.

La successiva parte delle Linee Guida si dedica a delineare una serie di esempi applicati di servizi infragruppo tipicamente ricorrenti; non vi sono rilevanti differenze poiché la versione 2010 delle TPG presentava già quei caratteri di trasparenza ed analiticità alla base delle riforme operate in seno al Progetto BEPS, tuttavia quanto indicato relativamente alle attività di ricerca e sviluppo esternalizzate merita un opportuno approfondimento.

Con riferimento a tale fattispecie si nota una profonda differenza tra i due impianti: mentre il testo 2010 affermava che “la società di ricerca è spesso isolata dal rischio finanziario e [...] il bene immateriale risultante dall'attività è generalmente posseduto dall'impresa principale, quindi i rischi derivanti dallo sfruttamento commerciale non sono sopportati dalla società di ricerca²⁷³”, concludendo per l'utilizzo di un metodo *cost plus* e non ritenendo necessario un approfondimento della effettiva modalità di allocazione dei rischi all'interno della relazione commerciale, l'approccio della nuova versione è molto differente. Sicuramente ha contribuito a ciò la coscienza della crescente importanza rivestita dalle attività di ricerca nel mondo economico contemporaneo e della sempre maggiore complessità che connota le stesse, ma non bisogna dimenticare che il *focus* sui rischi, la loro allocazione ed il loro controllo costituisce uno degli elementi cardine del Progetto BEPS.

Il risultato è che il nuovo paragrafo 7.41 dispone come necessaria una “dettagliata analisi funzionale²⁷⁴” per ottenere una chiara visione “della precisa natura della ricerca e delle attività che sono svolte dall'impresa, prima di considerare quale metodo di *transfer pricing* sia appropriato²⁷⁵”. Questa maggiore attenzione all'analisi funzionale è in linea con lo scopo del Progetto BEPS e con la sua volontà di allineare sempre più i risultati fiscalmente rilevanti con la sostanza economica delle operazioni attraverso una attribuzione della redditività che tenga presente non solo della compensazione dell'attività svolta, ma anche della remunerazione dei rischi insiti in essa. Questo processo, peraltro, era già in atto da tempo poiché la stessa versione 2010 delle TPG come detto già aveva abolito la supremazia gerarchica dei metodi cosiddetti “tradizionali” per garantire tanto alle imprese quanto alle amministrazioni la possibilità di utilizzare liberamente il metodo che esse ritenessero più adeguato a rispecchiare la effettiva realtà economica delle operazioni.

²⁷³ OECD, 2010, pag. 217

²⁷⁴ OECD, 2015i, pag. 152

²⁷⁵ OECD, 2015i, *Ibidem*

Che le attività di ricerca e sviluppo costituiscano un problema rilevante in materia di BEPS è supportato da “evidenza empirica che circa metà dei redditi spostati dai Paesi ad alta fiscalità ai paradisi fiscali dalle imprese manifatturiere americane riguarda redditi da beni immateriali collegati alla ricerca e sviluppo²⁷⁶”.

Una parte innovativa nata a seguito del Progetto BEPS, come anticipato in apertura della presente sezione, è quella relativa ai “servizi infra-gruppo a scarso valore aggiunto”, che fa la sua prima comparsa nel testo 2015 e merita pertanto un’analisi approfondita che tuttavia, proprio a causa della sua recente introduzione e della mancanza di un omologo nell’aggiornamento 2010 delle *Guidelines*, non potrà essere comparativa. La sezione è mirata ad individuare un approccio semplificato di carattere elettivo per la determinazione del valore di libera concorrenza, rimandando invece alle precedenti sezioni le imprese che decidano di non avvalersi di tale metodo per i servizi a scarso valore aggiunto, continuando a preferire quelli consistenti nei metodi di *transfer pricing* tradizionali.

L’individuazione di tali servizi è coerente con l’intento di ridurre gli oneri di *compliance* da parte dei contribuenti in situazioni che coinvolgono elementi la cui redditività sia scarsamente rilevante rispetto a quella complessiva del gruppo multinazionale.

Correttamente l’OCSE apre con la definizione di servizi a scarso valore aggiunto, la quale include quelli indicati nella figura riportata di seguito²⁷⁷.

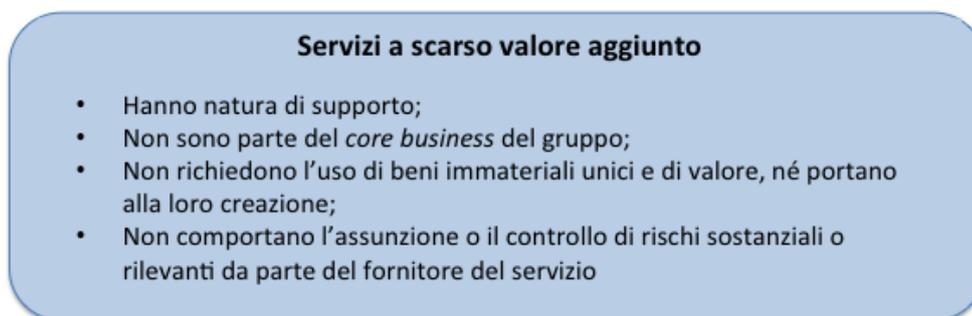


Figura14 - Servizi a scarso valore aggiunto

Il seguito del testo riporta un’elencazione di attività che sono escluse dall’applicazione dell’approccio semplificato, riportate nella figura seguente; meritano una menzione tra di esse le attività di R&D, quelle manifatturiere, le funzioni acquisti e vendite e le assicurazioni. L’esclusione di tali servizi dal novero di quelli che potranno beneficiare dell’approccio semplificato che verrà a breve descritto è dovuta alla considerazione che essi non rispettano nella normalità una o più delle condizioni esposte in precedenza.

²⁷⁶ Evers, Miller, Spengel, 2015, pag. 503

²⁷⁷ OECD, 2015i, pag. 153

Attività escluse dal *simplified approach*

- A. Servizi che costituiscono il core business dell'impresa
- B. Servizi di ricerca e sviluppo
- C. Manifattura e produzione
- D. Approvvigionamenti di materie prime
- E. Vendite, marketing e distribuzione
- F. Transazioni finanziarie
- G. Estrazione, esplorazione o lavorazione di risorse naturali
- H. Assicurazione e riassicurazione
- I. *Corporate senior management*

Figura 15 - Attività escluse dal *simplified approach*

Sono invece citate come facilmente riconducibili al campo applicativo della disposizione le attività di contabilità, gestione di crediti e debiti, gestione delle risorse umane, *information technologies*, servizi legali ecc. È bene soffermarsi un momento su un concetto che in apparenza potrebbe sembrare contrastante con il restante contenuto del Progetto BEPS: le attività contenute in questo elenco, infatti, prese singolarmente spesso costituiscono l'attività principale di imprese operanti anche al livello internazionale. Sebbene tali attività possano costituire il *core business* dell'impresa del gruppo che le svolge, adottando la prospettiva di gruppo esse sono comunque qualificabili come servizio a scarso valore aggiunto poiché hanno carattere marginale o di supporto rispetto all'attività principale della multinazionale. Il contenuto di questa sezione, peraltro, va necessariamente coordinato con quanto visto in precedenza nell'espone il piano d'azione numero 7 in tema di stabili organizzazioni, poiché una soluzione percorribile dalle imprese potrebbe appunto essere quella di frammentare notevolmente le proprie attività e funzioni per dar loro natura di supporto e consentire di applicare alle stesse le disposizioni sui servizi a scarso valore aggiunto.

Un interrogativo posto dalla dottrina sul tema dei servizi infragruppo e che ci si sente di condividere riguarda l'assenza di una chiara guida che aiuti ad incasellare i servizi non esplicitamente identificati dalle TPG all'interno di quelli a scarso valore aggiunto, onde evitare che possano generarsi controversie tra i Paesi coinvolti circa la qualificazione degli stessi²⁷⁸, soprattutto alla luce delle differenti caratteristiche delle economie nazionali coinvolte dalla transazione in esame.

Lo scopo dell'approccio semplificato introdotto dall'OCSE per la valutazione di tali fattispecie è di “i) ridurre lo sforzo di adeguamento per superare il “test del beneficio” e dimostrare il pagamento *arm's length*, ii) fornire maggiore certezza ai gruppi multinazionali che il prezzo praticato verrà accettato dalle amministrazioni fiscali [...] e iii) fornire alle amministrazioni finanziarie documentazione specifica che consenta una revisione efficiente dei rischi di *compliance*.”

²⁷⁸ Storck et al., 2016, pag. 220

Per il contribuente che si avvale del metodo descritto sopra, gli oneri sono ridotti dal fatto che è sufficiente che egli “dimostrì che il servizio è stato prestato, non che documenti i singoli atti intrapresi e che hanno contribuito a generare i costi sostenuti”²⁷⁹.

Il primo passo richiesto dalla novellata disciplina OCSE è quindi di procedere ad un *pooling* dei costi afferenti alla medesima categoria di servizio, escludendo poi i costi sostenuti da un membro nello specifico interesse di un altro singolo membro. Terzo *step* è l’allocazione tra i membri del gruppo dei costi che vanno a beneficio di molteplici unità, utilizzando una o più chiavi di allocazione che riflettano il bisogno di un particolare servizio.

Il documento OCSE, nello spingere al limite questo approccio semplificato, giunge a determinare un livello di ricarico prestabilito e fissato nel 5% dei costi²⁸⁰. Resta comunque possibile, per le amministrazioni, “fissare una soglia appropriata che consenta loro di rivedere l’approccio semplificato nei casi in cui essa venga superata²⁸¹”. Tale limite fisso è stato oggetto, tra gli operatori economici e la dottrina, di un discreto dibattito. Sembra infatti ai più riduttivo che si sia cercato di imbrigliare una lunga serie di servizi considerandoli tutti simili per rischio, rendimento, e costi di produzione. Parte della dottrina chiedeva che fosse introdotta una forbice di valori accettabili, così come essa esiste, ad esempio, in Unione Europea. La Commissione Europea, nel 2010, ha infatti emanato delle linee guida per i Paesi Membri sui servizi a scarso valore aggiunto, rimandando per ampi tratti a quanto determinato in sede OCSE ma prendendo una posizione ben precisa, all’interno del documento, relativamente al *mark up* applicabile a tale tipologia di servizi. Dice infatti il testo comunitario che “nei casi in cui è appropriato applicare un *mark up*, questo sarà normalmente modesto, e l’esperienza mostra che tipicamente il ricarico concordato ricade tra il 3 e il 10 per cento, spesso intorno al 5 per cento”. Il quesito non banale che si pone la dottrina è relativo a come verrà gestita la differenza tra le raccomandazioni europee e quelle OCSE di recente emanazione, dal momento che entrambe integrano esempi di *soft law* non direttamente vincolante.

Non sono state recepite le osservazioni del BEPS Monitoring Group nel documento di commento, dove veniva suggerito di eliminare l’applicazione del *mark up* poiché questo sarebbe andato esclusivamente a danno dei Paesi più poveri. A parziale sostegno della posizione dell’Organizzazione internazionale sono però altri interventi, come quello del BIAC, che suggerisce l’individuazione di “una singola percentuale di mark-up” o, nel caso un cui la forbice fosse stata più ampia, di richiedere alle imprese di applicare in modo costante

²⁷⁹ OECD, 2015i, pag. 157

²⁸⁰ A giungere a questo risultato hanno contribuito gli apporti degli operatori di settore in sede di commento alle bozze di discussione, poiché la penultima *release* conteneva una forbice di valori validi tra il 2% ed il 5%.

²⁸¹ OECD, 2015i, pag. 159

una singola percentuale prescelta a tutti i propri servizi infragruppo a scarso valore aggiunto, con l'ovvio obiettivo di contenere al minimo i costi di adeguamento, ed anche la società di consulenza Deloitte si è espressa favorevolmente alla previsione di una singola percentuale di ricarico individuata, però, nel 4 per cento. Anche il contributo di Valente GEB Partners è volto a suggerire la previsione della percentuale unica, esprimendo il timore che potessero crearsi contrasti o doppie imposizioni nel caso in cui un'amministrazione applicasse il tasso minimo e un'altra quello massimo.

La sezione si chiude con la spiegazione della documentazione che le imprese che applicano l'approccio semplificato devono predisporre e presentare all'amministrazione in caso di richiesta, di cui si è già detto brevemente poc'anzi:

- Descrizione delle categorie di servizi a scarso valore aggiunto effettuati, lista dei beneficiari, motivi che portano a ricomprendere il servizio tra quelli a scarso valore aggiunto, ragioni che rendono necessario il servizio, descrizione dei benefici che esso fornisce;
- Contratti o accordi scritti per la fornitura del servizio;
- Documenti e calcoli che mostrino la determinazione dei raggruppamenti di costi e del *mark-up* applicato;
- Calcoli che giustifichino l'applicazione di specifiche chiavi di allocazione.

Sul tema della documentazione, nelle fasi di discussione pubblica del report OCSE, è intervenuto anche il BIAC, questa volta apparentemente inascoltato dall'Organizzazione; chiedeva infatti l'associazione industriale che fosse consentito alle imprese di produrre, in luogo dei contratti infragruppo stipulati, un documento che esplicitasse i termini del servizio reso e le condizioni pattuite, e sulla stessa linea si è espressa anche Business Europe, sottolineando (OECD 2015o, pag. 75) come non esista alcun vincolo legale che obblighi le imprese dello stesso gruppo a sottoscrivere contratti scritti per i servizi infragruppo, sebbene si sia in realtà visto come l'OCSE cerchi di spingere in più punti verso una maggiore formalizzazione delle pattuizioni infragruppo. La *check list* appena esposta conferma invece la raccomandazione di stipulare appositi accordi da sottoporre, a richiesta, alle amministrazioni finanziarie.

Un'ultima indicazione, che tuttavia nel panorama fiscale giunge a rivestire una certa importanza soprattutto in fase di applicazione pratica, afferma che "l'applicazione di ritenute alla fonte sulla fornitura di servizi a scarso valore aggiunto può impedire al fornitore dei servizi di recuperare la totalità dei costi sostenuti per la prestazione del servizio. Se viene

incluso un margine di profitto, le amministrazioni che applicano la ritenuta sono incoraggiate a farlo solo sull'ammontare di tale profitto o *mark-up*²⁸².

3.5 – Modifiche al Capitolo VIII “Accordi di ripartizione dei costi” – Analisi comparativa

Già da una prima lettura dell'introduzione e, nello specifico, del paragrafo 8.2 ci si accorge di come la disciplina sia stata rivista e condensata con la soppressione due sezioni, relative agli aggiustamenti da apportare nel caso in cui il contenuto del *Cost Contribution Arrangement* (di seguito anche CCA) si riveli non conforme all'*arm's length principle* e ai problemi relativi ad ingresso o uscita da un CCA dopo che l'accordo ha già avuto inizio, i cui contenuti sono stati redistribuiti all'interno del documento.

Sembra che l'OCSE abbia recepito le richieste di parte degli operatori di settore nell'inserire, rispetto all'ultimo *Discussion Draft*, un riquadro introduttivo più esteso volto a chiarire lo scopo delle novellate raccomandazioni ed il contenuto delle norme nonché a rendere fruibile il testo anche per utenti non abitualmente usi a trattare temi come quello dei prezzi di trasferimento²⁸³. Diversamente dalla previgente versione, che da subito approccia il problema entrando nello specifico della materia ed indicando come dovesse sussistere un rapporto di proporzionalità tra i contributi effettuati da ciascun partecipante ed i benefici che esso avrebbe potuto ottenere dall'accordo, il nuovo testo affronta la fattispecie da una diversa angolatura. Affermano infatti le nuove Linee Guida che “non c'è alcuna differenza per una analisi di *transfer pricing* tra un CCA e ogni altro tipo di accordo contrattuale dove la divisione di responsabilità, rischi e risultati attesi come determinati dalla analisi funzionale è la medesima²⁸⁴”.

Nello schema introduttivo presente nella revisione definitiva, di cui si è detto, importante è stato il recepimento di quanto proposto tra gli altri dalla società di consulenza PricewaterhouseCoopers (PWC): la vecchia formulazione dell'introduzione richiedeva che “i beni immateriali, materiali o i servizi creino benefici *diretti* all'attività dei partecipanti all'accordo” (corsivo aggiunto), ma non era chiaro il motivo per cui un'impresa non avrebbe potuto ottenere dei benefici al limite solo indiretti, purché essi fossero economicamente rilevanti e tali da giustificare il sostenimento di costi per garantirseli. Favorevole in tal senso anche l'International Chamber of Commerce, per la quale “mancavano chiari criteri per distinguere tra benefici diretti ed indiretti” e non sarebbe stato comunque “corretto

²⁸² OECD, 2015i, pag. 160

²⁸³ Si veda, a riguardo, l'intervento del BEPS Monitoring Group in OECD, 2015p, pag. 24 ss.

²⁸⁴ OECD, 2015i, pag. 163, par. 8.4

disconoscere i benefici indiretti qualora essi fossero suscettibili di valutazione economica²⁸⁵». È stato pertanto soppresso il riferimento ai soli costi diretti, rendendo di fatto possibile la partecipazione ad accordi di ripartizione dei costi anche finalizzati ad ottenere benefici indiretti dall'attività del CCA. È dibattuto se i benefici indiretti rientrino tra le eccezioni all'obbligo di economicità dei contributi, poiché come fa notare nei commenti alla bozza di discussione il Centre for International Fiscal Studies, logiche di gruppo potrebbero portare un'impresa ad accettare di contribuire ad un CCA qualora a beneficiare dei risultati diretti non sia essa stessa ma il gruppo nel suo complesso²⁸⁶. Questa modifica operata in seno al Progetto BEPS deve leggersi alla luce della crescente integrazione delle attività delle imprese multinazionali che ampliano l'interesse dei singoli membri a contribuire allo sviluppo del gruppo nel suo complesso dal momento che da una posizione di maggior forze essi potrebbero trarre, in futuro, dei benefici economici rilevanti.

In accordo con l'*arm's length principle* che fa da baluardo dell'attuale sistema della fiscalità internazionale, al momento dell'ingresso nel CCA, la quota proporzionale dei contributi di ciascun partecipante deve essere coerente con la quota proporzionale dei benefici che egli può attendersi dall'accordo. Tra le richieste di modifica avanzate dalla dottrina sul punto si segnala quella di Business Europe, non recepita, dove si chiedeva che fosse reso esplicito che tali determinazioni dovessero avvenire al momento della stipulazione dell'accordo e non potessero essere oggetto di revisione a causa di sviluppi futuri²⁸⁷. Sembrerebbe essere stata recepita, invece, la richiesta della *branch* americana della società di consulenza Deloitte, di esplicitare il divieto per le amministrazioni finanziarie di utilizzare informazioni rinvenute *ex post* o che quantomeno, qualora questo fosse stato reso possibile, venissero previsti dei "*safe harbors*" per i contribuenti che si siano adoperati, nelle fasi iniziali del CCA, a produrre adeguata documentazione di supporto.

Si è scelta pertanto la via di consentire alle amministrazioni di richiedere aggiustamenti e bilanciamenti degli apporti anche in costanza dell'accordo, secondo il distinguo di cui ora si dirà. Analogo destino è toccato in parte al suggerimento, da parte del medesimo soggetto, di limitare il tempo a disposizione dell'amministrazione per effettuare accertamenti sulle proiezioni alla base degli accordi, dal momento che la percezione espressa è che potrebbe essere gravoso per il contribuente dimostrare l'attendibilità del proprio ragionamento ad anni di distanza. La soluzione prescelta dall'OCSE per compensare costi e benefici a carico dei diversi soggetti prevede che non vi sia un limite temporale all'attività di richiesta informazioni e di controllo ma che i funzionari debbano attenersi a quanto ragionevolmente

²⁸⁵ OECD, 2015p, pag. 141

²⁸⁶ Si veda OECD, 2015p, pag. 70

²⁸⁷ OECD, 2015p, pag. 54

prevedibile al momento di conclusione dell'intesa. In capo al contribuente, invece, è stato posto l'onere di monitorare l'andamento economico dell'accordo ed effettuare eventuali aggiustamenti al fine di mantenere allineati i contributi effettuati con i benefici attesi (paragrafo 8.20). Sulla potenziale onerosità del nuovo sistema si era espressa anche Deloitte UK, evidenziando come l'apposizione di eccessivi oneri in capo ai contribuenti avrebbe potuto scoraggiare l'uso dei CCA come strumenti a causa della eccessiva incertezza creatasi, anche quando essi non nascondessero alcun intento di BEPS, oltre a rendere difficile per le amministrazioni accertare i casi di illecito. Sembra tuttavia corretto affermare che la novellata guida in materia di *cost contribution agreements* non vada nel senso di un mero aggravio degli oneri del contribuente ma miri anzi ad assicurare che le previsioni contrattuali siano adeguatamente dettagliate da consentire non solo la stabilità dell'accordo ma anche una semplice ed efficace valutazione in merito ad un corretto bilanciamento dei costi e dei benefici in capo ai soggetti partecipanti.

Tra i vari tipi di accordo, più ricorrenti sono quelli mirati allo sviluppo, produzione od ottenimento di beni immateriali o materiali unici e quelli per l'ottenimento di servizi. Mentre i primi, generalmente, creeranno benefici futuri per i partecipanti, dai secondi ci si attende che producano benefici su base corrente. L'inquadramento all'interno dell'una o dell'altra categoria è propedeutico ad un corretto apprezzamento delle clausole contrattuali imprescindibile al momento di confermare o rivedere la validità degli accordi e la loro rispondenza al criterio di libera concorrenza.

Con riferimento ai "*development CCA*", la versione aggiornata al 2015 delle TPG contiene una modifica concorde con quanto proposto da Deloitte UK nei commenti alla bozza, dove l'espressione inizialmente presente al paragrafo 8.11 secondo cui i soggetti partecipanti all'accordo ma che non risultino alla fine proprietari del bene sviluppato avrebbero dovuto ottenere "*effective ownership interest*" viene sostituita da un più generico "*certain rights to use or exploit the property*". Questo intervento risulta peraltro coerente con la volontà di avvicinare le Linee Guida all'operatività pratica nel mondo delle imprese, dal quale viene fatto notare che nella prassi tra imprese indipendenti la soluzione adottata riguarda più spesso accordi di licenza *royalty-free* che non altri istituti concernenti la proprietà del bene come ad esempio potrebbe essere un comodato.

Rispetto alla vecchia versione, il nuovo testo risolve inoltre esplicitamente il caso di "un'impresa che esegue soltanto un'attività [...] ma non riceve un interesse nel prodotto del

CCA”²⁸⁸, affermando che essa non sarà considerata alla stregua di un partecipante all’accordo ma piuttosto come un prestatore di servizi a favore dell’accordo.

In maniera del tutto concorde con l’impianto descritto all’inizio di questo capitolo e con la rinnovata attenzione all’allocazione dei rischi all’interno di un gruppo multinazionale, la recente riforma delle TPG sostiene che ulteriore motivo di esclusione di una parte dall’accordo è che essa non controlli i rischi che si assume o non abbia la capacità finanziaria di sostenerli, secondo lo schema già visto in precedenza che rinforza il nesso che deve sussistere tra remunerazione e rischio. Sul punto, alcuni dei soggetti coinvolti nelle consultazioni pubbliche antecedenti il rilascio del documento nella sua versione definitiva avevano richiesto che fosse inserito nel paragrafo in esame un criterio di collegamento tra il controllo dei rischi e l’effettivo impiego di personale qualificato a sostenere quei rischi²⁸⁹. Sembra che l’OCSE abbia deciso di non intraprendere questa strada, escludendo il dato relativo al personale dai requisiti richiesti, scegliendo di concentrare l’attenzione sulle funzioni svolte dal soggetto giuridico. Questo in virtù del fatto che può essere difficoltoso, in sede di verifica, accertare le effettive competenze del personale o lo svolgimento da parte dello stesso di una concreta attività all’interno dell’accordo, mentre di gran lunga più semplice è analizzare l’allocazione del rischio in capo ai soggetti giuridici utilizzando come basi l’effettiva disponibilità del potere di decidere in merito allo stesso e la capacità di far fronte agli eventuali costi derivanti dal verificarsi delle circostanze negative insite nel rischio medesimo.

In base alla nozione di controllo dei rischi contenuta nelle *Transfer Pricing Guidelines* si deriva che “un partecipante di un CCA debba avere i) la capacità di assumere, trasferire o rinunciare ad una opportunità rischiosa e deve effettivamente svolgere la funzione decisoria e ii) la capacità di prendere decisioni riguardo a se e in quali termini rispondere ai rischi associati con tale opportunità²⁹⁰”.

È stato inoltre dedicato uno spazio molto ampio, nella versione revisionata, al caso in cui si decida di affidare parte delle attività in *outsourcing*. In tale situazione non solo sarà necessario aver cura che le attività vengano compensate con un pagamento *arm’s length*, ma si dovrà anche verificare che i partecipanti mantengano il controllo delle funzioni affidate ad imprese esterne all’accordo e, in definitiva, che il test dei rischi precedentemente descritto sia comunque soddisfatto. Anche questo intervento è coerente con l’impianto generale delle

²⁸⁸ OECD, 2015i, pag. 167

²⁸⁹ Si veda, tra gli altri, il contributo del BEPS Monitoring Group, che sosteneva la necessità di introdurre una disposizione che richiedesse, al fine di considerare un’impresa in grado di prendere decisioni in merito all’assunzione di rischi, il possesso da parte della stessa di “personale con rilevanti capacità ed autorità alle dirette dipendenze dell’impresa”. (OECD, 2015p, pag. 29)

²⁹⁰ OECD, 2015i, pag. 167

nuove Linee Guida all'esito dei lavori su BEPS; si è visto infatti nella sezione dedicata alla valutazione dei servizi come oggi esista la possibilità di esternalizzare un numero rilevante di attività che un tempo dovevano necessariamente essere svolte internamente. Di questo appare pienamente consapevole l'Organizzazione internazionale che tuttavia richiede al soggetto "appaltatore" di dimostrare che egli è in grado di controllare l'attività svolta dall'*outsourcer*.

La sotto-sezione C.3 relativa alle modalità di determinazione dei benefici attesi dal CCA è stata aggiunta nell'ambito del Progetto BEPS; l'indicazione delle novellate TPG è che "la quota relativa dei benefici attesi può essere stimata sulla base dei ricavi addizionali generati o dei costi risparmiati o ancora degli altri benefici ricevuti da ciascun partecipante come risultato dell'accordo²⁹¹". L'accordo di ripartizione dei costi deve, in ogni caso, prevedere una periodica valutazione dei contributi rispetto alla quota dei benefici per determinare se i futuri contributi dei partecipanti debbano essere aggiustati conformemente. A leggere con attenzione il testo della raccomandazione sembrerebbe sdoganata la possibilità di utilizzare metodologie alternative a quelle tradizionali nell'affrontare le valutazioni all'interno dell'ambito di un CCA, purché esse non risultino discostarsi dalla necessaria rispondenza al principio di libera concorrenza. Alla luce di quanto appena evidenziato può essere spiegata la conferma espressa, contenuta nella versione novellata, che tutti i contributi vanno valutati in base all'ALP; poiché la quota dei contributi deve coincidere con la quota dei benefici attesi, potrebbero tuttavia rendersi necessari dei pagamenti compensativi per assicurare la consistenza dei risultati. La raccomandazione è che i contratti prevedano e regolino le modalità di tali aggiustamenti agli accordi iniziali, onde garantire maggiore certezza ai contribuenti che quanto da loro concordato non sarà soggetto a revisioni da parte dell'amministrazione accertatrice se non in circostanze eccezionali.

Entrambi i testi fanno quindi riferimento alla possibilità di usare, nel caso in cui non sia possibile determinare con esattezza il valore del prodotto dell'accordo, delle proiezioni al fine di determinare i contributi richiesti ai partecipanti. Questo espone tuttavia all'obbligo di fornire all'amministrazione finanziaria documentazione affidabile sulle modalità di effettuazione di tali previsioni, onde evitare contestazioni, approccio che risulta coerente con quanto visto poc'anzi in tema di *hard-to-value intangibles*.

La distinzione operata dall'OCSE tra contributi apportati per mezzo di un valore preesistente (ad esempio un brevetto già registrato) e contributi in valore corrente (lo svolgimento di attività di ricerca e sviluppo da parte di un partecipante all'accordo)²⁹² non era presente nelle precedenti *Guidelines* e va letta nel senso di meglio adattare il contenuto delle

²⁹¹ OECD, 2015i, pag. 168, par. 8.19

²⁹² OECD, 2015i, pag. 170 par. 8.26

raccomandazioni alla variabilità degli accordi, che possono contenere elementi tra loro così differenti da richiedere metodologie di valutazione anche radicalmente diverse. È infatti precisato che, “sebbene tutti i contributi vadano misurati in base al valore, potrebbe essere più facile da gestire per i contribuenti una valutazione dei contributi su base corrente al costo”²⁹³, in modo concorde con l’approccio *cost-based* di cui si è detto nella parte del lavoro dedicata alla valutazione dei servizi infragruppo. Questo paragrafo è stato aggiunto a seguito della pubblicazione dell’ultimo *Discussion Draft*, recependo i suggerimenti giunti da più parti. Si chiedeva infatti all’Organizzazione di affrontare con maggiore precisione il tema della valutazione degli apporti al CCA. Business Europe, ad esempio, aveva chiesto maggiore chiarezza onde evitare di gravare eccessivamente il contribuente, facendogli inoltre correre il rischio di contestazioni da parte dell’amministrazione o di doppia imposizione (OECD, 2015p, pag. 56).

Sulla possibilità di valutare gli apporti “al costo”, gli operatori economici sono apparsi quasi unanimemente concordi; si sono espressi, tra gli altri, KPMG, PWC e l’International Association of Oil & Gas Producers²⁹⁴, quest’ultima recante esempi concreti di come nel proprio settore numerosissimi apporti ad accordi di ricerca e sviluppo condivisa fossero effettuati in base al costo e non potessero essere valutati diversamente, se non “col rischio di snaturare la realtà di business delle imprese coinvolte”. Interessante anche il riferimento fatto da Deloitte UK²⁹⁵ al fatto che mentre i dati sul costo sono in genere oggettivi, quelli sul valore, specie in caso di *joint ventures* tra imprese localizzate in Paesi diversi, possono essere dibattuti tra le amministrazioni, accrescendo il pericolo di doppia imposizione.

La nuova sezione C.5 del capitolo VIII delle Linee Guida, che sostituisce nel contenuto quanto alla sezione D della versione 2010, riguarda da vicino i “*balancing payments*”, ovvero quei pagamenti compensativi che si diceva poc’anzi rendersi necessari nelle fattispecie in cui imprevedibili sviluppi successivi alla conclusione dell’accordo rendessero opportuno un aggiustamento dei contributi dei partecipanti per assicurare una corrispondenza tra il livello di rischio assunto ed i risultati, positivi o negativi, dell’accordo. Essi possono prendere sia la forma di transazione tra i partecipanti quando si verifichi che vi è un disallineamento tra due soggetti in quanto a rapporto tra contributi versati e benefici attesi, sia quella di ulteriori versamenti da parte del soggetto “in difetto” per raggiungere l’ammontare ritenuto in linea con l’*arm’s length principle*.

Con riferimento al trattamento fiscale da riservare ai contributi ed ai pagamenti di bilanciamento, l’Action 8-10 prescrive di assoggettarli al medesimo trattamento che sarebbe

²⁹³ OECD, 2015i, pag. 170

²⁹⁴ I contributi sono in OECD, 2015p, rispettivamente alle pagine 169ss, 209 e 161.

²⁹⁵ *Ibidem*, pag. 88

loro riservato se avvenissero al di fuori di un CCA. Questa affermazione molto sintetica appare leggermente vaga, soprattutto se confrontata con l'indicazione che veniva fornita dal testo previgente, il quale affermava che "frequentemente, i contributi saranno trattati come spese deducibili"²⁹⁶. Si dovrà pertanto verificare di volta in volta se possa trattarsi o meno di somme deducibili, sebbene appaia difficile immaginare delle circostanze nelle quali non sia possibile beneficiare di tale possibilità in relazione a rapporti che vengano ritenuti meritevoli di salvaguardia da parte delle amministrazioni.

Una sezione che era presente nel precedente aggiornamento ed è stata, invece, eliminata dal nuovo era quella relativa alla possibilità, per le amministrazioni finanziarie, di disconoscere i risultati fiscali ottenuti dal CCA nel caso in cui la realtà dell'accordo differisse da quanto pattuito sulla carta, fino anche a disconoscere il CCA nella sua interezza quando risultasse il tentativo di utilizzare tale strumento in modo abusivo. L'intervento non è però stato indenne da critiche da parte di alcuni operatori del settore, i quali anzi chiedevano che la frontiera di abusività per i CCA fosse estesa anche, ad esempio, ai casi in cui tutti i contributi vengano da soggetti domiciliati nello stesso Paese e si configuri dunque il rischio che lo strumento venga utilizzato al solo scopo di ottenere un trattamento fiscale più favorevole²⁹⁷. Non è chiaro dunque se sia oggi possibile, alla luce di quanto testé esposto, subire per le imprese un completo disconoscimento di quanto pattuito. Se si vuole interpretare la modifica operata alle *Guidelines* in senso conforme all'obiettivo di incentivare la conclusione di contratti ciò appare escluso; se, viceversa, si vuole adottare un'ottica maggiormente orientata alla continuità storica nell'affrontare situazioni non espressamente disciplinate, questo dovrebbe dirsi ancora possibile. Sarà interessante vedere come le amministrazioni finanziarie nazionali reagiranno in tali fattispecie ma appare più verosimile la prima opzione poiché non si spiegherebbe altrimenti l'intervento dell'OCSE che ha eliminato il testo previgente.

Il vecchio testo riportava due esempi di tali fattispecie, per comodità del lettore esposti in nota²⁹⁸, entrambi riferiti a casi in cui fosse ravvisabile una sproporzione tra contributi e benefici. Gli effetti di tale disconoscimento erano una rideterminazione degli effetti in base al comportamento che avrebbero tenuto, in circostanze comparabili, delle imprese indipendenti.

²⁹⁶ OECD, 2010, pag. 227

²⁹⁷ OECD, 2015p, pag. 33

²⁹⁸ Si tratta dei paragrafi 8.29 e 8.30. Un primo caso attiene alla fattispecie in cui un partecipante che svolge tutte le attività rilevanti sia intitolato a ricevere solo una piccola parte dei benefici attesi totali. In questa situazione, la domanda che il fisco potrebbe porsi (e che le stesse Linee Guida indicano come verosimile) è se la natura reale dell'accordo sia di condividere i benefici o se invece il CCA sia una costruzione con il solo intento di ottenere un beneficio fiscale.

Il secondo caso è, invece, relativo alla situazione in cui "nel tempo vi è stata una sostanziale discrepanza tra la quota dei contributi di un partecipante e la sua quota di benefici attesi e la realtà commerciale è che il partecipante che sopporta una dose sproporzionata dei contributi deve anche ottenere una maggiore quota dei benefici" (OECD, 2010, pag. 229). In tal caso deve essere prevista una compensazione adeguata.

Favorevole alla modifica in oggetto è stata, tra gli altri, l'International Chamber of Commerce, secondo la quale il *Discussion Draft* poneva “troppa enfasi sul disconoscimento dell'intero CCA” nel caso in cui particolari partecipanti non avessero ragionevoli aspettative di benefici economici”²⁹⁹.

La parte successiva delle Linee Guida che si occupa delle fattispecie in cui vi sia un ingresso, un'uscita o il termine di un CCA precedentemente esistente è sopravvissuta in modo pressoché indenne all'intensa opera di revisione delle TPG, con solo piccole modifiche che sono state apportate in seno al Progetto BEPS. Una di esse è relativa alla parte dedicata ai pagamenti di ingresso in un accordo esistente, dove è stata eliminata la disposizione che escludeva la possibilità che un *buy-in payment* avvenisse sotto forma di royalty³⁰⁰. Nel nuovo formato, la sezione è stata inoltre resa più snella, eliminando le descrizioni delle modalità di calcolo dei pagamenti compensativi che risultavano duplicare inutilmente le raccomandazioni in merito all'utilizzo dei metodi tradizionali e rinviando, per le stesse, a quanto contenuto nei capitoli I-III e VI.

La struttura della nuova "sezione E" dedicata alla strutturazione ed alla documentazione di un *cost contribution arrangement* risulta invece diversa, nei contenuti, sin dalla lettura delle prime righe. E non avrebbe potuto essere diversamente alla luce del più volte ricordato intento di accrescere la trasparenza delle operazioni (anche mediante maggiori oneri documentali e contratti) e di rafforzare la corrispondenza tra la forma data dalle parti ad un'operazione ed il processo di creazione del valore. Importante appare, anche in virtù delle osservazioni portate dal mondo professionale di cui si dirà in seguito, la revisione dei requisiti di un CCA tra parti correlate. È stato eliminato il riferimento ai “benefici diretti o indiretti”, in luogo di un più neutro “benefici proporzionali”³⁰¹. Tanto questa quanto le altre modifiche operate a questa sezione rivestono più un intento di rendere concordi le formule linguistiche utilizzate che non quello di operare vere modifiche agli aspetti applicativi delle raccomandazioni.

È tuttavia intervenuta una modifica per recepire i suggerimenti espressi da parte degli operatori economici (e segnatamente da Deloitte UK), poiché mentre nel documento-bozza dell'*Action 8-10* si esplicitava l'obbligo di effettuare pagamenti di bilanciamento dopo un determinato periodo di tempo per garantire il mantenimento dell'equilibrio tra apporti e benefici, la versione definitiva si limita a suggerire di inserire tali strumenti di bilanciamento negli accordi, senza tuttavia indicarli come obbligatori. Questo perché una costante revisione della situazione iniziale e dei suoi mutamenti, nonché degli impatti degli stessi sui risultati

²⁹⁹ OECD, 2015p, pag. 141.

³⁰⁰ Si tratta dell'ultimo periodo del vecchio paragrafo 8.33.

³⁰¹ Si veda quanto alla lettera a) del nuovo paragrafo 8.50.

finali, oltre che antieconomica nella maggioranza dei casi, potrebbe rivelarsi anche non rispondente al comportamento che avrebbero tenuto parti tra loro indipendenti.

In funzione della rafforzata necessità di dare trasparenza, è stato introdotto un esplicito riferimento a *Master File* e *Local File* come documenti che atti a contenere informazioni sui CCA in cui è coinvolta l'impresa, con un grado di dettaglio crescente con il crescere dell'importanza di tale accordo in relazione all'attività dell'impresa, mentre prima si suggeriva di predisporre idoneo materiale da presentare all'amministrazione ove richiesto, senza che tuttavia fosse meglio precisata la forma od il contenuto di tale documentazione. Come verrà meglio precisato nel prossimo capitolo specificamente dedicato agli oneri documentali, l'intervento appena descritto è concorde con il nuovo impianto che risulta maggiormente analitico e prescrittivo circa la struttura che devono avere tali documenti.

In perfetta aderenza con l'impianto generale delle nuove *Transfer Pricing Guidelines*, che si ricordano nuovamente avere tra i propri punti fermi una maggiore attenzione all'allocazione del rischio, oltre a quanto già presente in passato, si richiede che il contenuto dell'accordo si occupi di disciplinare anche come le attività sono gestite e controllate³⁰², al fine di meglio ripartire i benefici futuri tra i diversi partecipanti. Coerente con quanto detto poc'anzi è anche la modifica alle parti seguenti dei paragrafi che il nuovo testo dedica all'argomento, dove a fianco alle responsabilità viene richiesto di elencare anche come esse vengano gestite e controllate, sempre al medesimo fine di rendere espliciti i ragionamenti effettuati sul rischio delle operazioni e sulla sua allocazione.

Risulta invece completamente nuova la parte del testo in cui si dispone di indicare "il modo in cui si pensa di sfruttare ciascun beneficio futuro (come ad esempio i beni immateriali)"³⁰³, con lo scopo di chiarire alle amministrazioni che vogliono prendere in esame il CCA quale sia, nelle intenzioni dei soggetti partecipanti, la distribuzione dei benefici che ci si attende derivino dall'accordo. Sebbene non vi sia un'esplicita indicazione, a questo punto, della possibilità per le amministrazioni di disconoscere il contenuto dell'accordo qualora le pattuizioni in merito ai benefici appaiano inverosimili se confrontate col comportamento che avrebbero tenuto dei soggetti tra loro indipendenti, ciò può essere agevolmente derivato da una lettura sistematica delle Linee Guida.

Discostandosi dalla versione 2010, la nuova inserisce un documento allegato alla fine del capitolo, contenente una serie di esempi sulla strutturazione, il funzionamento e la regolazione dei CCA. Esulando dallo scopo del presente lavoro una analisi dei casi concreti di applicazione di questi accordi, si rimanda per ogni approfondimento allo stesso testo OCSE,

³⁰² Si veda in proposito quanto alla lettera c) del paragrafo 8.52 della versione novellata delle TPG.

³⁰³ OECD, 2015i, pag. 176, par. 8.82 l. f).

ma preme qui evidenziare che tale agire si dimostra allineato con quanto fatto in altri punti delle *Guidelines* per rendere più “pratiche” le raccomandazioni, fattore che oltre a giocare a favore di una maggiore *compliance* volontaria da parte delle imprese, riduce anche gli argomenti a disposizione di chi poteva giustificare comportamenti spesso palesemente contrari al principio *arm's length*.

3.6 - Guida sul *Transactional Profit Split Method*

La sezione che qui si commenta è in realtà stata inserita, nell'ambito del progetto BEPS, subito dopo le modifiche apportate al capitolo 2 delle Linee Guida, trattate al paragrafo 3.2 del presente lavoro, ma dal momento che essa non contiene nuove raccomandazioni ma solo una presentazione per sommi capi delle modifiche che si ritiene necessario apportare alla guida già presente nel capitolo 2 delle TPG, si è scelto di illustrarla alla fine del presente capitolo, anche in virtù della precisazione contenuta nel testo rilasciato dall'OCSE che non si tratta che di una base per lo sviluppo di un più dettagliato documento la cui conclusione è pianificata per la prima metà del 2017.

La necessità di una chiarificazione sull'applicazione dei metodi dei prezzi di trasferimento in riferimento alle filiere globali era stata espressa dal G20 all'interno del mandato per l'*Action 10*. Il focus dell'attenzione sul *profit split* è dovuto alla sollecitazione giunta all'OCSE tramite i *discussion draft* rilasciati, dove è emerso che tale metodo di *transfer pricing* spesso può non essere facile per i contribuenti da applicare o per le amministrazioni da valutare.

Non ci si dovrà certo attendere uno stravolgimento dello *status quo*, poiché la stessa OCSE precisa che la nuova guida “dovrà seguire la struttura corrente del capitolo II” e limitarsi a “chiarire e completare” dei problemi specificamente individuati, ovvero:

- Scelta del metodo più appropriato – quando è opportuno adottare il *profit split*;
- Operazioni altamente integrate – è necessaria una specificazione del criterio di integrazione;
- Contributi unici e di valore – il metodo in esame è dichiarato il più appropriato in presenza di tali contributi, ma essi non sono attualmente definiti con una precisione ritenuta sufficiente;
- Benefici sinergici;
- Fattori del *profit splitting* – appare spesso poco chiaro il meccanismo per valutare i contributi apportati dalle parti di una transazione;
- Uso del *profit split* per determinare il raggio del TNMM, o convertirlo in una *royalty*.

Precisa inoltre questa sezione dell'*action item*, con riferimento al primo dei punti esposti sopra, che è necessario chiarire in modo definitivo che, in situazioni dove una quota dei profitti sarebbe poco credibile come rappresentazione dei risultati di libera concorrenza, la nuova guida “dovrà enfatizzare il bisogno di usare ed aggiustare i migliori comparabili disponibili piuttosto che scegliere un metodo di ripartizione dei profitti”, poiché “un metodo appropriato che usa comparabili inesatti è probabilmente più affidabile in tali casi di un uso inappropriato del *transactional profit split*³⁰⁴”.

Sul tema delle operazioni altamente integrate, precisa il testo OCSE che verrà fornita maggiore guida sulle situazioni in cui vi sia un livello di integrazione così elevato da rendere il *profit split* il metodo più appropriato, distinguendo tra integrazione sequenziale di catene globali e integrazione parallela.

La guida sui contributi unici e di valore si dice che verrà ampliata inserendo anche esempi volti a chiarire il significato dell'espressione “unici e di valore”. A seguito del lavoro sui beni immateriali portato avanti in seno al progetto BEPS, il testo della sezione in esame precisa che verrà fornito supporto sulla “scelta del *profit split* come metodo più appropriato in situazioni con ad oggetto sviluppo, rafforzamento, manutenzione, protezione o sfruttamento dei beni immateriali³⁰⁵”.

Ugualmente chiarita verrà, stando a quanto scritto dall'OCSE, la situazione dei benefici sinergici tra imprese appartenenti al medesimo gruppo.

A seguito delle istanze degli operatori, l'OCSE comunica di voler fornire una guida supplementare sulla correlazione che deve sussistere tra fattori di allocazione e creazione di valore

L'ultimo punto, infine, relativo ai casi in cui il *profit split* può essere utilizzato per supportare i risultati del TNMM o per determinare il tasso di royalty applicabile ad una transazione, sarà oggetto di attenzioni nei lavori di sviluppo della guida in parola con particolare riferimento alle tipologie di accordi contrattuali.

³⁰⁴ OECD, 2015i, pag. 60

³⁰⁵ *Ibidem*

Capitolo Quarto – L’*Action Item 13* in materia di oneri documentali

Le ragioni alla base delle modifiche al capitolo V delle *Transfer Pricing Guidelines* sono da rintracciarsi nella volontà della comunità internazionale di “rafforzare la trasparenza per le amministrazioni fiscali”, pur tuttavia “considerando i costi di adeguamento da parte dei contribuenti³⁰⁶”. Vi è in questo un pieno rispetto dell’orientamento già esposto nel precedente capitolo e che, si è detto, permea l’intero lavoro su BEPS.

L’approccio di fondo al tema dei prezzi di trasferimento è rimasto il medesimo, basato per due terzi sugli stessi oneri documentali già suggeriti dalla precedente formulazione delle raccomandazioni OCSE, ma la prima importante novità apportata in seno all’iniziativa BEPS consiste nell’introduzione di un nuovo prospetto denominato *Country-by-Country Report*. Si vedrà nel corso del capitolo come questa modifica non sia stata indenne da critiche da parte degli operatori e delle imprese, preoccupati del fatto che l’onerosità della sua predisposizione non sia adeguatamente controbilanciata da effettivi benefici in termini di maggiore *disclosure*. Sembra infatti, leggendo l’introduzione all’*Action Plan*, che il principale obiettivo sia stato di “rendere più facile per le amministrazioni fiscali identificare se le imprese hanno operato con prezzi di trasferimento o effettuato pratiche con l’effetto di spostare artificialmente sostanziali quote di reddito verso ambienti a fiscalità privilegiata³⁰⁷”, mentre non sono apertamente citati gli eventuali benefici che il nuovo sistema di oneri documentali apporterebbe per i contribuenti.

Sebbene le modifiche a *master file* e *local file* siano contenute, l’intervento dell’OCSE ha riscritto interamente il contenuto del capitolo V delle *Transfer Pricing Guidelines*, per rafforzare la concordanza con il nuovo prospetto introdotto; le precedenti previsioni sono state quindi cancellate interamente e sostituite da quanto contenuto nell’*Action 13*.

4.1 – Modifiche al Capitolo V “Documentazione” – Analisi comparativa

Sin ad un primo sguardo all’organizzazione stilistica del capitolo si mostrano le radicali differenze tra i due diversi impianti argomentativi. Ad un procedere più descrittivo e logico (nella vecchia versione) si sostituisce un testo molto più prescrittivo ed analitico, come fa notare parte della dottrina³⁰⁸, che sottolinea come la definitiva conferma di questa affermazione giunge dalla presenza, nella revisione 2015, di un insieme di allegati contenenti dei veri e propri modelli di documenti, come verrà meglio illustrato in seguito. Da più parti era infatti pervenuta la richiesta di formalizzare una serie di *template* per accrescere

³⁰⁶ OECD, 2015I, pag. 9

³⁰⁷ OECD, *Ibid.*

³⁰⁸ Si veda Daluzeau, 2016, pag. 7

l'uniformità tra i Paesi e scongiurare “un sempre crescente onere sui contribuenti per adeguarsi alle peculiarità dell'approccio di ciascuna amministrazione finanziaria³⁰⁹” ed “incoraggiare la coerenza tra gli Stati, ove possibile, limitando la richiesta di ulteriori e diverse informazioni solo a circostanze eccezionali³¹⁰”. Come sottolineato da Valente, il bisogno sentito dai più era quello di uno “schema comune obbligatorio che eliminasse le divergenze locali ed alleviasse gli oneri di adeguamento in capo ai contribuenti consentendo alle amministrazioni di ricevere dei dati presentati in modo standardizzato³¹¹”. Peraltro, questo procedere più schematico è coerente con quanto visto sinora circa la volontà di rendere più adatto ad un utilizzatore “pratico” il testo, dal momento che sono le imprese i primi soggetti tenuti ad applicare le Linee Guida ed il controllo da parte delle amministrazioni, meramente eventuale, è comunque circoscritto solo ad una seconda fase.

Il problema evidenziato dalla nuova introduzione al capitolo riguarda la relativa vaghezza con cui era affrontato il tema in passato, mentre la numerosità e rilevanza attuale degli scambi internazionali ha richiesto un approccio che fosse più efficace sia per l'impresa che per le amministrazioni coinvolte in verifiche e controlli. Rileva infatti il testo come “da allora [il 1995], molti Paesi hanno adottato regole sulla documentazione per i prezzi di trasferimento e la proliferazione di tali adempimenti, combinata con una crescita vertiginosa del volume e della complessità degli scambi internazionali infragruppo e l'intensificato controllo delle tematiche di *transfer pricing* da parte delle amministrazioni fiscali, ha comportato un significativo aumento dei costi di conformità per i contribuenti. Nonostante ciò le amministrazioni finanziarie spesso scoprono come la documentazione sui prezzi di trasferimento sia insufficientemente informativa e non adeguata per l'applicazione delle imposte e le valutazioni del rischio³¹²”. Alla luce di ciò si spiega l'introduzione dei nuovi modelli più “rigidi”, come verrà meglio illustrato a breve.

Si sentiva, in effetti, il bisogno di un intervento uniformatore poiché il precedente testo delle raccomandazioni lasciava troppo gioco agli operatori di settore e soprattutto ai legislatori di organizzare più o meno liberamente le proprie normative in tema di oneri documentali, con le imprese multinazionali costrette a veder crescere notevolmente tempi e costi di *compliance* all'aumentare del numero di Paesi coinvolti nell'attività del gruppo, senza che questo, peraltro, si traducesse in maggiore *disclosure*.

Ad onor del vero, tra le righe del testo 2010 era già possibile trovare un contenuto minimo richiesto e quindi necessario, quando si diceva che i prezzi di trasferimento avrebbero dovuto

³⁰⁹ Pricewaterhouse Coopers in OECD, 2014d, pag. 138

³¹⁰ BIAC in OECD, 2014b, pag. 100

³¹¹ Valente in OECD, 2014c, pag. 118

³¹² OECD, 2015l, pag. 11

essere determinati secondo “*prudent business management principles*”³¹³ integranti la necessità di “preparare o fare riferimento a materiali scritti che potessero servire come documentazione degli sforzi compiuti per adeguarsi all’*arm’s length principle*, incluse le informazioni su cui il prezzo di trasferimento era stato basato, i fattori considerati ed il metodo prescelto”³¹⁴.

Un principio generale comune ad entrambe le versioni raccomanda all’amministrazione fiscale, per il tramite dei legislatori nazionali, di bilanciare le richieste di documenti con l’onere cui la loro predisposizione obbliga il contribuente³¹⁵. Nella stessa lunghezza d’onda si colloca il paragrafo (5.10 versione 2010) che prescrive di non richiedere all’impresa di fornire documenti non in suo possesso e che non possono essere ottenuti con una diligenza adeguata alla natura della richiesta ed al valore delle informazioni. Tale precisazione mette in risalto come già la precedente versione delle Linee Guida non tralasciasse di considerare l’onerosità per i contribuenti della predisposizione della documentazione ritenuta conforme, ma nella nuova è stato compiuto un ulteriore sforzo per rendere più semplice l’adeguamento delle imprese, nonostante vi siano alcuni aspetti, come il succitato CbC Report, che hanno più che altro attirato critiche da parte delle multinazionali che dovranno procedere ad una sua compilazione.

Il layout così come messo in luce dalle nuove raccomandazioni mette in evidenza, di seguito, gli obiettivi specifici perseguiti attraverso gli obblighi documentali posti in capo ai contribuenti. La sezione B, infatti, indica tre obiettivi principali, soffermandosi in seguito sulle modalità per il loro raggiungimento; essi sono:

1. Assicurare che i contribuenti diano adeguata considerazione agli obblighi di *transfer pricing* nello stabilire i prezzi nelle transazioni tra imprese consociate e nel riportare i ricavi conseguiti nella dichiarazione fiscale;
2. Fornire alle amministrazioni le informazioni necessarie ad una valutazione del rischio consapevole;
3. Fornire alle amministrazioni informazioni utili a condurre un accertamento approfondito delle pratiche sui prezzi di trasferimento dei soggetti imponibili nel proprio territorio, sebbene possa rendersi necessaria altra documentazione a mano a mano che la verifica procede.

Che le nuove Linee Guida costituiscano un importante passo avanti appare evidente dal contrasto che si crea tra il contenuto dei vecchi paragrafi dedicati alla documentazione delle operazioni poste in essere con le indicazioni oggi riscritte. Oltre ad essere profondamente

³¹³ OECD, 2010, pag. 182

³¹⁴ OECD, *Ibidem*

³¹⁵ Si veda, a riguardo, quanto disposto dai paragrafi 5.6 (2010) e 4 e 28 (2015).

diverso lo stile del linguaggio utilizzato, poiché ad esempio all'utilizzo dell'inglese “*may*” è stata sostituita la forma “*should*” ad indicare una maggiore risolutezza dell'OCSE nelle proprie affermazioni in molteplici circostanze, quasi che vi fosse una aspirazione a superare il carattere di *soft law* che caratterizza le TPG, è il modo di affrontare la questione ad essere cambiato.

Le *Guidelines* nella formulazione 2010 non danno alcuna informazione precisa e imperativa sulla predisposizione di documentazione che possa ritenersi idonea e si limitano a suggerire di fornire informazioni che, va comunque detto, in larga parte corrispondono a quelle oggi richieste da molteplici amministrazioni nazionali.

A chiarire il significato della diversità di approccio di cui si sta dicendo, basti la lettura del passaggio del testo 2010 dove si afferma che “non è possibile definire in modo generalizzato e preciso l'ampiezza e la natura delle informazioni che sarebbe ragionevole richiedessero le amministrazioni e fornissero i contribuenti al momento di una verifica³¹⁶”, salvo chiarire poco oltre che tuttavia “ci sono alcuni elementi comuni a ciascuna indagine di *transfer pricing*”. I successivi passaggi contengono infine una veloce descrizione di tali elementi, che includono le informazioni contenute nella figura seguente.

Contenuto minimo della documentazione sui prezzi di trasferimento

- Sul gruppo e sulle transazioni, sulle funzioni svolte e sul comportamento di imprese indipendenti in situazioni comparabili;
- Sulla specifica transazione;
- Sulla determinazione del prezzo e le strategie di business;
- Sulle condizioni del settore e del mercato;
- Sui rischi assunti

Figura 16 - Contenuto dei documenti sul transfer pricing

Di tutt'altro tenore è invece il contenuto delle novellate Linee Guida, che ridefinisce in modo organico la materia, dando indicazioni, come si è detto, molto più precise. Viene ora indicata esplicitamente alle amministrazioni finanziarie la possibilità di “richiedere che gli obblighi di documentazione sul *transfer pricing* vengano assolti contemporaneamente al perfezionarsi dell'operazione o comunque non oltre la data di presentazione della dichiarazione³¹⁷”. Il contrasto con quanto precedentemente raccomandato³¹⁸ balza inevitabilmente agli occhi, poiché la vecchia versione pur riconoscendo l'importanza di un'idonea documentazione a dimostrare il corretto operato di un'impresa multinazionale, nondimeno notava nelle battute

³¹⁶ OECD, 2010, pag. 185

³¹⁷ OECD, 2015I, pag. 12. Si vedrà nel prosieguo dell'analisi come tale norma apparentemente statutaria venga in realtà derogata dalla stessa Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico con riferimento all'innovativo modello di *Country-by-Country* reporting, per il quale è concesso un anno di tempo in più, ma ciò nulla toglie al discorso in merito al cambio di impostazione.

³¹⁸ Si veda il contenuto del paragrafo 5.28 della versione 2010

conclusive del capitolo come “il bisogno di documenti deve essere bilanciato con i costi e gli oneri amministrativi, soprattutto dove il processo coinvolge la creazione di documenti che non sarebbero stati predisposti in assenza di apprezzamenti di carattere fiscale³¹⁹”. Di questo si era già detto in apertura del presente capitolo, ma giova qui richiamare il discorso in virtù delle considerazioni che verranno svolte nel prosieguo; sembrava in particolare che vi fosse una certa resistenza nell’imporre alle multinazionali di sostenere dei costi legati a considerazioni di carattere unicamente fiscale. Oggi, invece, le condizioni estreme che hanno raggiunto i comportamenti di alcune imprese hanno evidentemente fatto ritenere all’Organizzazione internazionale che fosse giunto il momento di formalizzare un intervento diretto e più pervasivo per tentare di arginare il fenomeno.

Un secondo punto di forza della nuova disciplina OCSE è che essa recepisce la prassi ormai consolidata delle amministrazioni e suggerisce la possibilità di incoraggiare i contribuenti “virtuosi” che si adoperano per la predisposizione di documentazione conforme a quanto richiesto, suggerendo di adottare delle sanzioni nei confronti dei soggetti che non si adeguano alle nuove richieste in materia di informativa. Molti Paesi, inclusa l’Italia, hanno tuttavia puntato sugli incentivi anziché sulla repressione per ottenere una maggiore *compliance* da parte dei contribuenti, prevedendo ad esempio una esenzione dalle sanzioni in caso di rettifica dei prezzi di trasferimento.

Un secondo obiettivo degli obblighi documentali delle TPG si focalizza sulle amministrazioni con considerazioni che erano invece del tutto assenti dal testo previgente. Riconoscendo come le risorse a disposizione delle agenzie nazionali siano spesso ridotte, l’OCSE afferma la necessità che esse vengano indirizzate sui soggetti che presentino un rischio di *transfer pricing* elevato. La documentazione sulle modalità di determinazione e gestione dei prezzi di trasferimento, in questo senso, può essere un valido strumento per una prima valutazione e selezione dei soggetti da sottoporre a verifica. In questo senso si spiega anche la necessità di un documento, il CbC Report, dedicato ad approfondire il rischio di *transfer pricing* che presenta un certo soggetto, per permettere alle amministrazioni di decidere verso quali imprese orientare le proprie risorse e, nello specifico, a quali unità all’interno dei gruppi multinazionali di maggiori dimensioni rivolgere l’attenzione.

Terzo ed ultimo scopo della rivista disciplina è quindi quello di fornire adeguati strumenti alle amministrazioni finanziarie per condurre un accertamento approfondito, sebbene lo stesso testo novellato riconosca come “sicuramente ci saranno situazioni in cui le amministrazioni fiscali desiderano ottenere informazioni non incluse nel pacchetto di documenti forniti”,

³¹⁹ OECD, 2010, pag. 189

prescrivendo in tal caso di rifarsi all'approccio già proprio del testo 2010 ovvero mirato a compensare i benefici della maggiore informativa con i costi posti a carico del contribuente.

Al fine di meglio chiarire ai contribuenti ed alle amministrazioni i contorni del nuovo sistema di oneri documentali, la versione 2015 organizza in modo sistematico quello che viene definito un “*three-tiered approach*”. A questo nuovo schema di dettaglio della documentazione necessaria si è giunti, come di consueto nei lavori OCSE, a seguito di un confronto aperto a tutti i soggetti interessati a far pervenire il proprio parere; la precedente versione pensata dall'Organizzazione, infatti, prevedeva che il nuovo modello di *Country-by-Country Reporting* venisse inserito all'interno dell'ambito del *master file*, ma questa prospettiva aveva accresciuto il timore che sarebbero “significativamente aumentati gli oneri di adeguamento ed i costi a carico delle imprese³²⁰”, oltre a paventare la possibilità che i dati contenuti nel nuovo prospetto venissero utilizzati non per un “*high-level risk assessment*”, come era nel mandato conferito all'Organizzazione dal G20, ma per operare dei meccanismi di *profit split* o di ripartizione dei redditi globali su base formulare visti dai più come dannosi nei confronti di una corretta rappresentazione della realtà economica sottesa ad un particolare insieme di operazioni, come si avrà modo di precisare ulteriormente a breve.

Sulla necessità che il CbC Report dovesse costituire un documento separato rispetto ai restanti già esistenti nella pratica pre-riforma si erano espressi molteplici operatori economici, adducendo motivazioni che seppur tra loro differenti, appaiono nondimeno meritevoli di considerazione; osserva ad esempio Ting che “è probabilmente l'azione più fattibile che l'OCSE può perseguire nel breve periodo” e “per evitare che rimanga impigliato in altre questioni legate al master file e venga ritardata la sua implementazione, dovrebbe costituire un documento a sé stante³²¹”. Sulla stessa linea si pone anche il BIAC (OECD, 2014b, pag. 104) che tuttavia prende spunto dal mandato ricevuto dall'OCSE di sviluppare uno strumento di “*high-level risk assessment*” e come tale non sufficiente a giustificare un eventuale accertamento per affermare che esso debba integrare un documento separato rispetto ai restanti due, e concorde risulta anche Business Europe che sottolinea ulteriormente come qualora si fosse mantenuto il *two-tiered approach* inizialmente approntato si sarebbe corso il rischio che le informazioni in esso contenute venissero utilizzate per accertamenti basati su modelli di ripartizione formulare dei profitti. Concordi sulla necessità di tenere separati i due documenti si sono dimostrati anche esponenti del mondo della consulenza alle imprese come Deloitte, Ernst & Young, PWC e Grant Thornton³²². Tra le grandi imprese Siemens³²³ e

³²⁰ di BIAC in OECD, 2014b, pag. 99

³²¹ OECD, 2014b, pag. 68

³²² Quello del cosiddetto “*formulary apportionment*” è un timore pressoché generalizzato tra i soggetti che hanno contribuito alla discussione che ha portato ai documenti nella loro versione definitiva.

Volvo³²⁴ sono quelle che si sono apertamente espone sul tema, ma lo stesso hanno fatto le numerose società di consulenza intervenute. L'ampio dibattito che c'è stato sulla possibilità di adottare un approccio alla documentazione a due o a tre livelli testimonia l'attenzione che il mondo delle imprese ha rivolto alla questione. Oltre al timore dell'applicazione di un *formulary apportionment* che avrebbe costretto le imprese multinazionali a ripensare interamente i propri meccanismi di pianificazione fiscale, quello che la generalità degli operatori osserva è che la necessità di produrre tante e tali informazioni mal si concilia con la natura di strumento dichiaratamente non utilizzabile come base per un accertamento di cui è dotato il *Country-by-Country Report*. La maggior parte degli interventi ha espresso la preoccupazione che le amministrazioni più "aggressive"³²⁵ potessero allargare la ricerca di profitti da assoggettare ad imposizione mediante strumenti altri rispetto all'*arm's length principle*, facilitate in questo da un eventuale inserimento del prospetto di CbC Report all'interno del *master file*. La ragione che spinge tutti a intravedere questa possibilità è ben sintetizzata da Business Europe secondo cui si renderebbe più semplice verificare se un'impresa "ha pagato una quota equa di imposte" poiché il modello così come strutturato "è pensato per comparare le tasse pagate con fattori come il numero di dipendenti o le immobilizzazioni materiali"³²⁶. Sul punto è stata dunque accolta la richiesta di "chiarire che non deve essere questo il risultato e ribadire l'impegno a lungo termine al mantenimento dell'*arm's length principle*"³²⁷, poiché in più punti del documento finale è affermato in modo chiaro questo concetto³²⁸.

Sebbene, come detto, venga osteggiato da molta parte degli operatori economici e sia esplicitamente escluso dalla stessa OCSE, a voler guardare ai fatti con l'ironia che sembra metterci Ting, la strenua difesa del CbC Report come mero strumento indicativo della pericolosità fiscale indica come esso possa in realtà essere, se utilizzato opportunamente, "un'arma efficace contro le attività di BEPS"³²⁹ delle multinazionali.

Si vedrà nel capitolo conclusivo del presente lavoro come la dottrina guardi invece con interesse alla predisposizione di un meccanismo che consenta di allocare tramite algoritmi i profitti (e quindi le imposte) tra le diverse giurisdizioni.

Ad essere innovativo nella nuova versione delle raccomandazioni, si è detto, non è il sistema in sé, già da anni diffuso nella pratica internazionale, ma la sua formalizzazione all'interno

³²³ In OECD, 2014e, pag. 40

³²⁴ In OECD, 2014e, pag. 177

³²⁵ Deloitte US in OECD, 2014c, pag. 7

³²⁶ Business Europe in OECD, 2014b, pag. 208. Per una comprensione delle ragioni di tale affermazione, si rimanda al seguito del documento dove sono illustrate le tabelle che costituiscono il nuovo documento.

³²⁷ Ernst & Young in OECD, 2014c, pag. 78

³²⁸ Si veda OECD, 2015l, pagg. 16 e 22

³²⁹ Ting A. in OECD, 2014b, pag. 66

delle *Transfer Pricing Guidelines* con tanto di modelli “pronti all’uso” contenuti ora in calce al capitolo V.

L’obiettivo dichiarato dell’OCSE è duplice: “fornire alle amministrazioni fiscali informazioni rilevanti ed affidabili [...] e ai contribuenti un mezzo ed un incentivo per considerare significativamente e descrivere la propria conformità con l’*arm’s length principle*” e, oltretutto, ridurre i costi a carico degli stessi per la preparazione della documentazione.

Il tema dei costi cosiddetti di *compliance* ha fatto la parte del leone all’interno della discussione dei documenti presentati dall’OCSE alle parti economiche e rappresenta un *leitmotiv* che taglia trasversalmente i vari elementi di confronto con l’Organizzazione.

Uno dei motivi che spinge i dirigenti delle funzioni amministrative a porre l’accento sui costi di adeguamento è che può risultare “difficile giustificare la spesa di molto tempo e denaro nel determinare e documentare una politica di *transfer pricing* che non è mai stata contestata in maniera competente da nessuna autorità fiscale nel mondo sino a quel momento³³⁰”.

Oltre alle critiche al documento in sé ed alle sue funzioni, parte integrante della discussione stimolata dall’Organizzazione ha riguardato singoli aspetti all’interno del documento stesso, al fine di cogliere il parere degli operatori economici sulle proposte avanzate prima di una loro definitiva approvazione. La modalità prescelta è stata quella di divulgare una serie di domande aperte, con lo scopo di raccogliere quante più informazioni possibili onde decidere come strutturare la versione definitiva dei documenti.

Un primo dibattito ha riguardato la possibilità/necessità che i dati richiesti nel Country-by-Country Report venissero rappresentati, a scelta dell’impresa, separatamente per ogni entità dotata di soggettività economica rispetto ad una aggregazione dei dati per singola giurisdizione: sul punto vi è stata una sostanziale diversità di opinioni tra i soggetti intervenuti nella discussione: alcuni, come Ting e BT (British Telecom), si sono espressi a favore della prima soluzione ritenendo che richiedere alle imprese di operare un consolidamento dei dati raccolti avrebbe comportato un maggiore onere in capo alle stesse rispetto ad una semplice trasposizione delle informazioni ottenute dalle consociate. Altri soggetti, capitanati dalle quattro *majors* della consulenza ma includenti anche imprese multinazionali, hanno guardato con favore all’introduzione della possibilità di presentare i dati in forma aggregata alcuni adducendo come motivazione che in tal modo si riduceva la complessità dei sistemi gestionali e ERP, altri facendo leva sulla asserita trascurabilità dimensionale di alcune delle imprese coinvolte.

In particolare, Ernst & Young (OECD, 2014c) notava come spesso le singole entità nazionali all’interno di un gruppo multinazionale optino per regimi di consolidamento fiscale, rendendo

³³⁰ Wright et. al., 2016, pag. 104

difficile, a posteriori, operare un nuovo “spacchettamento” dei dati precedentemente oggetto di consolidamento mentre si crea oltretutto un “rumore di fondo che può essere significativamente meno utile per la valutazione del rischio del Paese rispetto ad una informazione aggregata³³¹”.

Interessante anche la posizione di Deloitte UK (OECD, 2014b) che si interroga sul rischio che una mole eccessiva di informazioni reperite tramite il cosiddetto “*entity-by-entity approach*” possa rappresentare un danno anziché un vantaggio per le amministrazioni nazionali, considerate le difficoltà di elaborazione e gestione delle stesse.

Il Global BEPS Working Group nota inoltre come la possibilità di un riporto su base aggregata consentirebbe di assicurare la concordanza dei numeri riportati con quelli presenti nel bilancio consolidato, cosa che invece la descrizione separata non consente per la presenza di transazioni infragruppo all’interno dei bilanci delle singole imprese³³².

La versione definitiva del documento, tuttavia, non sembra aver recepito le istanze di quest’ultima parte dei commentatori, poiché questa parte del lavoro OCSE (e quindi il relativo modello fornito) è rimasta invariata e non consente nella versione definitiva di operare aggregazioni tra soggetti membri del gruppo al momento di rappresentare i dati richiesti dal modello. Questa soluzione appare coerente con la volontà dell’Organizzazione di ottenere la massima trasparenza possibile, soprattutto alla luce del fatto che il reperimento delle informazioni richieste, anche se relative a soggetti di dimensioni contenute, non dovrebbe essere eccessivamente complicato per i soggetti tenuti alla compilazione del *Country-by-Country Report*, dal momento che essi sono soltanto le multinazionali di grandi dimensioni. È stata comunque ritenuta meritevole di accoglimento l’osservazione circa l’opportunità che fosse inserita una soglia di materialità al di sotto della quale i soggetti potessero ritenersi esclusi dagli obblighi di reporting, come verrà meglio chiarito a breve nell’analizzare questo specifico intervento dell’OCSE.

Nonostante quanto appena detto, un altro aspetto riguardante i costi di adeguamento che è stato oggetto di attenzioni da parte dei soggetti intervenuti nella discussione ha riguardato proprio il reperimento delle numerose informazioni richieste dal modello di CbC Report, come verrà illustrato nel dettaglio all’interno del paragrafo appositamente dedicato all’analisi dei prospetti.

Il timore degli operatori era che le amministrazioni eccedessero nel richiedere dati senza considerare di soppesare l’effettiva necessità di disporre con i costi posti a carico del contribuente per la loro elaborazione. Il Business and Industry Advisory Committee presso

³³¹ Global BEPS Working Group in OECD, 2014c, pag. 157

³³² Global BEPS Working Group in OECD, 2014c, pag. 161

l'OCSE (BIAC) suggeriva di adottare un linguaggio maggiormente prescrittivo nel testo delle raccomandazioni, onde evitare che potessero essere interpretate in modo “estensivo” da parte delle amministrazioni per moltiplicare le richieste. Questo suggerimento non è stato colto nella versione definitivamente approvata dall'Organizzazione, e la ragione ultima è probabilmente che quand'anche tali indicazioni fossero state recepite, nondimeno le Linee Guida continuerebbero a costituire un documento di *soft-law* per i Paesi Membri, in nessun modo vincolante se non come strumento di orientamento per le amministrazioni nazionali. Oltretutto, appare improbabile che le amministrazioni vogliano discostarsi dal *template* suggerito dalle Linee Guida poiché esso sembra davvero pervasivo e semplice da usare dal momento che costituisce uno strumento “pronto all'uso”.

Una proposta integrante una sorta di mediazione è giunta dalla *branch* statunitense della società di revisione Deloitte, secondo la quale non si sarebbe dovuta considerare sanzionabile un'impresa che avesse provveduto alla predisposizione della documentazione conforme la quale fosse stata tuttavia meritevole di opportuna integrazione da parte degli organi accertatori. Se questo orientamento non è stato fatto proprio dal progetto BEPS è pur vero che nulla osta alla possibilità per le singole amministrazioni di richiedere documentazione integrativa in sede di accertamento, come avviene ad esempio in Italia dove il percorso logico e metodologico seguito dall'impresa viene tendenzialmente ritenuto meritevole di salvaguardia dalla giurisprudenza allorquando non palesemente infondato o basato su argomentazioni carenti, ma può essere oggetto di approfondimenti da parte dell'Agenzia mediante la richiesta di documentazione integrativa a supporto (dati interni, perizie ecc.).

Non è stata accolta nemmeno la proposta formulata da parte di Ernst & Young (OECD, 2014c, pag. 85) di inserire un meccanismo di proporzionalità nella pervasività dei dati ritenuti necessari in funzione delle dimensioni del soggetto, questo tuttavia con una motivazione resa esplicita dall'Organizzazione, ovvero che “la soglia di 750 milioni di euro escluderà circa l'85-90 per cento dei gruppi dagli obblighi del CbC Report [...] rappresentando un appropriato bilanciamento degli oneri di documentazione e dei benefici per le amministrazioni³³³”.

Il network professionale Grant Thornton aveva invece suggerito (OECD, 2014c, pag. 175), per consentire di spalmare nel tempo i maggiori oneri, di incrementare gradualmente il numero d'informazioni richieste, anziché introdurre una modulistica così articolata in modo immediato; anche questo aspetto è stato trascurato dall'OCSE poiché coinvolgendo il CbC Report solo imprese di grandi dimensioni, è stato ritenuto verosimile che gran parte dei

³³³ OECD, 2015l, pag. 25. Nelle previsioni dell'Organizzazione, questa soglia elevata dovrebbe comunque consentire di “catturare” circa il 90% dei profitti conseguiti su scala globale.

contenuti siano già nella disponibilità del management attraverso i sistemi informativi aziendali e che il termine di presentazione fissato alla fine del 2017 sia adeguato a consentire il reperimento di quelli mancanti o l'adeguamento dei sistemi ERP per una loro elaborazione. La società di consulenza Pricewaterhouse Coopers (OECD, 2014d, pag. 137), nell'avanzare le proprie considerazioni in merito al rischio di un moltiplicarsi dei costi gravanti sui contribuenti interessati dal nuovo schema, ricorda come esso sia pensato soltanto come strumento di “*high-level risk assessment*” e non di accertamento vero e proprio; su questa base viene richiesto che l'onere posto in capo all'impresa sia concorde con tale fine ultimo, notando che alcune delle informazioni richieste sarebbero molto utili in una sede di accertamento ma possono risultare eccessive se lo scopo è solo quello di una valutazione del rischio. Anche queste posizioni sono state però disattese dall'Organizzazione internazionale che si è limitata a ribadire la finalità del documento, senza però intervenire nel merito delle informazioni da esso richieste se non in misura limitata escludendo l'obbligo di riportare royalty ed interessi e costi per servizi, come verrà descritto poco oltre.

Nonostante, come detto, l'OCSE abbia respinto molte delle proposte giunte dagli operatori di settore, sono state accolte quelle riguardanti i termini di presentazione dei documenti, allo scopo di rendere meno gravoso per i contribuenti l'adeguamento ai nuovi standard senza per questo ridurre la significatività dei dati contenuti negli stessi. La prima bozza, infatti, richiedeva l'aggiornamento annuale dei prospetti e non specificava quale fosse il primo termine di predisposizione del Country-by-Country Report; con riferimento al primo rilievo, l'OCSE ha recepito quanto richiesto dal mondo delle imprese capitanato dal BIAC (OECD, 2014b, pag. 103) secondo cui sarebbe stato eccessivamente oneroso sia per i contribuenti dover rivedere ogni anno i prospetti, sia per le amministrazioni tenere il passo della mole di dati sottoposti alla loro attenzione. La soluzione approvata all'interno della versione definitiva del Progetto BEPS si colloca nel mezzo, poiché viene fissato un termine triennale per l'aggiornamento dei prospetti, mentre i dati finanziari la cui disponibilità al management è pressoché immediata devono essere oggetto di revisione annuale. In riferimento al secondo aspetto, invece, PwC (OECD, 2014d, pag. 156) ha richiesto in sede di commento che fosse lasciato un intervallo sufficiente tra l'adozione definitiva ed il primo obbligo di presentazione da parte delle imprese. Non è possibile dire se la fissazione del primo periodo con l'esercizio aperto l'1 gennaio 2016 e la concessione di un termine annuale per la presentazione del CbC report sia ritenuto adeguato, tuttavia esso ha il pregio di sgombrare il campo da ogni dubbio relativo, perlomeno, alle scadenze; in realtà le aspettative della società di revisione si erano spinte ben oltre, fino a richiedere che l'implementazione fosse posticipata sino a che tutti i Paesi non avessero adottato una legislazione nazionale conforme, dei meccanismi di *dispute-*

resolution e specifiche misure per proteggere la confidenzialità, ma questo avrebbe comportato da un lato il raggiungimento della maggiore trasparenza solo in un periodo futuro, dall'altro il rischio che, perso lo slancio riformatore attuale, il tutto si risolvesse in un nulla di fatto o, peggio, desse il potere ad un singolo Stato di “tenere in ostaggio” tutti gli altri.

Il primo dei modelli previsti dalle raccomandazioni OCSE è il *master file*, che “deve fornire una panoramica dell'attività del gruppo multinazionale, inclusa la natura delle sue operazioni globali, le politiche generali sui prezzi di trasferimento e l'allocazione dei profitti e dell'attività economica”³³⁴. La figura qui di seguito illustra in maniera sintetica i contenuti del documento, ma si rimanda alla tabella contenuta nel seguito del presente capitolo per una più approfondita descrizione dei contenuti.

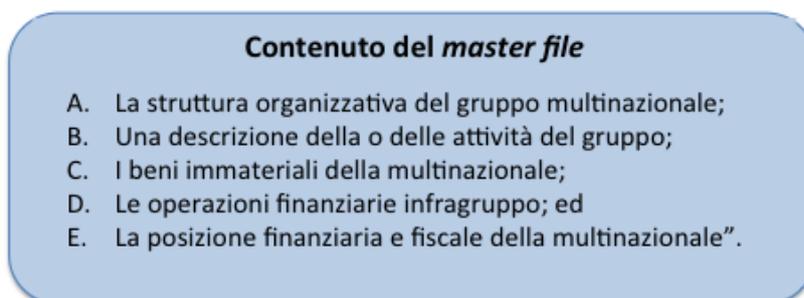


Figura 17 - Contenuto del *master file*

Il secondo documento descritto con precisione dalla nuova formulazione delle raccomandazioni ma che, si ribadisce, era già recepito nei suoi contenuti in molteplici legislazioni nazionali nonché nella prassi internazionale, è il cosiddetto *local file*. Esso è rivolto a fornire “informazioni più dettagliate relative a specifiche transazioni infragruppo”³³⁵ e va letto di concerto con il precedente modello per assicurarsi che le operazioni concretamente compiute dal contribuente siano in linea con l'ALP. Per ottenere ciò, esso si concentra sulla singola impresa operativa nel Paese e sulle transazioni intercorse tra di essa ed altre imprese del gruppo localizzate all'estero. Le informazioni rilevanti in questo caso sono molto specifiche ed includono un'analisi di comparabilità e la selezione/applicazione del metodo di *transfer pricing* ritenuto più appropriato.

Terzo ed ultimo documento, questo si davvero innovativo e nato in seno ai lavori del “Progetto BEPS” è il già citato *Country-by-Country Report*. Esso è rivolto alle imprese di maggiori dimensioni, con un fatturato di almeno 750 milioni di Euro, ed “aggrega le informazioni sull'allocazione globale dei profitti provenienti dalle amministrazioni, le imposte pagate ed alcuni indicatori della localizzazione dell'attività economica tra le giurisdizioni in cui il gruppo è attivo”.

³³⁴ OECD, 2015I, pag. 14

³³⁵ OECD, 2015I, pag. 15

Esso deve servire allo scopo, di cui si è già detto poc' anzi, di valutare la rischiosità insita nelle diverse situazioni per utilizzare al meglio le risorse a disposizione dei verificatori. È il nuovo testo che chiarisce in ogni caso come il documento “non può essere usato come sostituto di una dettagliata analisi di *transfer pricing* delle transazioni e dei prezzi praticati basata sulle analisi funzionale e di comparabilità³³⁶”. Questa precisazione risulta concorde con l'intero impianto della riforma operata in seno al Progetto BEPS, che ha cercato di rafforzare il peso delle suddette analisi per assicurare che il risultato in termini di determinazione dei prezzi di trasferimento sia il più possibile preciso e corrispondente al comportamento che avrebbero tenuto dei soggetti tra loro indipendenti.

Per evitare che il contribuente debba sobbarcarsi i costi di un eccessivo grado di dettaglio quando questo, in relazione al Paese per cui sta procedendo a completare la documentazione, non aggiungerebbe alcuna significatività all'analisi svolta, la formulazione definitiva dell'Action 13 consente ai legislatori nazionali di fissare “soglie di materialità che tengano conto delle dimensioni e della natura dell'economia locale, dell'importanza del gruppo multinazionale per quell'economia, delle dimensioni e della natura delle entità operanti a livello locale e, non ultimo, delle dimensioni complessive del gruppo multinazionale”³³⁷.

Nel *Deliverable* pubblicato dall'OCSE nel 2014, una delle domande sottoposte agli operatori economici riguardava difatti l'opportunità che venissero inserite delle linee guida più dettagliate sulla soglia di materialità e sulla forma che questa avrebbe dovuto prendere. Sebbene non sia stato accolto quasi nessuno dei suggerimenti inviati dagli operatori economici coinvolti nelle tematiche di BEPS, soprattutto con riguardo alla esplicita definizione di valori numerici (quantomeno esemplificativi) delle suddette soglie che potessero orientare i legislatori nazionali nel dar loro una forma, il dibattito creatosi ha nondimeno contribuito a fornire importanti indizi dell'orientamento che verosimilmente sposteranno le amministrazioni nazionali al momento di definire, nella propria normativa interna, i contorni esatti della disciplina.

Una delle forme proposte dal BIAC prevedeva di includere dei cosiddetti “*safe harbours*” che escludessero dall'obbligo di riportare alcune categorie di transazioni la cui rischiosità rispetto alla tematica dei prezzi di trasferimento fosse da ritenersi contenuta³³⁸. Oltre a tale tipologia di esenzione, peraltro non recepita nel documento in versione definitiva, il Comitato ha tentato di definire numericamente il concetto già contenuto nel documento versione 2014 (e mantenuto intatto nella stesura finale) di soglia relativa, individuando come possibilità un peso inferiore al 5% del totale di gruppo, all'1% dei ricavi o al 10% dei profitti. Ulteriore

³³⁶ OECD, 2015I, pag. 16

³³⁷ OECD, 2015I, par. 32

³³⁸ OECD, 2014b, pag. 99

suggerimento quello di inserire un meccanismo di aggiustamento di un eventuale sbarramento posto in valore assoluto in funzione delle dimensioni dell'impresa multinazionale, per ridurre l'incidenza di quando non comunicato rispetto al totale delle informazioni.

Una proposta che è stata invece accolta è quella giunta dalla società di revisione Deloitte, la quale ha fatto notare come sarebbe stato opportuno consentire ai diversi Paesi di fissare soglie di materialità adattate in funzione della situazione della propria economia interna, mentre non si è voluto scendere in un eccessivo grado di dettaglio definendo soglie differenziate in funzione dei diversi settori di attività dell'impresa, probabilmente per la preoccupazione che questo, in relazione ai grandi gruppi conglomerati, avrebbe generato una enorme mole di lavoro per i responsabili amministrativi e per le amministrazioni nel tentare di incasellare le molteplici attività svolte dentro ad un numero necessariamente ristretto di possibilità.

Sulla stessa linea si collocano le osservazioni inviate da Ernst & Young, con la particolarità che quest'ultima si sofferma sulla necessità di precisare che l'esclusione dall'obbligo di *reporting* per le entità localizzate in una giurisdizione non esclude l'impresa dall'obbligo di presentare anche all'autorità fiscale di quest'ultima la documentazione predisposta a livello globale, qualora fosse richiesto. Sebbene questa istanza non sia stata recepita in modo esplicito dall'Organizzazione, è pur vero che non vi è alcuna previsione in senso contrario, quindi di fatto i Paesi sono liberi di operare nel modo che ritengono più adatto alle proprie necessità intervenendo attraverso la propria legislazione nazionale.

Ricade invece tra gli interventi mirati ad ottenere una modifica degli schemi di CbC Reporting quello del Global BEPS Working Group, per il quale sarebbe stato utile l'inserimento di una apposito prospetto dove riportare “una lista dei Paesi che ricadono nella *de minimis rule* e specificare la percentuale dei profitti totali che tali Paesi rappresentano in aggregato”³³⁹, strada che tuttavia l'Organizzazione internazionale ha scelto di non percorrere, verosimilmente perché la semplice separazione dei due prospetti non avrebbe più di tanto ridotto gli oneri di *compliance* a carico delle imprese.

Il successivo intervento dell'OCSE, che non è stato giustamente oggetto di alcuna critica da parte degli operatori economici, recepisce esplicitamente la prassi adottata da alcuni Paesi di esentare dall'obbligo di presentazione della documentazione le imprese di minori dimensioni o di alleggerire la mole di informazioni richiesta, ma specifica che potrebbe essere comunque richiesto di produrre idonea documentazione in sede di accertamento o di analisi del rischio di *transfer pricing*³⁴⁰. Vi era stata, a riguardo, qualche richiesta da parte dei soggetti intervenuti nella discussione, i quali temevano che l'obbligo di depositare la documentazione predisposta

³³⁹ Global BEPS Working Group in OECD, 2014c, pag. 159

³⁴⁰ OECD, 2015l, par. 33

anche nei Paesi dove il gruppo nel complesso non svolgeva che una minima attività avrebbe accresciuto notevolmente il rischio di una divulgazione di informazioni sensibili³⁴¹ senza di fatto contribuire in alcun modo ad aumentare la trasparenza della struttura e delle operazioni messe in atto dalla multinazionale.

Con riguardo al periodo di conservazione della documentazione redatta, vi è una perfetta sovrapposibilità tra le indicazioni contenute nella vecchia versione delle Linee Guida e il dettato del nuovo paragrafo 35. Sebbene non possa essere richiesto al contribuente di conservare la documentazione predisposta per transazioni avvenute in anni per cui è scattata la prescrizione e sia oltretutto raccomandato dal testo stesso all'amministrazione di non domandare tale documentazione ove anche fosse stata conservata, le *Guidelines* riconoscono che “talvolta quei documenti possono essere rilevanti per l'indagine di un periodo seguente che non è prescritto”. In tale situazione, ne è consentito l'utilizzo ma si indica di limitare tali richieste a fattispecie in cui vi siano buone ragioni per esaminare quella documentazione in relazione al caso specifico sotto indagine. Sul punto, sarà interessante vedere se le amministrazioni finanziarie recepiranno queste indicazioni e in che termini, poiché vi è il rischio che le richieste di documentazione molto antecedente si moltiplichino quando vi sia il semplice sentore di poterne trarre qualche vantaggio in sede di accertamento.

La nuova formulazione raccomanda comunque di aggiornare periodicamente i modelli predisposti³⁴², come si è sottolineato poc'anzi, soprattutto per verificare la validità nel tempo del criterio di valutazione dei prezzi di trasferimento applicato. Il suggerimento è di rivedere *master file, local file e Country-by-Country Report* annualmente, sebbene “in molte situazioni le descrizioni dell'attività, le analisi funzionali e le descrizioni dei comparabili possono non variare in modo significativo di anno in anno”. Si considera quindi possibile aggiornare determinate sezioni più “stabili” una volta ogni tre anni, procedendo all'adeguamento annuale solo per quelle che, come i dati finanziari, subiscono variazioni periodiche d'immediata individuazione.

Un punto di lieve discordanza tra le due diverse versioni attiene alla lingua in cui devono essere predisposti i prospetti richiesti. Il testo delle Linee Guida 2010³⁴³ consentiva al contribuente di conservare la documentazione rilevante per l'analisi dei prezzi di trasferimento in qualunque lingua desiderasse, purché si adoperasse per una sua traduzione

³⁴¹ Il riferimento è al fatto che spesso i Paesi in cui viene svolta un'attività molto contenuta coincidono con quelli che sono anche meno sviluppati da un punto di vista normativo ed amministrativo. Il fatto che l'OCSE fosse consapevole di ciò e sembrasse quasi condividere i timori delle imprese viene confermato dall'esistenza del progetto BEPS-B di cui si è data illustrazione in altre parti del lavoro e che mira ad un rafforzamento dei sistemi fiscali dei Paesi in via di sviluppo per accompagnarli al livello delle economie occidentali. Il tema della divulgazione delle informazioni riservate verrà affrontato alla pagina seguente del lavoro.

³⁴² Sezione D.5 (paragrafi 37-38) della versione 2015

³⁴³ Paragrafo 5.5

qualora richiesto dall'amministrazione finanziaria di un Paese. Oggi la nuova formulazione è molto più precisa ed afferma che sarebbe buona regola permettere ai contribuenti di predisporla in una lingua comunemente usata nel mondo economico (suggerendo implicitamente l'inglese), lasciando tuttavia ai legislatori nazionali il compito di decidere in merito a tale aspetto. Una raccomandazione sul fronte degli onnipresenti costi di adeguamento riguarda la necessità, nel caso in cui una traduzione si renda bisognosa, di concedere un tempo adeguato all'impresa per procedere senza dover farsi carico di un onere eccessivo, fattore di non secondaria importanza se si considera la mole rilevante di informazioni che può contenere la documentazione predisposta da grandi gruppi globali.

I regimi premiali, di cui si è brevemente detto in precedenza, sono stati introdotti da molti Paesi, come riconosce la versione 2015, “per rendere il non-adequamento più costoso dell'adequamento³⁴⁴”. Sebbene alcuni Stati abbiano adottato sistemi sanzionatori per la mancata presentazione della documentazione, in misura fissa o proporzionale all'imposta eventualmente evasa, altri come detto hanno disegnato degli incentivi per coloro che si adeguano, che vanno dalla protezione dalle sanzioni ad un'inversione dell'onere della prova.

Un tema molto sensibile per gli operatori economici riguarda il rischio che le informazioni riservate contenute nella documentazione vengano divulgate, arrecando un danno all'impresa coinvolta. Il nuovo testo non introduce rilevanti novità al modo in cui il problema viene affrontato; già il testo 2010, infatti, obbligava le amministrazioni a mantenere assoluta segretezza sul contenuto di quanto ricevuto, limitandosi a rendere pubblico, in caso di procedimenti giudiziari, solo quanto estremamente necessario ai fini del procedimento stesso. Questo aspetto è stato alla base di diverse discussioni in sede di introduzione del nuovo CbC Report, poiché essendo esso un documento globale e nondimeno contenendo informazioni sulla struttura del gruppo, le imprese temevano un suo utilizzo distorto e potenzialmente lesivo nei loro confronti. La conclusione cui si è giunti è quella contenuta nel paragrafo 57 della versione 2015 che, di fatto, raccomanda di tenere segreto il contenuto di tale prospetto.

Quello della protezione della confidenzialità delle informazioni esposte nel nuovo modello obbligatorio è stato uno dei “temi caldi” del confronto a seguito della pubblicazione del *Discussion Draft*; prima di analizzare le opinioni dei molteplici soggetti che hanno spinto verso una maggiore considerazione di questo importante aspetto, merita una menzione la posizione del BEPS Monitoring Group, secondo il quale non si sarebbe nemmeno dovuto discutere dell'argomento, poiché “la riservatezza mina la fiducia della gente creando un'impressione che le autorità fiscali stiano facendo accordi segreti con le grandi imprese³⁴⁵”.

³⁴⁴ OECD, 2015l, pag. 19

³⁴⁵ BEPS Monitoring Group in OECD, 2014b, pag. 164

e non vi è una chiara ragione per mantenere confidenziali una serie di informazioni che dovrebbero essere alla base della documentazione sui prezzi di trasferimento, a meno che non sia chiaramente ravvisabile una motivazione di carattere commerciale che tuttavia, agli occhi del soggetto citato, appare non rinvenibile in dati come numero di dipendenti, attivo patrimoniale ed imposte pagate.

Diversi sono, invece, i soggetti che hanno cercato di far valere le proprie ragioni (spesso riuscendoci) a favore di un maggior controllo da parte dell'OCSE e dei legislatori nazionali sulla divulgazione di dati potenzialmente sensibili.

Su un piano procedimentale si colloca il commento fatto pervenire da Deloitte, secondo la quale una maggiore protezione di eventuali contenuti sensibili si sarebbe ottenuta consentendo alle imprese multinazionali di sottoporre la documentazione soltanto nel Paese di residenza della “*parent company*”, tipicamente o un'economia avanzata o un Paese con un elevato livello di segretezza delle informazioni sui contribuenti, affidandosi poi ai meccanismi di scambio di informazioni per una sua divulgazione alle altre giurisdizioni interessate³⁴⁶. Solo in parte l'Organizzazione internazionale ha mostrato di aver colto tali richieste, poiché nella versione definitiva dell'Action 13 solo con riferimento al *Country-by-Country Report* è consentito di consegnarlo all'amministrazione finanziaria della “*ultimate parent*” e fargli quindi seguire i canali dello scambio di informazioni tra amministrazioni³⁴⁷, mentre i rimanenti documenti vanno sottoposti direttamente a tutte le amministrazioni locali coinvolte. Su posizioni simili si è espressa anche la “concorrente” KPMG, proponendo di “fornire inizialmente un accesso [ai documenti] più limitato, preservando il diritto delle autorità fiscali di ottenere più ampio accesso in base a rilevanza e materialità”³⁴⁸ da definirsi mediante l'uso di soglie (relative o assolute) all'uopo individuate.

L'OCSE si è pronunciata sul tema della riservatezza raccomandando senza innovare radicalmente, come preannunciato, ma indicando comunque alle amministrazioni, nel testo definitivamente approvato, di intraprendere ogni sforzo per evitare la diffusione di informazioni confidenziali e sensibili, assicurandosi che anche quando la diffusione debba avvenire nell'ambito di un procedimento non venga divulgato nulla che ecceda lo stretto necessario³⁴⁹.

Al fine di tutelare il più possibile le imprese da una divulgazione dei contenuti della documentazione predisposta e di favorire la cooperazione tra Stati, si è previsto, come già

³⁴⁶ In questo modo, il garante della riservatezza delle informazioni sarebbe stato il Paese di provenienza. Peraltro, da un veloce esame degli aggiornamenti pubblicati dall'OCSE sul proprio sito internet si nota come sempre più giurisdizioni aderiscano ogni anno ai meccanismi di scambio di informazioni.

³⁴⁷ Cfr. OECD, 2015l, pag. 10

³⁴⁸ KPMG in OECD, 2014d, pag. 24

³⁴⁹ Cfr. OECD, 2015l, pag. 19

evidenziato, che lo scambio del CbC Report debba avvenire a livello di amministrazioni finanziarie. Le raccomandazioni OCSE, tuttavia, intervengono anche a disciplinare la fattispecie in cui tale scambio di informazioni non avvenga poiché i) una giurisdizione non ha richiesto la predisposizione del CbC Report, ii) non vi è un accordo tra le autorità competenti o iii) ci sono ostacoli pratici ad un effettivo scambio di informazioni; in una siffatta situazione, viene indicato che “sarebbe appropriato un meccanismo secondario, attraverso la compilazione a livello locale o da parte di un’altra impresa del gruppo operante in luogo della *ultimate parent* e lo scambio automatico del report così prodotto³⁵⁰”.

All’interno del tema della protezione di contenuti sensibili presenti nei documenti si è inserito il dibattito tra gli operatori economici intervenuti, sollecitato anch’esso da uno specifico quesito dell’Organizzazione, sull’opportunità o meno dell’inserimento di informazioni riguardanti *Advanced Pricing Agreements*, procedure di *Mutual Agreement* eventualmente aperte o ruling fiscali sottoscritti con qualcuna delle giurisdizioni coinvolte.

Favorevolmente alla divulgazione di questi dati si è detto il BEPS Monitoring Group, in modo va detto coerente con tutti i commenti sempre più attenti alla platea dei cittadini che non alle multinazionali, secondo il quale “è inappropriato che ciascuno di essi venga trattato come segreto³⁵¹”, e questo oltre che per la ragione relativa all’impatto sull’opinione pubblica, anche in virtù del fatto che una *disclosure* degli accordi potrebbe facilitare anche le altre amministrazioni nell’approcciare al tema, accrescendo la coerenza su base internazionale.

Su posizioni opposte si è espressa invece, tra gli altri, la società di consulenza PwC, la cui opinione è che si tratti di “accordi privati, basati su fatti e circostanze peculiari della giurisdizione in cui sono conclusi”³⁵² e una loro divulgazione potrebbe “indisporre” le amministrazioni finanziarie coinvolte rendendo più difficoltosa la conclusione di accordi simili in futuro.

Anche dal mondo delle imprese sono giunti pareri contrari alla divulgazione di questi accordi che, si è visto nei capitoli precedenti, spesso costituiscono un’importante leva competitiva sia per i Paesi che per le multinazionali che li sottoscrivono³⁵³.

La versione definitiva dell’Action 13, tuttavia, non ha accolto le opinioni contrarie ed ha confermato la necessità che le imprese inseriscano tali informazioni nella documentazione sui prezzi di trasferimento da esse predisposta. Questo, a ben vedere, è coerente con l’intenzione

³⁵⁰ Daluzeau, pag. 7

³⁵¹ BEPS Monitoring Group in OECD, 2014b, pag. 164

³⁵² Pricewaterhouse Coopers in OECD, 2014d, pag. 146

³⁵³ Si ricordi quanto già illustrato a proposito degli accordi stipulati da Google ed Apple, ma anche Siemens ha fatto presente la propria contrarietà a rendere pubblici i contenuti degli accordi da essa sottoscritti (cfr. Siemens in OECD, 2014e, pag. 40).

dichiarata di combattere i fenomeni di BEPS soprattutto alla luce dell'evidenza empirica dell'utilizzo spesso dannoso che viene fatto di codesti strumenti fiscali.

4.1.1 - Il *Master File*

Merita dunque, a questo punto, analizzare gli allegati al capitolo V, seguendo come di consueto il progredire dell'*Action Plan* 13.

Con riguardo al *master file*, la struttura del documento pensata dall'Organizzazione internazionale è apparentemente piuttosto rigida ed è consentito di allontanarsi da essa solo qualora, in virtù dell'operare pressoché indipendente delle diverse linee di business, si scelga di fornire una rappresentazione fondata su quest'ultima base.

Sulla possibilità/necessità di permettere alle imprese di scegliere questo secondo metodo di reporting l'OCSE aveva richiesto un confronto con gli operatori economici, all'esito del quale la maggior parte di essi ha espresso parere favorevole ad un approccio più flessibile in ragione della struttura organizzativa dell'impresa multinazionale, ed è infatti questa la soluzione scelta dall'Organizzazione. L'operato in questo senso risulta coerente sia con l'intento di accrescere la capacità informativa dei documenti predisposti dall'impresa sia con quello di rendere meno gravoso l'adeguamento dei contribuenti ai nuovi obblighi, poiché contribuisce a rendere più "malleabile" un modello che sarebbe altrimenti difficilmente adatto a rappresentare l'organizzazione di gruppi multinazionali che operino con una netta separazione tra le diverse linee di business.

Come ha fatto giustamente notare il BIAC relativamente alla necessità di scegliere, tra la modalità più "aggregata" e quella per linea di business, quella che meglio consenta di esporre la realtà economica alle amministrazioni finanziarie, "è poco chiaro come i contribuenti debbano fare questa scelta, che potrebbe essere molto complessa per imprese operanti a livello globale³⁵⁴". Tale vaghezza va comunque letta come la volontà dell'OCSE di lasciare liberi il più possibile i contribuenti, purché si giunga ad una corretta illustrazione della politica di prezzi di trasferimento perseguita dall'impresa.

C'è però anche chi, come la *branch* britannica di Deloitte, si era spinto sino a richiedere che fosse consentito di predisporre il master file su base regionale, arrivando quindi a dettagliare in modo ancor più preciso le attività svolte. Questa possibilità è stata esclusa dall'OCSE poiché avrebbe potuto crearsi una parziale sovrapposizione tra il documento così predisposto ed il documento nazionale, ma non meno presente era il rischio che vi fosse una suddivisione

³⁵⁴ BIAC in OECD, 2014b, pag. 103

ah hoc delle attività svolte nelle diverse regioni in modo da nascondere le interconnessioni tra i diversi documenti che potevano essere sintomatiche di fenomeni di BEPS.

A favore di un approccio più flessibile è stato anche l'intervento di PwC, secondo la quale questa costituisce l'unica via per assicurare che vengano adeguatamente soppesate le esigenze di informazioni delle amministrazioni finanziarie con gli oneri per la predisposizione della documentazione posti in capo ai contribuenti.

Su posizioni opposte si è espresso invece taluno, secondo il quale “la preparazione del master file su base unitaria è preferibile all’approccio per linea di business³⁵⁵” poiché il primo approccio produrrebbe risultati maggiormente confrontabili una volta applicato alle diverse strutture delle imprese multinazionali, viceversa il secondo non introdurrebbe nulla di nuovo dal momento che nel modello di master file comunemente in uso è già presente una sezione dedicata alla presentazione delle linee di business dell’impresa.

La posizione tenuta dall’OCSE di consentire sia la predisposizione unitaria sia quella per linea di business appare, invero, quella più sensata se contestualizzata con l’intento dell’intero Progetto BEPS, poiché appare finalizzata a garantire una maggiore aderenza di quanto documentato alla realtà economica sottostante.

Passando ad una analisi di come vada strutturato il documento, la cui ossatura è sintetizzata in Tabella 6, in apertura del documento viene richiesto di fornire indicazioni relative alla organizzazione dell’impresa multinazionale.

La successiva sezione è pensata per contenere un’attenta disamina dell’attività del gruppo nel suo complesso; i fattori da indicare sono molteplici, ed una loro analisi specifica esula dallo scopo del presente lavoro, ma su tutti spicca la descrizione della catena di produzione dei cinque maggiori prodotti o servizi e di ogni altro prodotto o servizio il cui fatturato sia pari o superiore al 5% di quello del gruppo; è evidente come lo scopo di codesta soglia sia di accrescere la trasparenza del documento, consentendo anche una sua più agile consultazione poiché permette di concentrare da subito l’attenzione sui fattori di maggior rischio, tralasciando aspetti più residuali che possono essere meno rilevanti soprattutto in una fase di primo approccio al documento.

Altri elementi sono i fattori critici di successo, gli accordi per la fornitura di servizi infragruppo, l’analisi delle funzioni svolte e la descrizione di eventuali operazioni straordinarie compiute durante l’anno. Per quanto riguarda i servizi infragruppo e le funzioni svolte, le modalità da seguire per la loro individuazione e valutazione sono quelle descritte in altre parti del presente lavoro, cui si rimanda per un approfondimento. I fattori critici e le

³⁵⁵ Valente in OECD, 2014c, pag. 120

operazioni straordinarie vanno invece indicati per accrescere le informazioni a disposizione di chi si trovi ad analizzare il *master file* utili a contestualizzare la *performance* dell'impresa.

Importante, soprattutto alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo precedente di questo lavoro, è l'analisi dei beni immateriali del gruppo. In questa sezione del *master file* si richiede una descrizione delle strategie messe in atto dal gruppo per lo sviluppo e sfruttamento degli intangibili, degli accordi infragruppo attinenti ai medesimi e dei trasferimenti tra società del gruppo avvenuti durante l'anno, con indicazione del prezzo praticato. Non serve sottolineare ulteriormente quanto questo sia allineato al generale impianto dell'*Action 8-10* che contiene le regole per effettuare una valutazione economicamente corretta.

Non meno rilevante, soprattutto al fine di una corretta allocazione dei rischi, che secondo quanto si è detto in precedenza costituisce uno dei rinnovati profili di attenzione per la ripartizione della redditività, è la parte dedicata alle attività di finanziamento infragruppo. Si devono indicare in questa parte le modalità di finanziamento del gruppo, i membri che svolgono una funzione centralizzata di *funding* ed i Paesi in cui sono localizzati e, infine, le politiche sui prezzi di trasferimento adottate per i finanziamenti tra imprese consociate.

La parte conclusiva, infine, deve contenere il bilancio consolidato del gruppo ed una lista degli *Advanced Pricing Agreements* esistenti o delle *ruling* fiscali per l'allocazione dei profitti tra diversi Paesi, che come detto sono stati mantenuti nonostante l'opinione negativa di gran parte delle multinazionali poiché costituiscono un elemento imprescindibile per correlare, ad esempio, l'*effective tax rate* cui è soggetta l'impresa con lo *statutory tax rate* che sarebbe invece previsto dalle diverse giurisdizioni.

IL MASTER FILE	
Struttura organizzativa	Mappa illustrativa della struttura legale e proprietaria della multinazionale e localizzazione geografica delle unità operative.
Descrizione del business della multinazionale	Descrizione delle aree chiave, dei prodotti di punta delle prestazioni di servizi infragruppo, dei mercati più importanti e delle funzioni svolte.
Beni immateriali della multinazionale	Lista dei beni immateriali rilevanti e della strategia di sviluppo e sfruttamento, degli accordi infragruppo e delle operazioni con ad oggetto beni immateriali intercorse nell'anno.
Attività finanziarie infragruppo	Modalità di finanziamento del gruppo, soggetti incaricati del <i>funding</i> e loro localizzazione. Identificazione delle politiche di TP perseguite.
Posizione finanziaria e fiscale della multinazionale	Bilancio consolidato del gruppo e lista degli <i>Advanced Pricing Agreements</i> o di altri accordi per l'allocazione dei redditi.

Tabella 6 - Struttura del Master File

4.1.2 - Il Local File

Questo secondo prospetto, il cui contenuto è riassunto nella Tabella 7, è suddiviso dalle *Transfer Pricing Guidelines* in tre diverse sezioni: impresa locale, transazioni controllate ed informazioni finanziarie. La prima richiede di descrivere l'impresa locale di cui si sta svolgendo l'analisi, la sua struttura direzionale ed i soggetti a cui i dirigenti rispondono, indicando anche l'eventuale Paese estero in cui questi ultimi risiedono; questo assolve all'obiettivo di verificare se vi sia in capo all'impresa la capacità di assumere e controllare gli eventuali rischi, in maniera conforme con quanto disposto all'interno del novellato capitolo I delle Linee Guida. Vanno in seguito esplicitate le strategie di business perseguite, indicando se l'impresa è stata oggetto di recenti operazioni straordinarie o parte attiva in trasferimenti di beni immateriali. Si chiede infine di elencare i competitors rilevanti dell'impresa e le modalità attraverso cui si è pervenuti a tale campione di soggetti.

La seconda sezione riguarda, come detto, le transazioni intercorse tra soggetti facenti parte del medesimo gruppo multinazionale. Esse vanno raggruppate in base alla loro affinità e per ciascuna categoria vanno indicate una descrizione dei beni o servizi oggetto delle operazioni, gli importi e le imprese associate coinvolti, i contratti scritti eventualmente esistenti, un'analisi funzionale dell'impresa e dei soggetti correlati coinvolti nelle operazioni e

un'indicazione del metodo di valutazione dei prezzi di trasferimento applicato alla specifica transazione. Quest'ultimo punto richiede di chiarire il soggetto prescelto come *tested party* (normalmente quello che svolge il minor numero di funzioni), le eventuali operazioni comparabili avvenute tra soggetti indipendenti e gli aggiustamenti di comparabilità effettuati giungendo ad una conclusione descrittiva dei motivi che hanno portato a ritenere che il prezzo praticato potesse essere giudicato conforme a quello che avrebbero pattuito delle imprese tra loro indipendenti. Si richiede, inoltre, di allegare copia degli eventuali APA esistenti o altri accordi con giurisdizioni terze circa il livello dei prezzi di trasferimento collegati con le specifiche imprese coinvolte nelle operazioni analizzate.

Terza ed ultima sezione è quella che include le informazioni finanziarie. Deve contenere i bilanci dell'impresa, l'indicazione di come i dati finanziari utilizzati per l'applicazione del metodo di *transfer pricing* si applicano ai bilanci dell'impresa e i dati finanziari riassuntivi sui comparabili usati nell'analisi, con indicazione delle fonti da cui sono stati ottenuti tali dati.

IL LOCAL FILE	
Impresa locale	Descrizione della struttura organizzativa e direzionale dell'impresa, della sua strategia di business e dei <i>competitors</i> rilevanti.
Transazioni controllate	Descrizione delle transazioni controllate, dei prezzi e dei soggetti coinvolti. Analisi di comparabilità e metodo di TP prescelto, scelta di transazioni comparabili ed eventuali aggiustamenti.
Informazioni finanziarie	Bilanci dell'impresa, applicazione delle variabili finanziarie utilizzate per l'analisi di <i>transfer pricing</i> ai bilanci dell'impresa e riassunto dei dati finanziari dei comparabili.

Tabella 7 - Struttura del Local File

4.1.3 - Il Country-by-Country Report

Il terzo prospetto, che è anche quello di più recente introduzione, è in assoluto il più rigido dei tre in quanto a forma. Esso si compone di tre tabelle, riportate poco oltre, la prima denominata “panoramica dell’allocazione dei ricavi, imposte e attività economiche per singola giurisdizione fiscale”, la seconda “lista di tutte le imprese parte del gruppo per giurisdizione con indicazione dell’attività svolta” e la terza “ulteriori informazioni”.

Nell’approcciare l’analisi degli schemi contenuti nell’*Action 13* nella sua versione definitiva, appare sin da subito come le informazioni richieste alle multinazionali siano davvero molte, soprattutto in ragione delle potenziali centinaia di imprese che possono essere parte del

gruppo³⁵⁶. Le critiche a questo nuovo modello sono state quindi molteplici, perlopiù rivolte ad asserire come l'onere posto in capo ai contribuenti per la predisposizione sia eccessivo e come molti dei dati richiesti siano in realtà ora poco utili, ora già in possesso delle amministrazioni finanziarie, secondo quanto poc'anzi esposto in apertura del presente capitolo. Giova citare l'intervento di apertura del BIAC in sede di commento agli schemi contenuti nel *Discussion Draft*, dove si afferma che mentre “includere ricavi, utile ante-imposte, imposte, numero di impiegati e codice attività può fornire informazioni sufficienti per una valutazione sommaria del rischio fiscale³⁵⁷” (che si ricorda essere lo scopo unico del documento in base al mandato assegnato all'OCSE dal G20), gli altri punti proposti “non sono necessari per una valutazione ad ampio spettro del rischio fiscale e dovrebbero essere considerati come parte dell'aggiornamento del local file³⁵⁸”. Sono quindi stati indicati alcuni dati che, nell'ottica del comitato³⁵⁹, dovevano essere eliminati e l'OCSE sembra aver condiviso le osservazioni, dal momento che essi sono stati espunti nella versione definitiva del CbC Report: si tratta dei dettagli relativi a royalty, interessi per finanziamenti e costi per servizi, che si è visto rientrare all'interno dei contenuti del *local file*.

Le istruzioni alla compilazione forniscono alcuni interessanti chiarimenti in merito al contenuto di cui deve essere dotato il prospetto; ad esempio, si intende per giurisdizione fiscale sia uno Stato che una entità altra dotata di autonomia fiscale³⁶⁰. Questo è importante perché denota come il documento non abbia un fine descrittivo o meramente statistico, ma tramite l'indicazione di informazioni quanto più possibile precise cerchi di ricostruire la reale situazione reddituale dell'impresa in esame, seppur procedendo per sommi capi. Altra colonna di particolare interesse, soprattutto in virtù di quanto si è detto riguardo ai colossi dell'IT ritenuti dall'opinione pubblica i maggiori colpevoli di pianificazioni fiscali aggressive, è quella dedicata agli “utili accumulati”, che se messi in relazione con la successiva colonna dedicata al “numero di impiegati” ben possono mettere in risalto l'esistenza o meno di un problema di BEPS. Quello della possibilità che le amministrazioni operino delle semplici correlazioni dei dati esposti per procedere a degli aggiustamenti fiscali è un tema già trattato in precedenza; appare tuttavia opportuno riprenderlo brevemente in questa sede per ricordare come l'Organizzazione internazionale abbia più volte escluso la praticabilità di questa soluzione. Appare nondimeno molto verosimile che sebbene i dati non possano essere

³⁵⁶ Si pensi a multinazionali come Nestlé, Unilever, Procter & Gamble, Coca Cola, PepsiCo ed altre che controllano centinaia di marchi e potenzialmente migliaia di soggetti incaricati delle varie funzioni.

³⁵⁷ BIAC in OECD, 2014b, pag. 104

³⁵⁸ *Ibidem*

³⁵⁹ Oltre al citato comitato, la medesima posizione è stata espressa anche dal Global BEPS Monitoring Group all'interno dei propri commenti in OECD, 2014c, pag. 167

³⁶⁰ Si pensi ai Cantoni svizzeri o agli Stati degli Stati Uniti d'America

utilizzati per operare degli aggiustamenti volti a recuperare degli imponibili presuntamente spostati verso altri Paesi in modo illecito, è comunque verosimile che le amministrazioni sfruttino tale base per operare ulteriori verifiche che sarebbero state difficilmente operate in assenza di un “campanello d’allarme” come quello costituito dai nuovi prospetti di *reporting*. Il dato sui dipendenti (e sui compensi totali erogati) è stato in particolare abbastanza dibattuto in sede di commento al *deliverable* rilasciato nel 2014. Ernst & Young ed il Global BEPS Working Group, ad esempio, hanno esposto delle riserve sulla utilità di riportare il dato sugli stipendi, per diverse ragioni; si sostiene infatti che spesso “tale informazione è ricavata in modo diverso dalle diverse imprese di un gruppo multinazionale, la valutazione di compensi in natura può essere difficile e c’è il rischio di divulgare informazioni personali riservate specie nel caso di entità con pochi dipendenti³⁶¹”. Sembra invece leggermente pretestuosa la lamentela della società di consulenza che il dato è già richiesto nel master file e che quindi la colonna del *Country-by-Country Report* costituirebbe un’inutile duplicazione, poiché appare davvero poco gravosa, stando così e cose, la mera trasposizione del dato da un prospetto all’altro.

È stato invece accolto il rilievo posto dal Global BEPS Working Group secondo cui sarebbe stato “oltremodo restrittivo obbligare a riportare il dato usando il numero di dipendenti alla fine dell’anno”³⁶², mentre si sarebbero potute usare altre basi di ripartizione con risultati più coerenti. Il testo definitivo consente ora di quantificare il dato usando il valore alla fine dell’anno, un valore medio o ogni altro criterio purché esso sia “coerente tra tutte le giurisdizioni fiscali e tra gli anni”³⁶³. Questa concessione effettuata dall’Organizzazione internazionale non va comunque a togliere nulla alla coerenza del nuovo impianto sugli oneri documentali: per mezzo di essa viene infatti garantita la possibilità di conformare la documentazione sottoposta alle amministrazioni finanziarie alla realtà operativa sottostante onde renderla maggiormente significativa.

Altra informazione su cui gli operatori economici hanno espresso riserve e che è stata oggetto di attenzioni da parte dell’OCSE riguarda le ritenute d’imposta subite (“*withholding taxes*”). Raccogliendo le istanze di soggetti economici passivi di ingenti ritenute e privi della possibilità di portarle a credito nella propria giurisdizione fiscale di residenza in virtù dell’imperfetta interazione tra le diverse normative nazionali, il BEPS Monitoring Group ha espresso parere favorevole in riferimento all’inserimento di una apposita colonna segnaletica nel modello di CbC Reporting, per consentire alle multinazionali di “dimostrare il totale delle

³⁶¹ Ernst & Young in OECD, 2014b, pag. 82

³⁶² Global BEPS Working Group in OECD, 2014c, pag. 165

³⁶³ OECD, 2015l, pag. 34

imposte pagate³⁶⁴”. Di diversa opinione, invece, PwC³⁶⁵, secondo la quale la raccolta delle informazioni relative alle ritenute subite in ogni Paese avrebbe imposto un onere eccessivo in capo ai contribuenti stante la natura di “*high-level assessment tool*” del prospetto e soprattutto alla luce del fatto che le amministrazioni interessate alla disponibilità di tale dato avrebbero potuto agilmente reperirlo dai modelli dichiarativi.

Una posizione intermedia (raccolta dall’OCSE nelle istruzioni sulla compilazione del nuovo modello) è stata suggerita da Deloitte UK³⁶⁶, secondo la quale dal momento che le ritenute subite sono già presenti nelle dichiarazioni fiscali era inutile portarle ulteriormente in evidenza in maniera separata, mentre poteva più proficuamente essere allargata la definizione di “imposte pagate” per includere le ritenute subite e per le quali non è stato generato un credito d’imposta in un altro Paese, stante oltretutto la scelta, descritta qui di seguito, di imporre alle imprese di riportare le imposte versate in base al principio di cassa e non secondo altre metodologie che pur erano state suggerite da alcuni soggetti intervenuti nella discussione.

Le due soluzioni proposte dall’Organizzazione attraverso i quesiti esposti insieme al *discussion draft* prevedevano l’una che le imposte andassero iscritte in base al principio di cassa, l’altra che invece si potesse ricorrere al principio di competenza.

Sul fronte della massima *disclosure* possibile si colloca il suggerimento del BEPS Monitoring Group³⁶⁷ di inserire entrambe le informazioni, supportato dalla considerazione che le imprese di grandi dimensioni (quali quelle tenute alla redazione del *Country-by-Country Report*) verosimilmente conoscono entrambi i valori in modo dettagliato e non vi è alcuna ragione meritevole di tutela per accogliere una eventuale obiezione sull’onerosità dell’informazione, anzi si dovrebbe richiedere di esporre entrambi i dati unitamente ad un quadro di riconciliazione. Una richiesta di maggiore flessibilità è stata invece recapitata da Deloitte US, secondo la quale si sarebbe dovuto consentire di scegliere, fornendo una opportuna motivazione, tra principio di cassa, stanziamento a conto economico ed importo indicato nella dichiarazione dei redditi³⁶⁸. Si discosta invece dalla consorella americana la *branch* britannica della società di revisione, la quale ha esposto agli esiti di un sondaggio tra le imprese come esse avrebbero preferito, tra i due sistemi messi sul piatto della bilancia dall’OCSE, quello fondato sul principio di cassa. Favorevole ad una maggiore adattabilità del modello alle caratteristiche delle imprese si era dichiarata anche Ernst & Young³⁶⁹.

³⁶⁴ BEPS Monitoring Group in OECD, 2014b, pag. 169

³⁶⁵ Cfr. OECD, 2014d, pag. 143 e pag. 155

³⁶⁶ Deloitte in OECD, 2014c, pag. 23

³⁶⁷ OECD, 2014b, pag. 169

³⁶⁸ Cfr. Deloitte US in OECD, 2014c, pagg. 10-11

³⁶⁹ Cfr. Ernst & Young in OECD, 2014c, pag. 81

Table 3. Additional Information
Name of the MNE group: Fiscal year concerned:
<i>Please include any further brief information or explanation you consider necessary or that would facilitate the understanding of the compulsory information provided in the Country-by-Country Report.</i>

Un ultimo aspetto su cui merita di soffermarsi nell'analizzare le reazioni pervenute all'introduzione del nuovo schema di reporting riguarda il suggerimento avanzato da alcuni soggetti³⁷⁰ di posticipare l'entrata in vigore dei nuovi oneri documentali rispetto alla comune adozione, da parte dei Paesi membri, di un meccanismo di risoluzione delle controversie internazionalmente condiviso ed integrante un arbitrato obbligatorio, per evitare che le diverse imprese multinazionali fossero l'una svantaggiata rispetto all'altra per il solo fatto di aver scelto, in passato, di localizzarsi in un Paese piuttosto che in un altro. Tra le possibili ragioni per cui tale meccanismo non è stato inserito all'interno dell'*Action 13* vi sono la presenza all'interno del pacchetto BEPS di un Action Plan appositamente dedicato (il numero 14) e il recente aggiornamento dell'articolo 25 del modello di convenzione che rispetto alla sua precedente formulazione comprende ora una clausola arbitrale obbligatoria.

Riguardo alla data di entrata in vigore per le multinazionali del nuovo sistema documentale bisognerà necessariamente valutare cosa verrà recepito nella normativa nazionale dei singoli Paesi, dovendosi intendere il termine dell'esercizio che si apre il primo gennaio 2016 come semplicemente indicativo. Si vedrà nel prossimo capitolo dedicato alle conclusioni che l'Unione Europea si è già adoperata per una rapida adozione mediante una apposita direttiva.

³⁷⁰ Si veda, tra gli altri, PwC in OECD, 2014d, pag. 139 e pag. 148

Capitolo Quinto – L’orizzonte evolutivo nell’era post-BEPS: osservazioni conclusive

Come ha avuto modo di sottolineare Anna Elphick³⁷¹, “*BEPS is more like a journey rather than a defined response to a single issue*”. Questa considerazione ben chiarisce come il mondo delle imprese, e soprattutto quello delle grandi multinazionali, non veda nei *final reports* presentati dall’OCSE un punto di arrivo ma piuttosto l’inizio di un nuovo modo di sentire riguardo alle tematiche della tassazione internazionale, che costringerà tutti gli attori a dover necessariamente virare di fronte alla mutata direzione del vento o, per vederla come i più pessimisti dei commentatori, a dover dare quantomeno qualche mano ai terzaroli per la sua crescente intensità. Questo perché, come affermano Mayr e Fort, i nuovi principi rappresentano “se non proprio una «rivoluzione copernicana», un significativo cambiamento³⁷²” rispetto al panorama previgente.

Chi si arrocca sin da ora su una delle due posizioni, quella di chi guarda con eccessivo ottimismo alla riforma e chi invece muove sin da ora delle critiche radicali, commette, perlomeno in questa fase, una leggerezza poiché “ci sono voluti più di due anni per preparare il pacchetto finale di BEPS e, senza dubbio, più di due anni serviranno per apprezzare appieno i suoi impatti sui contribuenti e sulle amministrazioni finanziarie³⁷³”.

Non saranno esclusi da questo processo di cambiamento nemmeno i legislatori nazionali, i quali “hanno un importante ruolo da giocare nell’implementare queste misure in modo coordinato per evitare di creare standard diversi o di aprire nuovi buchi³⁷⁴” nella rete della fiscalità internazionale. Alcuni si sono già mossi, come il parlamento inglese che ha già provveduto a recepire integralmente il testo delle nuove TPG, mentre altri si stanno avvicinando in questi mesi ad operare le necessarie riforme, spontaneamente o su spinta di istituzioni sovranazionali come l’Unione Europea. La necessità di un operare congiunto deriva dal fatto che “senza una soluzione multilaterale, le proposte [del Progetto BEPS], se attuate, non faranno altro che rendere l’attuale pasticcio ancora peggiore³⁷⁵”, poiché l’operare disgiunto dei legislatori pone il rischio che le misure che verranno adottate con lo strumento multilaterale previsto dall’*Action 15* si trovino a dover interagire con un ambiente diverso rispetto a quello per il quale erano pensate, con evidenti risvolti sul piano della loro efficacia.

³⁷¹ VP Tax Asia-Africa di Unilever. La frase seguente è presa da un intervento tenuto alla Mazars International Tax Conference del 2016

³⁷² Mayr, Fort, 2014, pag. 549

³⁷³ Daluzeau, 2016, pag. 8

³⁷⁴ Saint-Amans, Russo, 2016, pag. 241

³⁷⁵ Avi-Yonah, 2015, pag. 5

Tra i soggetti che si sono mossi nella direzione di un veloce recepimento (almeno in parte) degli esiti del Progetto BEPS vi è l'Unione Europea, la quale ha recentemente emanato due direttive e una proposta di direttiva³⁷⁶ contenenti riferimenti ai lavori in sede OCSE, dei quali vogliono essere strumento di applicazione a livello comunitario.

La prima delle due direttive già approvate, il cui contenuto si è anticipato in precedenza, riguarda la necessità di raccogliere informazioni da parte degli Stati Membri per “modificare la legislazione o effettuare adeguate valutazioni dei rischi e verifiche fiscali³⁷⁷”. Al fine di raggiungere tale scopo l'Unione ha ritenuto adeguati gli strumenti di rendicontazione predisposti dall'OCSE e di cui si è fatta ampia disamina nel capitolo quarto, al punto da individuare nel documento finale sull'*Action 13* una fonte interpretativa e di indirizzo nell'applicare la direttiva stessa all'interno dei confini della legislazione nazionale. Le differenze tra le disposizioni contenute nella direttiva e quanto raccomandato dall'OCSE sono davvero contenute, sintomo della consapevolezza delle istituzioni europee della necessità di proseguire sul solco tracciato dall'Organizzazione internazionale; esse sono circoscritte maggior termine concesso alle imprese per la presentazione del CbC Report (definito come “rendicontazione Paese per Paese”), che passa da 12 a 15 mesi, e ad una deroga per il primo anno dall'entrata in vigore della direttiva, nel quale la presentazione della documentazione potrà avvenire dopo 18 mesi dalla chiusura dell'esercizio.

La seconda direttiva recepisce invece il contenuto degli *Action Item 2, 3 e 4*; in essa l'Unione individua proprio nella direttiva lo “strumento preferenziale per l'attuazione delle conclusioni dell'OCSE sul BEPS a livello dell'UE” poiché in perfetto accordo con quanto evidenziato poc'anzi “in un mercato di economie altamente integrate si avverte l'esigenza di approcci strategici comuni e di un'azione coordinata”, al fine di evitare che le azioni intraprese risultino scarsamente efficaci nel combattere i problemi attuali.

Sebbene da un lato si riconosca che le norme antiabuso contenute nel testo della direttiva dovrebbero essere utilizzate soltanto per colpire situazioni non meritevoli di tutela dato che è fatto salvo il diritto del contribuente a scegliere la struttura fiscale che egli ritiene più vantaggiosa per organizzare la propria attività, dall'altro vengono disposte una serie di regole che vanno a limitare le possibilità di disallineamenti da ibridi, a scongiurare lo spostamento di redditi in Paesi a ridotta fiscalità mediante il meccanismo delle CFC e a ridurre la deducibilità degli interessi passivi suggerendo un sistema sostanzialmente sovrapponibile a quello attualmente in vigore in Italia e contenuto nell'articolo 96 del Testo Unico.

³⁷⁶ Si tratta delle direttive 2016/881/UE in materia di scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale e 2016/1164/UE sulle pratiche di elusione fiscale.

³⁷⁷ Direttiva 2016/881/UE

La proposta di direttiva di cui si diceva è invece di più recente emanazione e ripropone agli Stati Membri il tema della definizione comune della base imponibile per l'applicazione dell'imposta sui redditi delle società. Per dire il vero, la scelta operata è stata di sdoppiare in due direttive il tema³⁷⁸, l'una riguardante la singola impresa e l'altra rivolta invece al bilancio consolidato. La platea di imprese coinvolte dalla possibilità in esame sarebbe la medesima tenuta alla redazione del CbC Report, a partire dall'anno d'imposta 2019 per i soggetti solari. L'aspetto innovativo di questa disciplina europea, qualora approvata dagli Stati Membri, vedrebbe per la prima volta scavalcate le normative interne in materia di imposte dirette a favore di una definizione condivisa del reddito da sottoporre ad imposizione, creando di fatto un nuovo "Testo Unico" delle imposte sui redditi delle società multinazionali. Per una disamina degli sviluppi dei lavori dell'Unione su questo punto si rimanda a futuri approfondimenti, visto lo stato ancora iniziale dei lavori, ma non si può non vedere in questo comportamento recentemente proattivo dell'UE una chiara volontà di recepire rapidamente le novità uscite alla conclusione dei lavori al Progetto BEPS, per le ragioni di cui si è già detto in tema di efficacia ed efficienza dei nuovi meccanismi. Come fanno comunque notare Storck et al. (2016, pag. 217), le difficoltà che l'approvazione di una tale proposta incontra anche all'interno di un mercato unificato come quello europeo testimoniano che le iniziative di adozione di un sistema di *formulary apportionment* esteso su scala globale, di cui si dirà a breve, sono perlomeno "irrealistiche".

La proposta di *Common Consolidated Tax Base* di cui alla proposta di direttiva poc'anzi enunciata costituisce in un certo senso una mediazione rispetto al più radicale meccanismo di *formulary apportionment*. Si otterrebbe in questo modo un ravvicinamento delle legislazioni nazionali in ottemperanza all'art. 115 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (Scardino, 2016) senza privare i Governi della possibilità di agire su alcune leve fondamentali per mantenere l'equilibrio dei conti pubblici.

Un'imposta con queste caratteristiche si colloca perfettamente all'interno di un contesto, quello europeo, dove il focus non è più sugli aspetti contrari al diritto (ovvero evasivi) del comportamento delle multinazionali ma su quelli contrari all'etica (e quindi immorali). Si ricorda in tal senso quanto già esposto altrove circa l'attenzione che i cittadini pongono oggi al fatto che i gruppi multinazionali paghino la propria parte di imposte, poiché "la fiducia nel sistema fiscale nel suo complesso è a rischio quando c'è la percezione che alcuni possano fare i furbi ed evitare i propri obblighi fiscali camminando sulla linea sottile tra cosa è legale e

³⁷⁸ Si tratta delle proposte di direttiva di cui ai documenti COM (2016) 685 e COM (2016) 683 nelle loro versioni finali emanate il 25 ottobre 2016.

cosa invece non lo è³⁷⁹”. Come osserva De Simone, quand’anche non si arrivasse ad una comune base imponibile, una definizione a livello eurounitario quantomeno di standard contabili condivisi avrebbe un impatto diretto e positivo sia sull’operato dei contribuenti che delle amministrazioni finanziarie. Tanto per i primi quanto per le seconde si “espanderebbe la platea di potenziali imprese *benchmark* su cui appoggiare i propri prezzi di trasferimento³⁸⁰”; fattore che non può che rendere maggiormente affidabili le analisi dei prezzi di trasferimento compiute da entrambe le parti.

Se sul fronte comunitario vi è una certa “effervescenza” nell’affrontare il tema, sul fronte nazionale, invece, come osservava Greggi (2013, pag. 25) agli inizi dei lavori su BEPS, “i rapporti potranno costituire un valido supporto al Governo nel momento in cui i principi generali della legge dovranno essere coniugati con le esigenze di un’economia [...] che deve sempre di più aprirsi alla dimensione internazionale”, ma è necessario aver sempre presente la natura di *soft law* che connota le raccomandazioni OCSE di concerto con la sovranità di ciascuno Stato nella determinazione delle imposte ad esso dovute, quantomeno nel panorama attuale.

Nessuno mette tuttavia in dubbio che le raccomandazioni OCSE nella loro forma ringiovanita non siano una panacea per tutti i mali e le distorsioni che affliggono i mercati globalizzati; molti autori hanno già provveduto a lanciare la palla oltre i nuovi ostacoli e le nuove sfide che questo risultato, seppur importante, lascia aperti per gli anni a venire. Ci si riferisce nello specifico allo spiraglio creato dall’Organizzazione di Parigi per la definizione di “misure speciali, sia all’interno che al di fuori dell’*arm’s length principle*”³⁸¹ che tuttavia è stato scelto di non approfondire all’interno del presente lavoro sulla scorta delle perplessità espresse dalla quasi totalità degli operatori economici verso nuovi meccanismi come, ad esempio, quelli basati su una ripartizione formale dei profitti (o della base imponibile), che pure vedono un crescente sostegno da parte della dottrina.

Sono molti, infatti, gli autori che hanno dedicato la propria attenzione accademica a valutare gli effetti che un meccanismo di questo tipo avrebbe sulle attuali problematiche fiscali; il suo funzionamento prevede di considerare l’impresa multinazionale non come una “costellazione di società connesse ma [...] come un’entità unica³⁸²”, calcolando il reddito su scala globale e procedendo quindi ad una sua allocazione utilizzando una formula che rifletta la presenza economica e la produzione di valore all’interno di ciascuna giurisdizione. Se sul piano teorico tale meccanismo è indubbiamente il migliore, sul piano applicativo (e quindi politico) va fatto

³⁷⁹ Saint-Amans, Russo, 2016, pag. 236

³⁸⁰ De Simone, 2015, pag. 2

³⁸¹ OECD, 2013a, pag. 20

³⁸² Cipollina, 2014, pag. 36

tutt'altro discorso poiché vi è una “resistenza degli Stati ad accedere ad una comune formula allocativa e a principi fiscali condivisi per l'accertamento dei redditi³⁸³”, poiché essa implicherebbe la necessità di “abbandonare il sistema fondato sulla personalità dell'imposizione e la centralità del Paese della residenza”³⁸⁴.

Un esempio pratico di applicazione di un'imposta fondata su un meccanismo di ripartizione è la *Diverted Profit Tax* introdotta nel Regno Unito a partire da aprile 2015 e meglio nota come “Google Tax”. Essa è basata “sull'idea che il volume delle vendite possa diventare un nuovo fattore di connessione per la giurisdizione di imposizione delle imprese³⁸⁵”, poiché saranno soggette ad essa le imprese con importanti vendite in UK ma senza stabile organizzazione o le imprese britanniche che operino attraverso imprese non residenti prive di sostanza economica. Il requisito è che sia ragionevole “assumere che l'attività della società residente sia diretta ad assicurare che la società straniera non svolga un'attività commerciale nel Regno Unito ai fini fiscali”³⁸⁶, di fatto consentendo alla multinazionale di eludere l'imposizione sui redditi.

Questa legge trae spunto da una proposta della dottrina di una *Destination Based Corporate Tax*, che consentisse di superare l'attuale *impasse* creato dalle nuove forme d'impresa che sfuggono sia al principio della fonte che a quello di residenza in virtù della natura profondamente immateriale dei servizi da esse offerti..

Nonostante questa iniziativa da parte della Gran Bretagna, la versione finale dei documenti pubblicati dall'OCSE esclude esplicitamente la possibilità di ricorrere a principi diversi da quello tradizionalmente noto, l'*arm's length principle*, attraverso i metodi di *transfer pricing* universalmente noti.

Tra gli autori che hanno sostenuto la possibilità di giungere ad un meccanismo di *formulary apportionment* vi è anche Ting, il quale si è detto favorevole a considerare una imposizione fondata sul principio di unitarietà delle imprese multinazionali; in base a quanto egli sostiene, vi sarebbero allo studio delle “proposte per tassare le multinazionali americane in base al principio del *worldwide net income*, concedendo un credito per le imposte pagate all'estero” ma siccome tale soluzione sarebbe raramente accettata in altri Paesi, potrebbe essere al momento “tanto utopistica quanto il *formulary apportionment*³⁸⁷” nella sua versione più pura. L'OCSE sembra aver fatto la sua parte nel tentare di dare maggiore significatività ai modelli di *transfer pricing* mediante l'aggiornamento delle Linee Guida che ora “mettono l'enfasi dove dovrebbe correttamente essere: sulle funzioni svolte, i beni utilizzati, i rischi sostenuti ed

³⁸³ *Ibidem*

³⁸⁴ Frasoni, 2015, pag. 140

³⁸⁵ Cerioni, 2015, pag. 185

³⁸⁶ Frasoni, 2015, pag. 136

³⁸⁷ Ting, 2014b, pag. 63

i beni immateriali posseduti da ciascuna *legal entity*³⁸⁸. È quindi possibile concordare con il Director of the Centre for Tax Policy and Administration dell'OCSE, Pascal Saint-Amans, quando afferma che “dopo due anni di estenuante lavoro, estese consultazioni con gli *stakeholder*, e il forte appoggio politico dei leader del G20 ad Antalya, il Progetto BEPS è una promessa mantenuta. Il G20, l'OCSE ed i Paesi in via di sviluppo hanno dimostrato che i governi possono lavorare insieme per raggiungere risultati tangibili in brevi spazi di tempo³⁸⁹”.

Il clima euforico che però si è creato nell'ambiente istituzionale per questo successo che, prima che economico, deve dirsi politico, non deve far dimenticare che ora ci si trova solo all'inizio della salita, poiché “il lavoro fatto per completare molti *action item* del Progetto BEPS sarà stato vano se non verranno implementati in modo rapido e coerente³⁹⁰”.

Nel dare un commento in ogni caso positivo verso una riforma che sembra andare nel senso giusto, è bene comunque tener presente che “BEPS significa anche che ci saranno [Paesi] vincitori e vinti, anche se la torta complessiva da spartirsi sarà maggiore” e che anche se “nessuno si aspetta che le entrate fiscali crollino a seguito del Progetto BEPS, questo potrebbe nondimeno accadere”³⁹¹.

Su posizioni similmente condivisibili si colloca anche il contributo alla discussione apportato da Mayr e Fort, secondo i quali “una modifica nella ripartizione della materia imponibile tra gli Stati incontrerà notevole resistenza da parte degli Stati che dovrebbero «cedere» base imponibile a favore di altri”³⁹², poiché ciascuno pensa che gli spetti una porzione maggiore delle imposte raccolte con i nuovi meccanismi rispetto a quella anteriore e nessuno crede che da una rafforzata disciplina sui prezzi di trasferimento possa scaturire una riduzione delle imposte incassate.

Il fiorire di questi contributi volti a costruire un nuovo sistema eventualmente anche alternativo a quello attuale fondato, sin dai suoi albori, sull'*arm's length principle* rende esplicito il cambio di mentalità avvenuto tra i Paesi Membri dell'OCSE che guardano oggi in modo maggiormente costruttivo alla fiscalità internazionale, in principio vista come mero strumento di eliminazione della doppia imposizione³⁹³.

Critico di questo rinnovato spirito collaborativo appare per certi versi Ting, secondo il quale “è da dubitare che il progetto sarà un completo successo nel combattere i problemi di BEPS”

³⁸⁸ Wright et. al, 2016, pag. 99

³⁸⁹ Saint-amans, Russo, 2016, pag. 241

³⁹⁰ *Ibidem*

³⁹¹ Anna Elphick, Mazars International Tax Conference, Londra, 13 ottobre 2016

³⁹² Mayr, Fort, 2014, pag. 548

³⁹³ Si richiama il contributo di Greggi, 2013, citato in apertura del secondo capitolo del presente lavoro.

poiché come affermato da Edward D. Kleinbard³⁹⁴ i legislatori “hanno sempre avuto la cattiva abitudine di provare a rubare nella partita con gli altri Paesi lamentando che gli altri dovrebbero applicare standard più rigorosi, mentre loro continuano a sussidiare gli *exploit* internazionali dei propri campioni nazionali”.

Stante la dichiarata volontà dell’OCSE, come più volte ribadito all’interno del presente lavoro, di non abbandonare l’*arm’s length principle* in favore di principi altri, c’è anche chi come Schön sostiene che “il concetto di ALP prende i diritti contrattuali e le obbligazioni come logico punto di partenza per l’allocazione dei diritti impositivi”, mentre la tassazione delle “reali attività” sarebbe parte di un concetto differente e basato su una volontà di trovare una allocazione oggettiva “indipendentemente da quale membro del gruppo guadagni i profitti da una certa attività³⁹⁵”, in linea con quanto suggerito da Einaudi nei lontani anni Trenta agli albori della fiscalità internazionale come oggi la conosciamo³⁹⁶.

Tra gli autori che offrono delle visioni intermedie rispetto ai due estremi presentati poc’anzi vi sono Traversa e Somare, per i quali non solo è possibile addivenire ad un “*hybrid income split system*³⁹⁷” dove ALP e *formulary apportionment* convivano e si applichino alternativamente in situazioni differenti, ma anche individuano una serie di situazioni dove meccanismi di ripartizione dei profitti su base formulare sono già presenti nella pratica internazionale, come ad esempio alcuni *Advanced Pricing Agreements*, CCA e regole sulla cosiddetta *thin capitalization*.

Quanto detto sinora testimonia il vivo interesse con cui la dottrina prevalente guarda alla possibilità che si giunga, in un prossimo futuro, ad un ulteriore sviluppo della prassi internazionale sulla scia dell’attuale clima di consenso e collaborazione che contempra se non un vero e proprio sistema di allocazione su base formulare, quantomeno una delle soluzioni intermedie poc’anzi prospettate.

Nonostante quindi si sia mancata l’occasione per introdurre un nuovo schema di imposizione sfruttando la sede della discussione su BEPS, “è evidente che il Progetto BEPS promette cose interessanti per il prossimo futuro³⁹⁸”. Significativo, in questo senso, il fatto che l’OCSE abbia cercato un coinvolgimento “alla pari” dei Paesi in via di sviluppo, tradizionalmente esclusi dalle decisioni di quello che era considerato un club dei Paesi ricchi e spesso più orientati a seguire il modello delle Nazioni Unite nell’ambito della fiscalità internazionale. Per venire incontro alle loro esigenze caratterizzate da un livello di partenza inferiore e dalle risorse (umane e monetarie) più ridotte delle amministrazioni finanziarie, è stato ideato un

³⁹⁴ Si veda Ting, 2014b, pag. 71

³⁹⁵ Schön, 2014, pag. 286

³⁹⁶ Si veda a riguardo quanto riportato da Frasoni, 2015, pag. 126

³⁹⁷ Traversa, Somare, 2015, pag. 197

³⁹⁸ Ting, 2014b, pag. 71

progetto collaterale che Melinda Brown ha definito “BEPS-B” (per distinguerlo dal fratello maggiore rivolto ai Paesi, per così dire, occidentalizzati) e che comprende otto “strumenti” per risolvere problemi specifici dei Paesi in via di sviluppo, con lo scopo di accompagnarli nel processo di costruzione di un sistema fiscale sostenibile³⁹⁹ e pronto a recepire le raccomandazioni più “avanzate”.

Questo rende evidente il “tentativo dei Paesi OCSE di mantenere la loro posizione dominante sullo sviluppo delle regole della fiscalità internazionale, una posizione dominante che hanno tenuto sin dagli anni Cinquanta⁴⁰⁰”, ma l’allargamento della platea dei soggetti che partecipano ai lavori vuole contribuire a legittimare una diversa posizione, meno elitaria e più orientata alla leadership responsabile.

Come detto in apertura del presente capitolo conclusivo, nessuno è in grado di predire con certezza quali saranno gli effetti della revisione delle Linee Guida e del Modello di Convenzione compiuti in seno al Progetto BEPS, né se dei cambiamenti ci saranno affatto.

La consapevolezza dell’Organizzazione è che sia stata “lanciata sabbia, se non pietre, tra le ruote delle strutture di pianificazione di BEPS più comuni ed insidiose⁴⁰¹” anche se sarebbe semplicistico pensare di aver arginato definitivamente i problemi e le sfide che la globalizzazione pone ormai rinnovati ogni giorno; continueranno infatti ad esserci, come sottolineato da Henn (2013), imprese che cercheranno di eludere le disposizioni per ridurre il proprio carico impositivo ed istituzioni desiderose di porre un freno a tali comportamenti immorali, ancor prima che illegali.

È possibile affermare, alla luce degli obiettivi che l’Organizzazione internazionale si era data all’inizio dei lavori su BEPS, che essi sono stati in buona parte raggiunti, o che quantomeno gli sforzi compiuti vanno nella giusta direzione. Ciò è stato messo in risalto nel corso dell’illustrazione dei due piani d’azione che si è scelto di approfondire all’interno del presente lavoro, quando si è visto che salvo poche e sporadiche eccezioni, tutti gli interventi sembrano ben conciliarsi con l’intento iniziale, che integrava il mandato conferito all’OCSE dai Paesi membri del G20.

Ora la palla passa ai legislatori nazionali, i quali avranno il compito di dar seguito al lavoro svolto dall’OCSE. Il *commitment* politico che deriva dall’appartenenza al G20 può facilitare il processo di recepimento all’interno della normativa nazionale, a condizione che gli interventi avvengano in un tempo ragionevole e tale da non far calare quel clima di

³⁹⁹ Per il Fondo Monetario Internazionale un sistema fiscale è in grado di finanziare un processo di crescita se il rapporto tra le entrate fiscali e il PIL raggiunge almeno il quindici per cento (Fonte: Presentazione di Cory Hillier, Counsel Tax Law presso l’FMI, Mazars International Tax Conference, Londra, 13 ottobre 2016).

⁴⁰⁰ Baker, 2013, pag. 606

⁴⁰¹ Saint-Amans, Russo, 2016, pag. 240

collaborazione e di consenso che traspare dalla rapidità con cui sono stati approvati i risultati definitivi del Progetto BEPS.

Comunque andrà a finire, “la guerra a BEPS promette di essere un episodio affascinante nella storia della fiscalità internazionale⁴⁰²”.

⁴⁰² Ting, 2014a, pag. 247

Bibliografia

Dottrina

- Adams T., Evans J., Martin E., 2015, *Key Questions for Companies Preparing For OECD Guidance Under BEPS Action 13*, Tax management transfer pricing report, Arlington, Vol. 23 Fasc. 24 pagg. 1595-1599
- Albano G., Bellini M., a cura di, 8 agosto 2016, *Il transfer price supera i contratti*, Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi, pag. 19
- Avi Yonah R., 2015, *All or Nothing? The Obama Budget Proposals and BEPS*, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, University of Michigan, Paper n. 442 febbraio 2015
- Avi Yonah R., Clausing K.A., Durst M.C., 2009, *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, Florida Tax Review, Gainesville, N. 5, pagg. 497-553
- Avolio D., Santacroce B., 2015, *Progetto BEPS, stabile organizzazione e attività preparatorie o ausiliarie*, Corriere Tributario, Milano, fasc. 32-33 pagg. 2507-2511
- Avolio D., 2014, *La stabile organizzazione e il Progetto BEPS dell'OCSE*, Corriere Tributario, Milano, Fasc. 19 pagg. 1473-1476
- Baker P., 2013, *Is There a Cure for BEPS?*, British Tax Review, Londra, N. 5 pagg. 605-606
- Bartelsman E.J., Beetsma R., 2000, *Why pay more? Corporate tax avoidance through transfer pricing in OECD countries*, Tinbergen Institute Discussion Paper, www.tinbergen.nl, consultato il 27 marzo 2016
- Beer S., Loeprick J., 2014, *Profit shifting: drivers of transfer (mis)pricing and the potential of countermeasures*, Springer Science and Business Media NY 2014
- Bergmann G.R., Grothe B., Treidler O., 2015, *A Lesson From BEPS: Minimize Transfer-Pricing-related Tax Risks*, Tax Notes International, Vol. 79 n. 12, pagg. 1047-1052
- Bernardi L., 2015, *Internet and Taxation in the European Union: a Primer*, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Milano, Fasc. 1 pagg. 307-323
- Brauner Y., 2014, *BEPS: an interim valuation*, World tax journal, Amsterdam, Vol. 6 Fasc. 1 pagg. 10-39
- Brauner Y., 2014, *What the BEPS?*, Florida Tax Review, Gainesville, Vol. 16 Fasc. 2 pagg. 55-115

- Bussi C., 5 settembre 2016, “Imprese UE, il labirinto del fisco”, *Il Sole 24 Ore*, pag. 2-3
- Cerioni L., 2015, *The New “Google Tax”: The “Beginning of the End” for Tax Residence as a Connecting Factor for Tax Jurisdiction?*, *European Taxation*, Amsterdam, Vol. 55 Fasc. 5, pagg. 185-195
- Cipollina S., 2014, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, Fasc. 1 pagg. 21-63
- Clausing K.A., 2011, *The Revenue Effects of Multinational Firm Income Shifting*, *Tax Notes*, Vol. 28 pagg. 1580-1586
- Clausing K.A., 2009, *Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy*, *National Tax Journal* Vol. LXII n. 4, pp 703-725
- Contrino A., 2014, *BEPS: Is International Tax Planning Over?*, *Tax Notes International*, Vol. 75 n. 10, pagg. 841-842
- Daluzeau X., 2016, *BEPS and Transfer Pricing: What Do We Do Now?*, *Tax Planning International Review*, Vol. 43 n. 1, pagg. 4-8
- Degli Innocenti N., *Il Sole 24 Ore*, *Un taglio delle imposte per trattenere le imprese*, 7 luglio 2016, pag. 13
- De Simone L., 2015, *Does a common set of accounting standards affect tax-motivated income shifting for multinational firms?*, *Journal of Accounting and Economics*, disponibile su <http://dx.doi.org/10.1016/j.jacceco.2015.06.002>
- Dischinger M., Knoll B., Riedel N., 2014, *The role of headquarters in multinational profit shifting strategies*, *International Tax Public Finance*, fasc. 21 pagg. 248-271
- Dorigo S., Mastellone P., 2015, *L’evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell’ambito del progetto BEPS*, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc. 3 pagg. 35-75
- Drucker J., 2012, *Google Revenues Sheltered in No-Tax Bermuda Soar to \$10 Billion*, www.bloomberg.com, consultato il 23 aprile 2016
- Drucker J., 2011, *IRS Auditing How Google Shifted Profits Offshore to Avoid Taxes*, www.blomberg.com, consultato il 23 aprile 2016
- Drucker J., 2010, *Google 2.4% Rate Shows How \$60 Billion Is Lost to Tax Loopholes*, www.bloomberg.com, consultato il 23 aprile 2016

- Evers L., Miller H., Spengel C., 2015, *Intellectual property box regimes: effective tax rates and tax policy considerations*, International Tax Public Finance, fasc. 22 pagg. 502-530
- Feinschreiber R., Kent M., 2015, *OECD BEPS, How Action 3 Would Strengthen CFC Rules*, Journal of International Taxation, Vol. 26-2015 n. 9 pagg. 43-48
- Finn R., McCaffrey A., 2015, *Transfer Pricing Aspects of BEPS*, Irish tax review, Vol. 28-2015, n. 4 pagg. 74-78
- Fort G., 2015, *Progetto BEPS: i “Draft” OCSE sul “transfer pricing”*, Corriere Tributario fasc. 15, pagg. 1132-1137
- Frasoni G., 2015, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, Rivista di Diritto Tributario, Vol. 25 n. 2, pagg. 123-141
- Gallo F., 2013, *Ancora in tema di uguaglianza tributaria*, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, fasc. 4 pagg. 321-353
- Garbarino C., D’Avossa M., 2015, *The OECD Intangibles Project and the Concept of “Intangible Related Return”*, European Taxation, Amsterdam, Vol. 55 Fasc. 1, pagg. 12-18
- Garbarino C., Turina A., 2015, *Il progetto BEPS e gli “Hybrid Mismatch Arrangement”: un esame del relativo “Deliverable”*, Fiscalità & Commercio Internazionale, fasc. 5 pagg. 20-31
- Giorgi S., 2015, *I beni immateriali nel reddito d’impresa, tra “forma” e “sostanza”*, Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, fasc. 1 pagg. 116-146
- Glahe M., 2013, *Transfer Pricing and EU Fundamental Freedoms*, EC Tax Review 2013-5, Kluwer Law International, pp. 222-232
- Gravelle J.G., 2015, *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, Congressional Research Service, Washington D.C.
- Greggi M., 2013, *Coordinamento fiscale e doppie deduzioni internazionali nel quadro dell’iniziativa BEPS*, Rivista di diritto tributario internazionale, fasc. 3 pagg. 73-103
- Grubert H., 2012, *Foreign Taxes and the Growing Share of U.S. Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, are Being Globalized*, Working Paper 103, Office of Tax Analysis
- Heckemeyer J.H., Overesch M., 2013, *Multinationals’ Profit Response to Tax Differentials: Effect Size and Shifting Channels*, Centre for European Economic Research

- Henn M., 2013, *Tax Havens and the Taxation of Transnational Corporations*, Friedrich Ebel Stiftung Publishing
- Hickmann A., Neighbour J., Whipp M., 2013, *BEPS is now!*, Transfer pricing international journal, London, Vol. 9, pagg. 14-17
- Huibregtse S., Valutyte I., 2016, *A Post-BEPS Primer for Boards: Staying in Control of Transfer Pricing Risks*, Tax Management Transfer Pricing Report, Vol. 24 n. 16, pagg. 1131-1132
- Janssens P., Ledure D., Vandepitte B., Loos, J., 2015, *The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet? – Part 1*, European Taxation, Amsterdam, Vol. 55 Fasc. 7, pagg. 279-291
- Janssens P., Ledure D., Vandepitte B., Loos, J., 2015, *The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet? – Part 2*, European Taxation, Amsterdam, Vol. 55 Fasc. 8, pagg. 343-351
- Kelly L., 2016, *Ireland - An attractive location in a post-BEPS world*, International tax review, Vol. 27-2016, n. 1 pagg. 60-62
- Kemmeren E., 2014, *Where is EU Law in the OECD BEPS Discussion?*, EC Tax Review 2014-4, Kluwer Law International, pp. 190-193
- Kofler G., 2013, *The BEPS Action Plan and Transfer Pricing: The Arm's Length Standard Under Pressure?*, British Tax Review, Vol. 5-2013 pagg. 646-665
- Koomen M., 2015, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle - Part I*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 22 n. 3, pagg. 141-152
- Koomen M., 2015, *Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle - Part II*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 22 n. 4, pagg. 230-244
- Lagarden M., 2016, *New Transfer Pricing Documentation Requirements for companies: Routes to Simplification?*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 23 n. 1, pagg. 51-58
- Lagrutta G., Brunelli F., 2014, *Documentazione transfer pricing: l'OCSE aggiorna le Guidelines*, IPSOA Quotidiano
- Love P., 2013, *Why you're taxed more than a multinational*, www.oecdinsights.org, consultato il 23 aprile 2016
- Love P., 2012, *Price fixing*, www.oecdinsights.org, consultato il 23 aprile 2016
- Malherbe J., 2015, *Double Taxation and National Fiscal Interests*, Rivista di Diritto Tributario, fasc. 2, pagg. 23-34

- Mansori K., Sanschagrín G., 2016, *Assessing Value Creation for Transfer Pricing*, Tax Notes International, Vol. 81 n. 13, pagg. 1123-1125
- Marchgraber C., 2014, *The Avoidance of Double Non-taxation in Double Tax Treaty Law: A Critical Analysis of the Subject-To-Tax Clause Recommended by the European Commission*, EC Tax Review 2014, fasc.5 pp 293-302
- Mayr S., Fort G., 2014, *Il progetto BEPS ed i beni immateriali*, Corriere Tributario, fasc. 7 pagg. 547-552
- McClure J.H., 2015, *Fiji Water, BEPS Action 8 and an Intermediate Approach to Transfer Pricing*, Tax Management Transfer Pricing Report, Vol. 23 n. 17, pagg. 1176-1179
- Musselli A., Musselli A.C., 2011, *Transfer Pricing*, Edizioni Gruppo 24 Ore, Milano
- Rasch S., Mank K., Tomson S., 2015, *BEPS Action 13: an in-depth look at the final country-by-country reporting requirements*, Tax managements transfer pricing report, Vol. 24, n. 13, 7 pagg.
- Rizzardi R., 2014, *La prima azione OCSE sul tema BEPS: la tassazione dell'economia digitale*, Corriere tributario, fasc. 20 pagg. 1572-1576
- Robillard R., 2015, *BEPS Action 3 Missing in Action: CFC Rules or Global Apportionment?*, Tax management transfer pricing report, Vol. 24-2015, n. 3, pagg. 172-175
- Romano C., Sencar D., 2016, *“Country-by-Country Reporting”: origini, contenuti e prospettive*, Corriere Tributario, fasc. 11 pagg 821-827
- Rossi-Maccanico P., 2015, *Fiscal State Aid, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, EC Tax Review 2015-2, Kluwer Law International, pp 63-77
- Saint-Amans P., Russo R., 2016, *The BEPS Package: Promise Kept*, Bulletin for International Taxation, Amsterdam, Vol. 70 Fasc. 4, pagg. 236-241
- Scardino C., 2016, *La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB)*, Fiscalità & Commercio Internazionale, n. 3 pagg. 34-38
- Schön W., Baker P., 2015, *The BEPS Action Plan in the light of EU law*, British Tax Review, Londra, N. 3 pagg. 277-279
- Schön W., 2015, *Transfer Pricing Issues of BEPS in the light of EU Law*, British Tax Review, Londra, N. 3 pagg. 417-428
- Schön W., 2014, *International Taxation of Risk*, Bulletin for International Taxation, Amsterdam, Vol. 68 Fasc. 6/7, pagg. 280-294

- Spencer D., 2013, *OECD BEPS Project: Transfer Pricing (Part 1)*, Journal of International Taxation, Vol. 11/2013 pagg. 23-29
- Spencer D., 2013, *OECD BEPS Project: Transfer Pricing (Part 2)*, Journal of International Taxation, Vol 12/2013, pagg. 27-31 e 62-64
- Sporken E., Visser P., 2016, *Intangibles in a BEPS World and How the Netherlands Is Complying with OECD Rules*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 23 n. 1, pagg. 33-37
- Sporken E., Visser P., 2015, *BEPS Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles and the Need for Substance and Transfer Pricing Documentation*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 22 n. 1, pagg. 11-17
- Storck A., Petruzzi R., Pankiv M., Tavares R., 2016, *Global Transfer Pricing Conference "Transfer Pricing in a Post-BEPS World*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 23 n. 3, pagg. 216-222
- Ting A., 2014, *Old wine in a new bottle: Ireland's revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, British Tax Review, Londra, N. 3 pagg. 237-247
- Ting A., 2014, *iTax – Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*, British Tax Review, Londra, N. 1 pagg. 40-71
- Traversa E., Somare M., 2015, *Beps and country-by-country reporting: a step closer towards formulary apportionment?*, Rivista trimestrale di diritto tributario, fasc. 1 pagg. 175-199
- Tremonti G., 2014, *Bugie e verità, la ragione dei popoli*, Milano, Arnoldo Mondadori Editore
- Valente P., 2016, *Documentazione nel transfer pricing: dalle linee guida OCSE alla riforma italiana*, Il fisco, fasc. 5 pagg. 439-445
- Valente P., 2016, *Misure UE di contrasto all'elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, Il fisco, fasc. 12 pagg. 1151-1157
- Van De Vijver A., 2015, *International Double (Non-)taxation: Comparative Guidance from European Legal Principles*, EC Tax Review 2015-5, Kluwer Law International, pp 240-257
- Van den Hurk H., 2014, *Starbucks versus the People*, Bulletin for International Taxation, Amsterdam, Vol. 68 Fasc. 1, pagg. 27-34
- Vroemen E., 2015, *BEPS: How to Respond the Transfer Pricing Actions?*, Transfer Pricing International Journal, n. 4, pagg. 4-8

- Wilkie S.J., 2014, *Intangibles and Location Benefits (Customer Base)*, Bulletin for International Taxation, Amsterdam, Vol. 68 Fasc. 6/7, pagg. 352-360
- Wittendorff J., 2016, *BEPS Actions 8-10: Birth of a New Arm's-Length Principle*, Tax Notes International, Vol. 81 n. 4, pagg. 331-358
- Wright D.R., Keates H.A., Lewis J., Auten L., 2016, *The BEPS Action 8 Final Report: Comments from Economists*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 23 n. 2, pagg. 99-108
- Zielke R., 2014, *Transfer Pricing of Major EC Member Countries with Reference to the 2014 Corporate Income Tax Burden of the Thirty-Four OECD Member Countries – Germany, France, United Kingdom, and Italy Compared*, EC Tax Review, fasc. 6, pp 332-351

Altra documentazione

- Commissione Europea, 2015, COM(2016) 26 final, *Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno*, 28 gennaio 2016
- Commissione Europea, 2015, COM(2015) 302 final, *Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione Europea: i 5 settori principali d'intervento*, del 17 giugno 2015
- Commissione Europea, 2012, COM(2012) 722 final, *An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*, del 6 dicembre 2012
- Commissione Europea, 2012, *Raccomandazione della Commissione del 06.12.2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva*, C(2012) 8806 final
- Commissione Europea, 2010, *JTPF Report: Guidelines On Low Value Adding Intra-Group Services*,
- G20, 2012, *Leaders Declaration*, Los Cabos, Mexico
- Mazars, 2016, *Mazars International Tax Conference 2016*, Londra, 13 Ottobre 2016.
- OECD, 2015, *Explanatory Statement*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

- OECD, 2015, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 - 2015 Final Reports*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- OECD, 2015, *Measuring and Monitoring BEPS, Action 11: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Mandatory Disclosure Rules, Action 12: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- OECD, 2015, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties, Action 15: 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris

- OECD, 2015, *Comments Received on Public Discussion Draft Beps Action 10: Proposed Modifications to Chapter VII of the Transfer Pricing Guidelines Relating to Low Value-Adding Intra-Group Services*, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2015, *Comments Received on Public Discussion Draft Beps Action 8: Revisions To Chapter VIII of the Transfer Pricing Guidelines on Cost Contribution Arrangements (Ccas)*, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2014, *Two-Part Report to G20 Developing Working Group on the Impact of Beps in Low Income Countries*, OECD Publishing
- OECD, 2014, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received Volume I*, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2014, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received Volume II*, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2014, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received Volume III*, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2014, *Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting – Public Comments Received Volume IV*, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris.
- OECD, 2013, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, Paris.
- OECD, 2010, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, OECD Publishing, Paris.
- OECD, 1998, *Harmful Tax Competition – An emerging global Issue*, OECD Publishing, Paris
- Servizio del Bilancio del Senato della Repubblica, 2015, *Nota breve, "Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)"*, da www.senato.it/documentazione/bilancio
- The White House & the Department of the Treasury, 2012, *The President's Framework for Business Tax Reform*, Washington, D.C., pagg. 13-15
- Unione Europea, Direttiva 2016/1164 del 12 luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno.
- Unione Europea. Direttiva 2016/881 del 25 maggio 2016 recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale