



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

**"ELUSIONE FISCALE INTERNAZIONALE E
STRUMENTI IBRIDI NELL'ERA POST-BEPS"**

RELATORE:

CH.MO PROF. MARCELLO POGGIOLI

LAUREANDO: GRASSILLI STEFANO

MATRICOLA N. 1131816

ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017

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

*A mio papà, a mia mamma e a mia sorella, fonte continua di stimoli e di
insegnamenti, punti di riferimento imprescindibili.
Ai miei amici quelli veri, quelli di tutti i giorni, la famiglia che mi sono scelto.
All'Avvocato, che sarebbe contento di vedere chi sono diventato.*

INDICE

I. INTRODUZIONE	PAG. 1
CAPITOLO PRIMO	
FISCALITA' INTERNAZIONALE: CENNI INTRODUTTIVI	PAG. 6
1.1 Fiscalità internazionale: analisi storica, caratteristiche attuali e prospettive future	PAG. 6
1.1.1 Stadio primitivo del diritto tributario internazionale	PAG. 8
1.1.2 Metamorfosi dei principi di fiscalità internazionale: dai primi del Novecento all'era della globalizzazione	PAG.10
1.2 Fonti del diritto internazionale tributario: i Trattati internazionali	PAG 15
1.2.1 Il superamento della piramide delle fonti: il concetto di soft law	PAG.20
1.3 International tax avoidance: aggressive tax planning, tax arbitrage e Corporate Social Responsibility	PAG.23
CAPITOLO SECONDO	
IL PROGETTO BEPS	PAG. 28
2.1 Breve cronistoria del progetto BEPS	PAG. 29
2.2 Alle origini del problema BEPS	PAG. 33
2.3 Circolo vizioso della <i>tax competition</i>	PAG. 37
2.4 Lineamenti caratteristici del Progetto BEPS	PAG. 40
2.5 Gli Action Plan definitivi	PAG. 44
2.5.1 Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy	PAG. 46
2.5.2 Action 3: Designing Effective CFC Rules	PAG 49
2.5.3 Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance	PAG 51
2.5.4 Action 6: Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances	PAG 55
2.5.5 Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status	PAG 57
2.5.6 Action 8-10 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation	PAG 59
2.5.7 Action 11: Measuring and Monitoring BEPS	PAG 60
2.5.8 Action 12: Mandatory Disclosure Rules	PAG 61
2.5.9 Action 13: Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting	PAG 62
2.5.10 Action 14: Making Dispute Resolution Mechanism More Effective	PAG 63
2.5.11 Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties	PAG 64
2.6 Implementazione delle raccomandazioni BEPS nei PVS	PAG 68
CAPITOLO TERZO	
STRUMENTI IBRIDI E TRANSAZIONI FINANZIARIE	PAG. 73
3.1 Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements	PAG 75
3.2 Analisi delle strutture riconducibili a fattispecie di deduzione non inclusione	PAG 77
3.2.1 Hybrid Financial Instruments	PAG 77
3.2.2 Hybrid Transfers	PAG 83
3.2.3 Disregarded Payments Made by Hybrid Entity	PAG 85

3.3	Analisi delle strutture riconducibili a fattispecie di doppia deduzione	PAG 88
3.3.1	Deductible Payments Made By Hybrid Entity	PAG 88
3.3.2	Dual Consolidated Companies	PAG 90
3.4	Misure di riforma proposte dall'OCSE	PAG 91
3.4.1	Raccomandazioni relative a misure di diritto interno	PAG 91
3.4.2	Raccomandazioni relative a norme convenzionali	PAG 93
3.5	Normativa di contrasto agli hybrid mismatch arrangements nel contesto europeo: ATAD 1 e ATAD 2	PAG 95

CONCLUSIONI

RIFLESSIONI CONCLUSIVE CRITICHE SULL'EFFICACIA ATTUALE DELLE RACCOMANDAZIONI BEPS

PAG 99

BIBLIOGRAFIA

PAG 108

Ingenium est extensio intellectus ad incognitorum cognitionem
Johannes Von La Rochelle, "Summa de anima" Cap.118

Introduzione

“G20 has identified base erosion and profit shifting as a serious risk to tax revenues, sovereignty and fair tax systems worldwide.

Our recommendations constitute the building blocks for an internationally agreed and coordinated response to corporate tax planning strategies that exploit the gaps and loopholes of the current system to artificially shift profits to locations where they are subject to more favourable tax treatment”^{1;2}

Dal breve estratto sopra esposto, tratto dal discorso del Segretario Generale dell’OCSE Angel Gurría, sono estrapolabili alcuni dei più importanti punti di riflessione alla base del progetto **“Base Erosion and Profit Shifting”**³.

È evidente che fenomeni di delocalizzazione internazionale del reddito tassabile che determinano il trasferimento dell’imposizione verso Paesi a bassa fiscalità e il conseguente drenaggio di gettito fiscale da parte di imprese strutturate globalmente sia percepito come una minaccia ai fondamenti impositivi statutali nonché, in ultima analisi, all’intero sistema democratico.

Appare chiaro inoltre come sia percepita a livello sovranazionale l’inadeguatezza del diritto tributario internazionale a produrre una normativa in grado di contrastare fenomeni elusivi e ad impedire quei disallineamenti tra ordinamenti tributari dei singoli Stati che sono, a tutti gli effetti, la causa principale di abusi e arbitraggi fiscali da parte delle imprese multinazionali.

Tramite il progetto BEPS, forse per la prima volta da quando a cavallo tra Ottocento e Novecento si è assistito all’enucleazione del diritto tributario internazionale come

¹ Discorso del Segretario Generale dell’OCSE Angel Gurría del 16 Settembre 2014 a Parigi in occasione della presentazione dei primi deliverables degli Action Plan inerenti il progetto BEPS.

Il discorso completo è reperibile nel sito ufficiale dell’OCSE al seguente indirizzo <http://www.oecd.org/about/secretary-general/launchofthebeps2014deliverables.htm>.

² Alcune delle citazioni dei testi in lingua inglese e francese presenti nel prosieguo dell’elaborato sono state da me tradotte in lingua italiana. Per queste, ogni eventuale errore di traduzione è imputabile a me soltanto.

³ Nel seguito della trattazione utilizzerò la sigla “BEPS” in luogo della locuzione “erosione della base imponibile e spostamento di profitti” cioè l’effetto negativo sul gettito nazionale derivante da strategie di elusione fiscale internazionale attuate da società strutturate su scala globale.

branca di studi a sé stante, si è preso atto di una carenza di valori universalmente condivisi, applicati e difesi: le colpe di tale mancanza, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, non sono attribuibili esclusivamente alle imprese multinazionali ma altresì ai singoli Stati impegnati in una sempre più accesa competizione fiscale.

Il fenomeno di elusione internazionale tramite profit shifting non è infatti esclusivamente una “problematica di gettito”, seppure nell’ambito del Progetto BEPS sia stato stimato che le perdite per le finanze dei paesi OCSE sarebbero stimabili in un range compreso tra gli 88 e i 211 miliardi di Euro corrispondenti al 4-10% del gettito globale relativo all’imposizione societaria⁴.

Si vedrà infatti nei prossimi capitoli che le conseguenze negative derivanti dalle pratiche BEPS vanno valutate altresì in termini di equità dei sistemi impositivi e di equilibrio macroeconomico generale.

E’ dunque evidente come il progetto BEPS non possa essere banalmente classificato come un programma per il contrasto all’elusione fiscale internazionale, ma piuttosto come *“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 condotte”*⁵ al fine di perseguire il vero obiettivo del Piano: quello di far sì che l’imposizione fiscale delle manifestazioni di capacità contributiva imputabili alle imprese multinazionali avvenga ove si colloca effettivamente la sostanza economica delle operazioni.

Nel primo capitolo dell’elaborato tenterò inizialmente di presentare una analisi *en passant* delle tematiche principali di fiscalità internazionale; se infatti i rapporti iniziali dell’OCSE⁶ individuarono come causa principale dei comportamenti BEPS non tanto singole disposizioni fiscali quanto piuttosto il fatto che complessivamente gli standard

⁴ Si veda il report OECD *“Measuring and Monitoring BEPS, Action 11: 2015 Final Report”*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015.

Altro dato eclatante è stato pubblicato su *“The Economist”* del 10 Ottobre 2015 pag.61 in cui si rileva che le 500 più grandi imprese quotate americane sarebbero state in grado nel 2015 di trasferire offshore circa 2 trilioni di dollari di profitti.

⁵ S. Dorigo, P. Mastellone, *“L’evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell’ambito del progetto BEPS”*, in Rivista di Diritto Tributario, fasc. 3/2015 pag.37.

⁶ Mi riferisco in particolare al rapporto *“Addressing Base Erosion and profit shifting”*, OECD Publishing, Paris 2013 pubblicato dall’OCSE il 12 Febbraio 2013.

di fiscalità internazionale non avessero tenuto il passo con le trasformazioni intervenute nel contesto globale di business, ritengo che uno degli obiettivi principali al fine di una corretta comprensione delle pratiche BEPS debba essere quello di analizzare e concentrarsi sul rapporto che nei decenni fino ad oggi è intercorso tra contesto economico globale e principi di fiscalità internazionale.

Verranno poi brevemente esaminate le fonti del diritto tributario internazionale con specifico riferimento ai Trattati internazionali contro le doppie imposizioni; se infatti *“uno dei tre pilastri fondamentali del progetto BEPS è quello di rendere più coerenti le norme nazionali che influiscono sulle attività internazionali”*⁷ chi scrive ritiene imprescindibile approfondire le modalità attraverso cui gli standard fiscali previsti a livello sovranazionale vengono recepiti negli ordinamenti dei singoli Stati.

Nel secondo capitolo si procederà con un’analisi incentrata sulle caratteristiche principali del Progetto BEPS: si presenterà una breve cronistoria dello sviluppo del Programma, rapide considerazioni relative al contesto economico globale all’interno del quale il Progetto si colloca nonché una valutazione dei meccanismi di adattamento degli Stati e delle imprese alle novità introdotte dal progetto BEPS.

Il capitolo proseguirà poi con uno studio dei 15 Action Plan OCSE al fine di comprendere al meglio le raccomandazioni ivi contenute.

Il terzo capitolo sarà incentrato poi sull’approfondimento dell’Action Plan 2 **“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements”** e delle interdipendenze tra questo e l’Action Plan 4 **“Limit Base Erosion via Interest Deductions and Other Financial Payments”**.

Le ragioni che mi hanno spinto a vagliare specificatamente questi due argomenti sono molteplici dal momento che *“la tematica del ruolo degli ibridi nel campo delle tecniche di tax planning costituisce uno dei nuclei più risalienti e al contempo controversi dell’intero progetto BEPS”*⁸: una di queste è infatti di carattere storico dal momento che la necessità di affrontare la tematica degli *hybrid mismatch arrangements* da parte

⁷ A. Dragonetti, V. Piacentini, A. Sfondrini, *“Manuale di fiscalità internazionale VII ed”*, IPSOA 2016, pag. 205.

⁸ C. Garabino, A. Turina, *“Il Progetto BEPS e gli hybrid mismatch arrangement: un esame del relativo Derivable”*, in *Fiscalità & Commercio Internazionale* n.5/2015, pag.21.

dell'OCSE è stata forse il preludio e la scintilla che ha dato il via all'intero progetto BEPS⁹.

Va poi osservato che la problematica degli arbitraggi fiscali transnazionali tramite strumenti ibridi, soprattutto alla luce della complessità della materia, sia uno dei nuclei più approfonditi e dibattuti in dottrina dell'intero programma di riforma.

Non va trascurato inoltre che, alla luce dell'elevata mobilità dei capitali che caratterizza attualmente il contesto economico e finanziario, attuare tecniche di pianificazione fiscale aggressiva tramite transazioni monetarie anche intercompany attraverso l'utilizzo di entità e strumenti ibridi sia probabilmente una delle modalità più efficienti e meno dispendiose attraverso cui le grandi multinazionali sono in grado di traslare i loro profitti a livello globale.

Ritengo inoltre che l'impegno a contrastare il fenomeno della doppia non imposizione, problematica che scaturisce soprattutto da fenomeni di arbitraggio fiscale implicanti l'utilizzo di entità e strumenti ibridi sia probabilmente la novità più eclatante¹⁰ introdotta nell'ambito del progetto BEPS e sintomo a mio avviso della volontà di una rivisitazione organica dei principi di fiscalità internazionale.

L'effettiva efficacia in termini deflattivi che può derivare dall'implementazione delle raccomandazioni OCSE è fortemente dibattuta in dottrina dal momento che ancora oggi, a quattro anni dalla presentazione degli Action Plans definitivi ci si chiede se *“il progetto BEPS sarà il punto d'inizio per lo sviluppo di nuovi principi di fiscalità internazionale*

⁹ Tra le pubblicazioni prodromiche al lancio del progetto BEPS basti citare il report OCSE *“Hybrid Mismatch arrangements: Policy and Compliance Issue”* presentato a Parigi nel 2012. Appare evidente dunque come le preoccupazioni inerenti i disallineamenti da strumenti ibridi hanno anticipato e forse dato la spinta decisiva al lancio del progetto BEPS.

Va osservato inoltre che nella stesura dei testi preparatori dell'Action 2, il gruppo di lavoro OCSE ha rimandato ai documenti tecnici del 2010 redatti dal “EU Code of Conduct Group” inerenti le implicazioni che gli hybrid instruments avrebbero comportato sulla “Parent-Subsidiary Directive”.

¹⁰ A. Scapa, L.A. Henie *“Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention”* in Intertax Vol.33/2005, Issue 6/7 pag 266 annotano che l'IFA Congress di Vienna del 2004 rilevò come *“situazioni di doppia non imposizione non venivano nemmeno prese in considerazione dal Modello di Convenzione OCSE”*.

*o sarà il fallimento definitivo dell'OCSE nell'ottenere consenso nonostante un apparente supporto politico*¹¹.

La risposta a tale quesito non può essere univoca; la strada della riforma è senza dubbio in salita e lastricata di ostacoli soprattutto in considerazione del fatto che, come sarà possibile apprezzare nel capitolo incentrato sulle conclusioni, i problemi che si intendevano affrontare sono ben lungi dall'essere risolti.

¹¹ P. Baker, *“Is There a Cure for BEPS?”* in British Tax Review fasc. n.5/2013 pag.605.

CAPITOLO 1

FISCALITA' INTERNAZIONALE: CENNI INTRODUTTIVI

1.1 Fiscalità internazionale: analisi storica, caratteristiche attuali e prospettive future

Ritengo imperativo, prima di intraprendere l'analisi specifica della questione riguardante l'insieme di strategie di natura fiscale che talune particolari tipologie di imprese pongono in essere per erodere la base imponibile attraverso il dirottamento dei profitti e dell'imposizione in un contesto mondiale, intavolare la trattazione con una ricognizione, seppur per sommi capi, delle caratteristiche principali del macro argomento all'interno della quale la tematica si esplica: mi sto riferendo alle caratteristiche e alle peculiarità del sistema di fiscalità internazionale.

“L'essenza della tematica della tassazione internazionale risiede sostanzialmente nell'estensione dei diritti di uno Stato di imporre tributi sugli individui e sulle aziende”¹²; è possibile dunque definire il **diritto internazionale tributario** come *“l'insieme delle norme contenute negli accordi internazionali che riguardano l'esercizio dell'attività degli Stati in materia tributaria nell'ambito dei singoli ordinamenti”¹³*: un settore del diritto internazionale pubblico riferito, come suggerisce l'etimologia dell'aggettivo tributario, all'attività di prelievo di tributi.

Per **diritto tributario internazionale** ci si riferisce invece a quelle norme di fonte interna che *“hanno come contenuto e finalità quello di regolare sotto il profilo sostanziale e procedimentale fattispecie o situazioni aventi elementi di estraneità con l'ordinamento statale”¹⁴* quali a titolo meramente esemplificativo le disposizioni che

¹² A. Miller, L. Oats, *“Principle of international taxation III ed”*, Bloomsbury professional 2012, pag.22.

¹³ V. Uckmar, G. Corasaniti, P. De' Capitani di Vimercate, C.C. Oliva, *“Diritto Tributario Internazionale. Manuale”*, CEDAM 2012, pag.3.

¹⁴ C. Sacchetto, *“Principi di diritto tributario europeo e internazionale”*, G. Giappichelli Editore 2016, pag.4.

regolano l'ambito di applicazione e le caratteristiche concettuali della residenza fiscale contenute nell'articolo 2 comma 2 bis DPR 22/12/1986 n. 917.

Come si avrà modo di intuire nei paragrafi successivi, la distinzione tra i due concetti è oramai anacronistica: è vero che la concezione di diritto tributario internazionale nasce in un periodo storico successivo (approssimativamente agli inizi del Novecento) quando la crescente mobilità dei capitali e lo sviluppo di sistemi impositivi di tipo personale portò alla diffusione all'interno dei singoli ordinamenti nazionali di disposizioni volte ad individuare i criteri in base ai quali fattispecie impositive estere potevano considerarsi connesse al territorio nazionali e all'individuazione di modalità di imposizione fiscale di queste particolari fattispecie.

Ad oggi però, all'interno del moderno contesto di fiscalità internazionale, la distinzione sopra riportata non ha più ragion d'essere quantomeno per due ordini di motivi: i) anche le norme di diritto internazionale necessitano di meccanismi di recepimento nei vari ordinamenti interni nazionali; ii) le stesse disposizioni di diritto internazionale pattizio, seppur principalmente rivolte a dirimere i rapporti e le controversie fra stati, sono concepite al fine di riversare la loro efficaci giuridica direttamente sugli operatori economici.

L'aggettivo internazionale quindi *“non deve intendersi più riferito alla natura delle norme quanto piuttosto al carattere delle fattispecie prese in considerazione: quelle per l'appunto internazionali in quanto non si realizzano in un contesto meramente domestico”*¹⁵; questa elaborazione dottrinale permette quantomeno un approccio congiunto ed uniforme allo studio della tematica de qua.

Solo una definizione dei confini giuridici della materia e delle principali tappe evolutive che l'hanno contraddistinta permetteranno di collocare il problema BEPS nella sua corretta dimensione storica, di sviscerarne i profili non ancora sufficientemente approfonditi e di delinearne le prospettive di evoluzione futura.

Se è vero infatti che in un contesto domestico *“i tributi si innestano nell'economia affondando in essa le proprie radici e finendo per far parte, quale elemento di*

¹⁵ R.C. Guerra, *“Diritto Tributario Internazionale. Istituzioni”*, CEDAM 2012, pag.17.

fondamentale importanza, della pianificazione di qualsiasi attività economica”¹⁶, in una prospettiva internazionale il rapporto di reciproca influenza tra fiscalità, scelte di programmazione fiscale da parte degli agenti economici e contesto socio economico è se vogliamo ancora più marcato: le forme di organizzazione delle attività produttive, le caratteristiche del commercio internazionale, la concezione del ruolo dello Stato e dei criteri per la limitazione della sovranità sono solo alcuni dei fattori che vanno a condizionare in maniera significativa le modalità di tassazione della ricchezza transnazionale e che allo stesso tempo ne vengono influenzati.

Si rileva dunque azzardato, a mio avviso, apprezzare appieno le dinamiche fiscali internazionali, soprattutto con riferimento alla tematica BEPS, senza prima analizzare il contesto storico, sociale ed economico all’interno del quale esse si collocano.

1.1.1 Stadio primitivo del diritto tributario internazionale

In una fase storica antecedente alla fine dell’Ottocento il contesto economico internazionale era caratterizzato da una ridotta mobilità di persone, di capitali e di servizi: tale caratteristica faceva sì che le manifestazioni di ricchezza dotate di collegamento con ordinamenti tributari esteri non rappresentassero ancora una problematica rilevante e dunque, data la scarsità di fenomeni potenzialmente coinvolgenti la potestà impositiva di altri Stati, non si rese necessario quel processo di enucleazione rispetto al diritto tributario classico che porterà solo a partire dai primi decenni del Novecento alla nascita di una specifica normativa dedicata a fattispecie impositive dotate di elementi di estraneità.

È possibile in questa fase storica parlare quindi di inesistenza o quantomeno di stadio primitivo del diritto tributario internazionale in quanto *“ciascun ordinamento contemplava tributi insistenti esclusivamente su presupposti verificatisi nell’ambito territoriale nazionale senza curarsi dei fatti economici accaduti fuori dai confini territoriali”¹⁷*.

¹⁶ M. Beghin, *“Diritto Tributario. Per L’università e per la preparazione alle professioni economico giuridiche”*, CEDAM 2015, pag. 28.

¹⁷ R.C. Guerra, *“Diritto Tributario Internazionale. Istituzioni”*, CEDAM 2012, pag.2.

Il comportamento in ambito fiscale di ciascuno stato ben può essere rappresentato dalla metafora che raffronta il territorio nazionale con una riserva di caccia “*nel senso che ogni Stato si preoccupava di imporre tributi unicamente all’interno della propria chasse gardé*”.¹⁸

Tuttalpiù è possibile individuare una forma arcaica di diritto internazionale tributario: dal momento che il commercio internazionale è caratterizzato prevalentemente dall’importazione ed esportazione di merci, si assiste ad una seppur minima diffusione di convenzioni bilaterali volte a disciplinare la circolazione di merci estere all’interno dello Stato.

Va notato però che lo scopo precipuo di tali Trattati è prevalentemente di natura politica e cioè quello di ammettere la circolazione delle merci e delle persone all’interno di una comunità di Stati e quindi di disciplinare la libertà di scambio che ne deriva; la funzione impositiva di tali negozi giuridici internazionali, seppur rintracciabile nella volontà di prevedere dazi all’entrata e all’uscita delle merci dal territorio nazionale, è senza dubbio residuale.

Tale situazione di “**isolazionismo tributario**” è da ricondurre, oltre che alle succitate caratteristiche del commercio internazionale che non consentivano punti di contatto significativi tra ordinamenti nazionali ed anche qualora tali minimi collegamenti fossero stati ravvisabili, le eventuali problematiche da essi derivanti potevano essere facilmente gestite tramite semplici Trattati commerciali bilaterali, alla concezione diffusa di uno Stato-organizzazione¹⁹ entro i cui confini poteva esercitarsi in maniera esclusiva la sovranità e quindi la potestà impositiva; tale concezione della scienza giuridica bene può essere simboleggiata dal famoso broccardo latino “*qui in territorio meo est etiam meus subditus est*”.

¹⁸ J.P. Niboyet, “*Les double impositions au point de vue juridique*”, in Recueil des Cours, Vol 31, n.1/1930 pag 13 e ss.

¹⁹ Si tratta di una concezione weberiana dello Stato; M. Weber in “*Wirtschaft und Gesellschaft*” 1922, trad. it. 1974, 1° vol., p. 53, sostiene infatti che “*per Stato si deve intendere un’impresa istituzionale di carattere politico nella quale l’apparato amministrativo avanza con successo una pretesa di monopolio della coercizione fisica legittima, in vista dell’attuazione degli ordinamenti*”.

Per tali motivi la quasi totalità dei sistemi fiscali era imperniata su imposizioni di tipo reale che, per loro natura, prevedevano una delimitazione dei presupposti imponibili al solo luogo di produzione o consumo della ricchezza.

Emblematiche sono le considerazioni dell'Onorevole Sella il quale, durante il dibattito parlamentare relativo alla disciplina dell'imposta sulla ricchezza mobile²⁰, affermava che *“l'efficacia di una legge d'imposta reale non può estendersi oltre le cose che sono nel territorio senza violare il principio della sovranità territoriale”* arrivando addirittura a concludere che *“è impossibile accertare e tassare il reddito che si possiede all'estero. Come si potrebbe mai fare ad accertare il reddito che dal cittadino si possedesse in America, in Russia o nelle Indie?”*.

1.1.2 Metamorfosi dei principi di fiscalità internazionale: dai primi del Novecento all'era della globalizzazione

Da sempre il diritto internazionale progredisce congiuntamente ai cambiamenti del contesto economico; tale considerazione assume ancor più rilevanza nell'ambito del diritto internazionale tributario dati gli strettissimi rapporti tra sostanza economica delle manifestazioni di capacità contributiva e potestà impositiva.

Il processo di mutamento dei fattori economici e dogmatici sviluppatosi a partire dai primi decenni del XX secolo ha contribuito quindi in maniera determinante all'evoluzione delle dinamiche di fiscalità internazionale in particolare con riferimento al superamento del principio di territorialità delineato nel paragrafo precedente.

Già agli albori del Novecento si stava delineando il perimetro delle problematiche attuali di fiscalità internazionale in quanto già ci si stava rendendo conto che *“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”*²¹.

²⁰ Si tratta di uno dei primi tributi introdotti nel Regno d'Italia tramite la legge 1830 del 14 Luglio 1864.

²¹ P. Janssens, D. Ledure, B. Vandepitte, J. Loos *“The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet? Part I”* in *European Taxation*, 2015 Vol. 55 Fasc. 7, pag.279.

Si assiste infatti in questo periodo storico ad una internazionalizzazione dell'economia e allo sviluppo di quella fase del modo di produzione capitalistico denominata "capitalismo oligopolistico"²²: in questa fase storica assumono importanza predominante per lo sviluppo del sistema economico le imprese multinazionali cioè *"imprese o altre entità insediate in più Paesi e che operano attraverso diverse unità locali coordinate e collegate tra loro. [...] le diverse società mantengono propria autonomia pur agendo sotto l'influenza più o meno marcata di un soggetto comune definito capogruppo"*²³

E' possibile inoltre affermare che lo sviluppo di tale forma di organizzazione delle attività produttive è la determinante fondamentale della comparsa di forme di tassazione della ricchezza di tipo personali e progressive che vanno a soppiantare le ormai anacronistiche modalità di tassazione di tipo reale che avevano caratterizzato lo stadio primitivo del diritto tributario internazionale descritto nel paragrafo precedente; tale processo avviene se non altro perché gli Stati fornitori di capitali e tecnologie all'esportazione cominciarono a mal sopportare la rinuncia a tassare la ricchezza prodotta attraverso investimenti diretti all'estero da parte di imprese residenti all'interno dei loro confini nazionali.

Al di là della considerazioni appena svolte sull'adattamento dei sistemi fiscali alla comparsa nel contesto economico dell'impresa multinazionale, il passaggio a sistemi d'imposizione che tengano conto dello status personale del contribuente è imposto altresì da considerazioni legate ai concetti di giustizia tributaria: se è vero infatti che *"l'equità nella tassazione delle attività economiche e degli investimenti internazionali è perseguita mediante l'applicazione del principio della capacità contributiva, ovvero il principio che intende ottenere una distribuzione equa del carico fiscale fra i contribuenti, come pure attraverso il principio dell'uguaglianza, ovvero l'applicazione dello stesso trattamento fiscale al verificarsi delle stesse condizioni e circostanze"*²⁴, la

²² Per approfondimenti sulle caratteristiche e la natura della fase denominata "capitalismo oligopolistico" si rimanda a F. Volpi *"Lezioni di Economia dello Sviluppo"*, Franco Angeli editore 2016, pag 38 e ss.

²³ OCSE, 2011 *"OECD Guidelines for Multinational Enterprises-I. Concepts and Principles"*, punto 4;

²⁴ A. Dragonetti, A. Sfondrini, V. Piacentini, *"Manuale di Fiscalità Internazionale VII ed."*, Ipsoa 2016, pag. 3.

non tassazione dei redditi prodotti all'estero da determinati soggetti finirebbe con l'introdurre un elemento di discriminazione: perseverando nell'applicazione del paradigma dell'imposizione reale i soggetti residenti che manifestassero indicatori di capacità contributiva all'estero subirebbero infatti il prelievo progressivo sulla sola ricchezza domestica.

La comparsa dunque nei sistemi impositivi nazionali di fattispecie di ricchezza che possono presentare elementi di collegamento con altri ordinamenti nazionali conduce all'adozione da parte di un numero sempre maggiore di Stati di sistemi tributari basati sul cosiddetto "**world wide principle**" il quale implica l'imposizione fiscale sui redditi prodotti dai residenti anche al di fuori dei confini nazionali ed un sistema di imposizione su base territoriale dei contribuenti non residenti; l'adozione di tale principio da parte di un numero sempre maggiore di Stati conduce all'esacerbazione del problema della doppia imposizione e alla proliferazione di trattati bilaterali volti alla prevenzione, o quantomeno all'attenuazione, di tale fenomeno²⁵.

L'ultimo incisivo impulso allo sviluppo delle tematiche inerenti la fiscalità internazionale scaturisce, a partire dai primi anni 2000, da quel complesso processo sociale che prende il nome di globalizzazione.

Si tratta del colpo di grazia alla concezione territoriale della fiscalità internazionale dal momento che l'ormai incontestabile "*indipendenza della sfera economica dal territorio disconnette la dimensione del business da una logica fiscale locale e dallo spazio nazionale sancendone il definitivo affrancamento dai singoli Stati*"²⁶.

Se le caratteristiche prettamente socio economiche del processo di globalizzazione esulano dalla presente trattazione, non va assolutamente trascurato l'impatto che essa ha avuto sull'architettura del diritto internazionale tributario: la sopraggiunta incredibile

²⁵ Il fenomeno della doppia imposizione, pur non potendo considerarsi illecito nel momento in cui entrambi gli Stati esercitano la loro potestà impositiva sulla base di criteri di collegamento quantomeno ragionevoli, è però percepito già a partire da questa epoca storica come un grave ostacolo macroeconomico allo sviluppo del commercio internazionale.

Per tale motivo nel 1921 la Società delle Nazioni istituisce il cd. Fiscal Committee al fine di approfondire lo studio sul fenomeno della doppia imposizione.

È del 1963 invece l'elaborazione da parte dell'OECD del primo modello di Convenzione bilaterale per eliminare la doppia imposizione sul quale ad oggi si basano la maggior parte dei Trattati bilaterali negoziati.

²⁶ P. Valente, "*Manuale di governance fiscale*", IPSOA 2011, pag.8.

velocità e semplicità di trasmissione delle informazioni nonché l'aumento abnorme della mobilità dei fattori produttivi semplificato dalla possibilità di commercio tramite internet sono solo due dei fattori che hanno permesso alle imprese di svolgere attività economica transnazionale *“senza una presenza materiale nei mercati in cui l'attività viene esplicata con la possibilità di localizzare in Paesi a bassa fiscalità la casa madre alla quale imputare il reddito prodotto”*²⁷.

Il fenomeno sopra descritto, combinato alla sempre maggiore partecipazione da parte degli Stati a forme di cooperazione sovranazionale, conduce ad una contrazione del dominio riservato²⁸ di ciascuno Stato in ambito fiscale dal momento che *“l'orizzonte economico globale sottrae spazio allo Stato nazione, il mercato ne fagocita il territorio, si appropria di quote di sovranità [...] da posizione subalterna rispetto allo Stato, ne prende il sopravvento”*²⁹.

Se, come si vedrà nel prosieguo, da un punto di vista prettamente giuridico il fenomeno conduce ad una proliferazione dei trattati bilaterali e allo sviluppo in seno ad organismi internazionali e regionali di strumenti di collaborazione tra Stati anche non normativi, da un punto di vista di politica fiscale ciascuno Stato, pur con le relative peculiarità, segue percorsi di azione accomunabili.

In primo luogo è riscontrabile un processo di predisposizione di interventi finalizzati a fronteggiare i tentativi da parte delle imprese³⁰ di delocalizzare materia imponibile.

Non mi riferisco solamente a interventi di tipo repressivo, quali ad esempio i regimi fiscali CFC volti ad arginare la delocalizzazione di materia imponibile attraverso la costituzione di branch domiciliate in Paesi a bassa fiscalità, ma altresì e soprattutto ad interventi di tipo preventivo cioè la realizzazione di regimi fiscali di favore volti ad

²⁷ R.C. Guerra, *“Diritto Tributario Internazionale. Istituzioni”*, CEDAM 2012, pag.9.

²⁸ G. Sperduti, *“Il dominio riservato”*, A. Giuffrè 1970, lo definisce come *“quella sfera di questioni e materie tradizionalmente riservate all'esclusiva competenza degli Stati e ritenute non influenzabili dall'esterno”*.

²⁹ P. Valente, *“Elusione fiscale internazionale”*, IPSOA 2014, pag. 49.

³⁰ Sono trascurabili, più che altro per un discorso di irrilevanza quantitativa del fenomeno, i tentativi di delocalizzazione posti in essere da persone fisiche. Nonostante ciò vanno ricordati ad esempio gli interventi da parte delle Amministrazioni finanziarie nazionali volti a contrastare i tentativi di trasferimento fittizio di residenza da parte di artisti o professionisti al fine di diminuire l'onere impositivo.

attrarre investimenti da parte di imprese residenti all'estero o ad incentivare la permanenza di capitali: tali ultimi interventi, come si avrà modo di analizzare approfonditamente nei capitoli successivi, possono avere un impatto fortemente negativo sull'efficacia delle raccomandazioni proposte in seno al progetto BEPS.

Una seconda direttrice comune di intervento, attribuibile alla presa di coscienza da parte degli Stati sul fatto che in questa fase storica la gestione dei tributi non può più essere attuata in modo isolato, è rivolta all'incentivazione di forme di collaborazione con altre Amministrazioni Finanziarie nazionali.

Va letto in quest'ottica l'ampliamento della funzione dei Trattati bilaterali che, da semplici negozi giuridici volti alla prevenzione della doppia imposizione, si arricchiscono di contenuti e finalità aggiuntivi divenendo veri e propri accordi di collaborazione finalizzati allo scambio di informazioni e alla prevenzione di frodi.

Anche a livello nazionale, all'interno di un contesto competitivo sempre più complesso in cui la normativa fiscale e l'economia globalizzata evidenziano gaps in grado di agevolare l'attuazione di schemi di pianificazione fiscale sempre più aggressiva da parte degli operatori economici, *“assumono significativa importanza modelli di cooperazione amministrativa basati su forme di scambio automatico di informazioni e la promozione di un nuovo approccio Fisco-contribuente fondato su forme di cooperative compliance”*³¹.

Da ultimo va osservato come, pur rimanendo come scopo precipuo a livello sovranazionale quello di prevenire fenomeni di doppia imposizione, viene posta al centro del dibattito internazionale la lotta ad opposti fenomeni di **double non taxation**³² contrastanti in toto con *“un principio che sembrerebbe scontato nel sistema di fiscalità*

³¹ P. Valente, *“La pianificazione fiscale internazionale nell'era BEPS”*, in IPSOA Quotidiano del 31/10/2016.

³² A. Scapa, L.A. Henie *“Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention”* in Intertax Vol.33/2005, Issue 6/7 pag. 266 rilevano che la doppia non imposizione deriva da tecniche non imputabili esclusivamente ad un comportamento scorretto delle imprese in quanto una distinzione può essere individuata fra *“doppia non imposizione derivante da un uso corretto dei Trattati esistenti [consentita dunque da una sovrana decisione degli Stati contraenti] e doppia non imposizione derivante da interpretazione impropria dei Trattati”*.

*internazionale e cioè che i redditi derivanti da tassazioni cross-border dovrebbero essere tassati almeno una volta*³³.

In conclusione dunque va osservato come si vada delineando un diritto tributario internazionale a valenza antielusiva sia in via di contrattazione bilaterale tra Stati che, come si osserverà nei paragrafi successivi, in sede di contrattazione multilaterale a livello sovranazionale.

1.2 Fonti del diritto internazionale tributario: i Trattati internazionali

Sempre nel tentativo di svolgere una ricognizione preliminare delle peculiarità principali delle tematiche di fiscalità internazionale, al fine di una più efficace comprensione delle sfumature del problema BEPS, è doveroso definire quello che è il perimetro giuridico all'interno del quale si esplica il contenuto del diritto internazionale tributario come in precedenza definito.

Si rileva imprescindibile a tal fine effettuare un breve excursus sulle fonti giuridiche riservando un'attenzione particolare ai Trattati Internazionali (o Convenzioni fra Stati) in quanto costituiscono fonte scritta per antonomasia del diritto internazionale tributario tanto che alcuna dottrina si è spinta a definire le Convenzioni fra Stati come *“l'unica strada attraverso la quale gli Stati possono scientemente produrre norme internazionali”*³⁴ in ambito fiscale.

Con riferimento ai Trattati Internazionali in materia tributaria, in un'ottica di migliore comprensione della problematica BEPS, è necessario riflettere sia sull'atto che presiede alla formazione delle disposizioni sia alle modalità giuridiche attraverso le quali le norme vengono recepite negli ordinamenti coinvolti.

Importanza non secondaria ai fini della presente trattazione assumono altresì le peculiarità attraverso cui le caratteristiche dei Trattati interagiscono con le raccomandazioni contenute nel Progetto BEPS soprattutto al fine di comprendere le

³³ R. de Boer, O. Marres, *“BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements”* in Intertax Vol.43/2015, Issue 1, pag.14.

³⁴ M. Dixon, *“Textbook on international law”* Oxford University Press 1993, pag. 21.

modalità attraverso cui l'OCSE intende conciliare la rigidità e la lentezza delle procedure di formazione delle Convenzioni bilaterali con la rapidità e mutevolezza del contesto economico.

Solo così sarà possibile cogliere la portata o, secondo i detrattori del Programma BEPS, la flebile ed effimera spinta riformatrice delle raccomandazioni contenute nel Progetto di cui si tratterà approfonditamente nel capitolo secondo.

La complicazione principale in tema di fattispecie tributarie dotate di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento tributario domestico è rintracciabile nella necessità di fare riferimento non solo a fonti giuridiche, norme e interpretazioni riconducibili alla legislazione tributaria nazionale ma altresì tenere conto dell'influenza dettata dalla normativa tributaria internazionale che può essere invocata perlomeno in via teorica per la risoluzione della fattispecie di ricchezza transnazionale.

L'ordinamento internazionale e l'ordinamento interno, pur viaggiando su piani paralleli da un punto di vista procedurale, sono infatti tra loro assolutamente interdipendenti nel momento in cui le relative norme vengono interpretate ed applicate alla fattispecie concreta.

È di fondamentale importanza dunque il meccanismo di recepimento nell'ordinamento interno della norma internazionale nonché la sua efficacia una volta recepita.

Ulteriore peculiarità risiede nel fatto che *“la tematica fiscale è percepita ad oggi come l'ultimo bastione della sovranità nazionale e le Amministrazioni nazionali vedono nel controllo assoluto sul sistema tributario interno l'unica leva di competizione fiscale globale”*³⁵ motivo per cui le caratteristiche del diritto tributario internazionale non possono essere completamente ricondotte ai classici principi di diritto internazionale.

Nonostante *“in ultima analisi il diritto internazionale tributario possa essere considerato come una semplice combinazione di accordi contro la doppia imposizione e principi giuridici comunemente riconosciuti”*³⁶, punto di riferimento per la disamina

³⁵ La citazione è tratta dalla presentazione della Prof.ssa K. Sadiq sottoposta all'attenzione dei presenti in occasione della conferenza *“Fiscal Sustainability and the Role of the International Tax Regime”* presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Ferrara il 22 Settembre 2017.

³⁶ Ibidem.

delle fonti di diritto internazionale rimane l'articolo 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia³⁷ che delinea una sorta di “*piramide delle fonti*”; la norma dispone infatti che la Corte, nell'espletamento della competenza contenziosa ad essa attribuita dal relativo Statuto per le controversie sottoposte alla sua giurisdizione, applichi nell'ordine:

- i. Le Convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite;
- ii. La consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto³⁸.
- iii. I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.

Si tratta di forme di “*ius cogens*” richiamabili solo nel caso in cui, per la risoluzione del caso concreto, non siano applicabili convenzioni internazionali o norme consuetudinarie.

Nonostante questa caratteristica di sussidiarietà, alcuni principi generali sono alla base del sistema di fiscalità internazionale: ai fini della presente trattazione è doveroso nominare il principio dell'*arm's length*, il principio della *world wide taxation* e il principio *ne bis in idem* che assumono importanza fondamentale nell'ambito del diritto tributario internazionale.

L'affermazione dei Trattati internazionali in ambito fiscale, in luogo delle fonti consuetudinarie, è dovuta all'ampia gamma di garanzie che offrono in una tematica, quale è a tutti gli effetti quella tributaria, rinserrata in rigorosi vincoli interpretativi nonché all'attenzione che le Convenzioni riservano al principio di legalità in una materia considerata dagli Stati, come si è già accennato in precedenza, quale attributo imprescindibile della sovranità nazionale.

³⁷ Si tratta dell'organo giurisdizionale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite; è dotata essenzialmente di due competenze: a) competenza contenziosa concernente la soluzione di controversie tra Stati che espressamente abbiano accettato la sua giurisdizione; b) competenza consultiva su qualsiasi questione giuridica relativamente alla quale l'Assemblea Generale ONU o il Consiglio di sicurezza abbiano chiesto un parere.

³⁸ È proprio l'*opinio juris*, la convinzione di coercività, che permette di discernere la consuetudine fiscale internazionale in ambito tributario, di notevolissima importanza per il ruolo di fonte interpretativa nonché preparatoria di eventuali rettifiche, dal mero uso in ambito fiscale.

Va aggiunto inoltre che, data la mancanza di un'autorità sovranazionale dotata di potestà impositiva in materia tributaria, solo una fonte scritta come il Trattato bilaterale è in grado di favorire il bilanciamento tra l'esigenza degli Stati in tema di salvaguardia della sovranità nazionale e la pretesa delle imprese che operano su scala globale all'eliminazione o quantomeno all'attenuazione del fenomeno della doppia imposizione. A partire dal secondo Dopoguerra infatti *“la maggior parte degli sforzi in sede di negoziazione bilaterale sono stati rivolti prevalentemente a garantire un'attenuazione della problematica della doppia tassazione piuttosto di assicurarsi che non si verificasse il problema opposto di una doppia non imposizione”*³⁹; attraverso il progetto BEPS si è assunta a livello internazionale la consapevolezza della necessità di contrastare fenomeni ulteriori rispetto a quello della doppia imposizione quali a titolo esemplificativo l'abuso dei trattati da parte delle imprese multinazionali che conduce a treaty shopping, l'elusione fiscale, l'evasione fiscale e soprattutto il fenomeno di less than single taxation.

Il procedimento standard di stipulazione dei Trattati, e delle relative eventuali modificazioni o integrazioni, consta delle fasi di negoziazione, firma, ratifica (nel caso italiano è competente il Presidente della Repubblica) e scambio delle ratifiche.

Le norme del diritto pattizio internazionale entrano a far parte dell'ordinamento interno tramite un processo tecnicamente definito **meccanismo di adattamento speciale**⁴⁰ previsto dall'articolo 11 della Costituzione italiana: si richiede un atto normativo ad hoc del Parlamento che autorizzi il Presidente della Repubblica alla ratifica del Trattato (o di sue modifiche o integrazioni) e che contenga l'ordine di esecuzione.

Per quanto riguarda l'efficacia giuridica all'interno dell'ordinamento nazionale va specificato che, nonostante l'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione vengano disposte attraverso l'ordinario iter parlamentare, le norme pattizie non solo

³⁹ H.J. Ault, *“Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles”* in Tax Notes International Vol.70/12 del 17 Giugno 2013, pag. 1195.

⁴⁰ Contrapposto al meccanismo di adattamento automatico previsto dall'articolo 10 della Costituzione valevole per le consuetudini internazionali e per i principi generali.

assumono rango superiore⁴¹ a quello delle leggi ordinarie ma addirittura sono soggette a criteri ermeneutici predisposti dall'ordinamento internazionale con l'unico limite invalicabile all'interpretazione costituito dai principi fondamentali previsti dalla Costituzione.

Appare evidente che le caratteristiche dei meccanismi di recepimento delle norme pattizie, contraddistinti da eccessiva lentezza, dal momento che la fase di negoziazione può durare anche decenni, ed eccessiva rigidità da un punto di vista procedurale, mal si adattano alla rapida mutevolezza del contesto economico.

È principalmente a causa di ciò che si assiste ad una tendenziale mutazione verso una forma di multilateralità che sia in grado di assicurare un superamento delle rigide procedure di modificazione dei trattati e dunque *“una maggior efficacia e semplificazione a fronte di problemi che interessano in modo sempre più simile e reciproco una pluralità di Stati”*⁴².

Come si avrà modo di apprezzare nel prosieguo della trattazione, l'OCSE ha dedicato un apposito Action Plan del Programma BEPS allo sviluppo di un apposito strumento multilaterale che sia in grado di assicurare un effettivo coordinamento tra gli Stati in tema di elusione fiscale internazionale nonché un uniforme recepimento delle raccomandazioni elaborate in seno al Progetto.

Il Programma BEPS ha segnato quindi il definitivo superamento della negoziazione bilaterale sulla base del presupposto che *“ciò che domina la scena giuridica del nostro*

⁴¹ Mi preme segnalare un conflitto interpretativo in tema di rapporto tra norme interne e pattizie tra chi sosteneva la superiorità intrinseca della previsione pattizia in virtù dell'articolo 11 della Costituzione e taluna dottrina minoritaria la quale insisteva che il conflitto andasse risolto in base al principio di specialità.

L'introduzione dell'articolo 117 della Costituzione, tramite la L. Cost 3 18 Ottobre 2001, ha risolto la disputa in favore della prima interpretazione affermando che *“la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto della Costituzione nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

La ratio di questa disposizione è senza dubbio quella di evitare la possibilità di una modifica unilaterale di norme convenzionali tramite legge ordinaria.

⁴² C. Sacchetto, *“Principi di diritto tributario europeo ed internazionale II ed.”*, G. Giappichelli Editore 2016, pag. 7.

tempo non sono le convenzioni internazionali di diritto uniforme [in quanto] l'elemento dominante è piuttosto la circolazione internazionale di modelli contrattuali uniformi"⁴³.

1.2.1 Il superamento della piramide delle fonti: il concetto di soft law

Effetto diretto del processo di globalizzazione economica è lo sviluppo di rapporti internazionali complessi nonché la nascita di aree economiche sovranazionali sempre più integrate quali a titolo esemplificativo l'Unione Europea, il NAFTA, il MERCOSUR o l'EFTA; si rende necessaria pertanto *"l'adozione di principi internazionali sostanziali [...] e procedimentali con forme sempre più integrate di cooperazione fiscale internazionale per far fronte [a tecniche sempre più raffinate di] evasione ed elusione fiscale a livello internazionale"*.⁴⁴

E' evidente infatti che l'affermarsi della globalizzazione dell'economia, testa di ponte del più ampio fenomeno di una globalizzazione che coinvolge inevitabilmente tutti i settori della società, esige per il suo corretto funzionamento un apparato giuridico che sia in grado di garantire una regolazione meno rigida e formale dei rapporti tra agenti economici e che tenda alla flessibilità e alla velocità come fine ultimo; è difatti *"il mercato che impone le regole alla politica e contesta il modo con cui la politica produce quelle regole"*⁴⁵.

Zygmunt Bauman, il più eminente sociologo del XX secolo, ha addirittura individuato nella liquidità la caratteristica principale della nostra società affermando che *"una società può essere definita liquida-moderna se le situazioni in cui agiscono gli uomini*

⁴³ F. Galgano, *"Lex mercatoria"*, il Mulino 2010, pag. 235.

⁴⁴ C. Sacchetto, *"Principi di diritto tributario europeo ed internazionale II ed."*, G. Giappichelli Editore 2016, pag. 9.

⁴⁵ AA. VV a cura di A. Somma, *"Soft law e hard law nelle società postmoderne"*, G. Giappichelli Editore 2009, pag. 31.

La citazione è tratta da R. Bin *"La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e governance"* all'interno del manuale.

*si modificano prima che i loro modi di agire riescano a consolidarsi in abitudini e procedure*⁴⁶.

Queste esigenze di opprimente speditezza, richieste soprattutto dai mercati globali e dall'odierna turbo finanza, hanno letteralmente travolto il rigido disegno dell'hard law in ambito sovranazionale ossia il classico schema di fonti giuridiche così come delineato dall'articolo 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia.

Non si pecca di esagerazione dunque quando si afferma di assistere, proprio come avviene in ambito domestico, alla destrutturazione dell'assetto delle fonti come costante all'interno del nuovo scenario economico-giuridico internazionale.

In un contesto competitivo come quello attuale infatti la caratteristica di rigidità delle classiche fonti del diritto internazionale che abbiamo sommariamente delineato nel paragrafo precedente, ed in particolare dei Trattati, mal si adatta alla rapidità di trasformazione del contesto socio economico e alla mutabilità in materia di fiscalità internazionale.

Si sviluppa dunque una sorta di “**soft law**”, che la dottrina italiana traduce come “atti quasi giuridici” o “diritto mite”⁴⁷, cioè “*una serie di atti non omogenei quanto a origine e natura che, pur privi di effetti giuridici vincolanti, risultano comunque, in vario modo, giuridicamente rilevanti*”⁴⁸.

Alla luce di tale definizione è evidente che le caratteristiche delle fonti quasi giuridiche permettono sì di rispondere alle esigenze di rapidità richieste dai mercati internazionali, ma i confini applicativi ed interpretativi della soft law appaiono labili in quanto possono spaziare “*da una accezione più ristretta e specifica [...] ad una più ampia e sfumata*”⁴⁹ alla quale può ascriversi persino una lettera o una raccomandazione da parte di un organismo sovranazionale.

⁴⁶ Z. Bauman, “*Liquid life*”, Cambridge 2005. Traduzione italiana di M. Cupellaro, ed. Laterza, Roma 2008, pag. VII-IX.

⁴⁷ Per un approfondimento più ampio della tematica riguardante il diritto mite, che esula dalla presente trattazione, si rimanda tra gli altri a G. Zagrebelsky, “*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*”, Einaudi, 1992.

⁴⁸ B. Pastore, “*Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*” in *Lavoro e Diritto*, XVII/2003, pag. 1.

⁴⁹ A. Algostino, “*La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*” in “*costituzionalismo.it*” fascicolo 3-2016, pag. 256.

Questa connotazione di precarietà dei confini giuridici impone l'analisi di due ordini di problematiche inerenti le fonti di soft law: in primo luogo il monolite della piramide delle fonti definito dall'articolo 38 dello Statuto CIG, seppur non adattabile al rapido mutamento del contesto economico, permetteva una unità di interpretazione delle norme in ambito internazionale.

La conseguenza più rilevante però deriva dal fatto che il delinarsi di un diritto transnazionale "mite" guidato da soggetti collettivi transnazionali può essere definito, soprattutto in materia fiscale, come un *"processo di progressiva erosione della sfera della regolazione autoritativa, formale e costituzionale, in favore di strumenti di normazione flessibile, atipica e concertata, che si pongono ai margini del perimetro di operatività del principio di legalità e che rischiano, in definitiva, di minare (paradossalmente) proprio le garanzie dello Stato liberale"*⁵⁰.

Le leve di politica fiscale, così care agli Stati e viste fino a pochi decenni fa come baluardo del principio di sovranità nazionale, certamente non sfuggono alle considerazioni di cui sopra: si vedrà nel prosieguo della trattazione infatti come che le raccomandazioni contenute nei vari Action Plans elaborati dall'OCSE nell'ambito del progetto BEPS, *"pur essendo soltanto soft law, non un codice tributario internazionale"*⁵¹ volto ad evitare l'elusione fiscale internazionale, vanno ad influire in maniera determinante sulle scelte di politica fiscale dei vari Stati.

Sarà dunque indispensabile, ai fini di una corretta implementazione, valutare le modalità concrete attraverso cui gli Stati tradurranno le raccomandazioni del progetto.

*"Il risultato del progetto BEPS e delle correlate iniziative [...] dipende, come è ovvio, dall'esercizio della potestà legislativa degli Stati"*⁵² in ambito fiscale e vi è dunque il concreto rischio che *"soluzioni unilaterali e disarmoniche da parte degli Stati non*

⁵⁰ C. Deodato, *"Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?-La crisi del sistema delle fonti"* pubblicato sul portale Giustizia Amministrativa il 29 Aprile 2016, pag.2.

⁵¹ M. Lagarden, *"New Transfer Pricing Documentation Requirements for companies: Routes to Simplification?"* in International Transfer Pricing Journal, Vol. 23 n.1 2016, pag. 53.

⁵² C. Sacchetto, *"Principi di diritto tributario europeo ed internazionale II ed."*, G. Giappichelli Editore 2016, pag. 53.

saranno sufficienti e anzi potrebbero peggiorare lo stato delle cose”⁵³ costituendo la più classica delle vittorie di Pirro.

1.3 International Tax Avoidance: Aggressive Tax Planning, Tax Arbitrage e Corporate Social Responsibility

Prima di proseguire con l’analisi peculiare riguardante le caratteristiche e le modalità di implementazione del progetto BEPS nel prossimo capitolo, la completa comprensione della tematica non può prescindere da una cognizione, seppur per sommi capi, delle specificità legate alla fenomenologia dell’elusione fiscale in ambito internazionale e delle relative conseguenze.

L’elusione⁵⁴ fiscale consiste nella minimizzazione dell’obbligazione tributaria attraverso l’abuso di opportunità di programmazione previste dalla legge; appare evidente dunque “*come non sia la forma in sé stessa che produce il fenomeno, ma l’impiego distorto che ne viene fatto*”⁵⁵ dal momento che l’operazione elusiva si avvale di un’architettura giuridica da considerarsi perfettamente conforme all’ordinamento ma che è contraria al cosiddetto “*spirit of the law*”⁵⁶.

È proprio questo il motivo per cui, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo della trattazione, non è possibile contrastare adeguatamente l’elusione fiscale attraverso

⁵³ OECD, 2014, “*Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting-Public Comments Received*”, pag. 12.

⁵⁴ Mi si permetta una piccola digressione sul significato letterale di elusione che deriva dall’etimo latino “*ex ludere*” che significa propriamente “prendersi gioco” nel nostro caso appunto dell’Amministrazione Finanziaria. Già dall’etimologia della parola è possibile apprezzare l’attitudine da parte dei contribuenti, se vogliamo pienamente legittima, a minimizzare l’obbligazione tributaria attraverso una lecita pianificazione fiscale.

⁵⁵ P.M. Tabellini, “*L’elusione fiscale*”, A. Giuffrè 1988, pag.20.

⁵⁶ Appare evidente l’antitesi idiomatica tra interpretazione letterale e sistematica della norma tributaria.

La nozione di elusione fiscale rinvia infatti a due possibili interpretazione della disposizione fiscale: una interpretazione letterale o formalistica per la quale l’operazione elusiva non è imponibile, ed un’interpretazione sostanziale e non letterale, in base alla quale il fatto elusivo deve essere assoggettato ad imposizione.

norme specifiche riferite alla forma giuridico-contrattuale delle tecniche di pianificazione poste in essere dalle imprese dal momento che queste, nella maggior parte dei casi, sono pienamente conformi all'ordinamento e meritevoli di tutela; molto più efficaci risultano essere le cosiddette norme generali anti abuso in forza delle quali si dispone di ignorare fiscalmente operazioni, o serie di operazioni economicamente connesse tra di loro, non genuine cioè poste in essere *“allo scopo principale [...] di ottenere un vantaggio fiscale che è in contrasto con l'oggetto o la finalità del diritto fiscale applicabile”*⁵⁷.

La conformità all'ordinamento giuridico dell'operazione elusiva è anzi la discriminante fondamentale tra evasione ed elusione fiscale anche se gli effetti dei due comportamenti possono essere assimilabili tanto che alcuni addirittura sostengono che *“la sola caratteristica che differenzia l'elusione dall'evasione fiscale è lo spessore delle sbarre di una prigione”*⁵⁸.

Nel contesto di fiscalità internazionale il tema dell'elusione fiscale e le conseguenze che ne derivano sono probabilmente maggiormente avvertiti rispetto ad un piano esclusivamente domestico dati i potenziali effetti negativi che i comportamenti delle imprese, soprattutto delle multinazionali la cui struttura organizzativa trascende i confini territoriali, possono avere a livello di equilibrio macroeconomico nonché in termini di impatto sulle finanze nazionali, sugli investimenti esteri e sulla sostenibilità generale dei processi di sviluppo economico.

Si può affermare che l'effetto delle tecniche elusive attuate da imprese multinazionali minaccia due dei capisaldi principali del diritto tributario internazionale in quanto impedisce *“una tassazione equa delle attività economiche [...] e l'eliminazione delle distorsioni fiscali nella tassazione degli investimenti internazionali”*⁵⁹.

⁵⁷ Così recita l'articolo 6 della Direttiva 2016/1164 adottata dal Consiglio europeo il 20 Giugno 2016. Si tratta della così definita Anti Tax Avoidance Directive (ATAD I).

⁵⁸ Massima tratta da un discorso di Denis Healey, Cancelliere dello Scacchiere inglese dal 1974 al 1979. Il discorso è reperibile in *“The Economist”* Volume 354/2000 pag.186.

⁵⁹ A. Dragonetti, V. Piacentini, A. Sfondrini, *“Manuale di fiscalità internazionale VII ed”*, IPSOA 2016, pag. 3.

Il fenomeno dell'erosione della base imponibile per effetto di tecniche di traslazione di profitti a livello transnazionale, solo una delle possibili tecniche elusive concretizzabili da parte di imprese multinazionali, è dunque al centro dell'interesse delle istituzioni internazionali per le sue strette connessioni con il concetto di **aggressive tax planning**. Per tecniche di pianificazione fiscale aggressiva si intende una programmazione riguardante la posizione fiscale dell'impresa che, seppur tollerabile da un punto di vista giuridico, è in grado di condurre a conseguenze indesiderate sul piano del gettito tributario.

L'elaborazione di tecniche finalizzate all'ottimizzazione del carico fiscale, quali a titolo esemplificativo la gestione a livello di gruppo delle risorse finanziarie nonché l'allocazione delle diverse fonti di reddito e la localizzazione delle diverse branch nei vari paesi di operatività del gruppo, fanno parte a pieno titolo del novero di possibili scelte a disposizione delle imprese⁶⁰.

Si tratta infatti di comportamenti rientranti a tutti gli effetti nella libertà di orientare le decisioni imprenditoriali al fine di creare, nel modo più efficace ed efficiente, valore per gli stakeholders anche in virtù di considerazioni di carattere esclusivamente fiscale⁶¹.

Il limite alla libertà di pianificazione fiscale da parte dei contribuenti risiede, se si vuole, nella necessaria coerenza sistematica delle scelte di programmazione con l'ordinamento tributario: l'impresa infatti non dovrebbe perseguire come unico fine quello di ridurre in modo significativo il livello di imposizione sul reddito con modalità che, seppur legittime nella forma, appaiono non coerenti con i principi di fiscalità internazionale⁶².

A tal riguardo è doveroso menzionare inoltre il concetto, elaborato dalla dottrina aziendalistica, di "**Corporate Social Responsibility**" (CSR); i sostenitori di tale teoria

⁶⁰ E. J. Bartelsman, R. Beetsma in "*Why pay more? Corporate tax avoidance through transfer pricing in OECD countries*", Tinbergen Institute Discussion Paper 2000-054/2 reperibile al sito www.tinbergen.nl sostengono, analizzando l'evoluzione della politica del Gruppo BMW tra il 1988 ed il 1992, che il carico fiscale sostenuto dal Gruppo in Germania nel periodo analizzato sia passato in modo pienamente conforme all'ordinamento dall'88% al 5% in quanto, per stessa ammissione del Direttore finanziario, l'impresa "*ha provato a spostare i costi dove le tasse erano più alte ovvero in Germania*".

⁶¹ Si veda a titolo esemplificativo la sentenza C-196/04 Cadbury Schweppes.

⁶² A. Contrino, "*BEPS: Is International Tax Planning Over?*" in Tax Notes International, Vol. 75/2014 n. 10, pag. 842 esorta a non colpevolizzare i grandi gruppi multinazionali per il solo tentativo di minimizzare il carico impositivo ma di "*indagare se le operazioni siano poste in essere con l'unico scopo di ridurre il carico fiscale a livello di gruppo*".

affermano che *“un’impresa può essere definita responsabile sotto il profilo economico e sociale [...] nel momento in cui sceglie di includere nel quadro decisionale che presiede alle pratiche di gestione [...] norme, clausole, suggerimenti e divieti spesso di natura morale e non giuridica contenuti negli accordi e nelle Convenzioni internazionali”*⁶³.

L’idea di CSR si basa su una moderna cultura d’impresa che considera l’attenzione all’aspetto sociale non come un freno allo sviluppo del business ma piuttosto come un fattore di competitività e di efficienza dal momento che *“il progressivo ampliamento del tradizionale ruolo ricoperto dalle imprese conferma che il fine economico, da solo, non può più esaurire la funzione di un’organizzazione aziendale”*⁶⁴.

Appare evidente che se le considerazioni in termini di efficienza economica delle tecniche di pianificazione fiscale fossero subordinate ad analisi di carattere etico, il problema dell’elusione fiscale non avrebbe ragione d’essere dal momento che la conformità delle strategie fiscali allo *spirit of the law* porterebbe le imprese ad abbandonare strategie fiscali le quali, seppur formalmente lecite, non risultano eticamente genuine.

È di fondamentale importanza dunque, alla luce delle considerazioni di cui sopra, che le raccomandazioni previste nell’ambito del Progetto BEPS consentano di raggiungere una convergenza tra *“l’esigenza dell’impresa multinazionale di ottimizzare la variabile fiscale mediante il perseguimento di un legittimo risparmio di imposta e quella delle Amministrazioni fiscali di evitare la perdita di materia imponibile per effetto di fenomeni di tax planning aggressivo”*⁶⁵.

⁶³ L. Gallino, *“Prospettive della responsabilità sociale delle imprese. Il contesto internazionale, le aree di intervento”*, relazione presentata al forum “Multi-stakeholder” sulla responsabilità sociale delle imprese, promosso dal Ministero per la Solidarietà Sociale, Roma, 19 Dicembre 2007, pag.10.

⁶⁴ L. Bagnoli, *“Responsabilità sociale e modelli di misurazione”*, Franco Angeli Editore, 2010, pag. 28.

⁶⁵ P. Valente, *“Rapporto OCSE 2011: tax planning aggressivo e legittimo”* in Corriere Tributario 28/2011 pag. 2304.

In conclusione va osservato che una delle tecniche di pianificazione fiscale aggressiva maggiormente utilizzate da parte delle grandi imprese multinazionali sono senza dubbio quelle di **tax arbitrage**.

In sede dottrinale il fenomeno, inquadrato in una dimensione transnazionale, viene definito come *“il tentativo di conseguire, attraverso una o più operazioni, vantaggi scaturenti dalle differenze fra sistemi fiscali di diversi Paesi”*⁶⁶; è evidente come tale fenomeno, connesso soprattutto come si vedrà nel capitolo terzo ad una difforme qualificazione giuridica di strumenti ibridi tra ordinamenti fiscali, si pone come presupposto di situazioni di doppia non imposizione internazionale.

E' proprio da questa definizione che emerge la non contrarietà ad alcuna norma tributaria, nazionale o internazionale, di talune operazioni di aggressive tax planning attuate dalle imprese multinazionali dal momento che gli spazi di manovra vengono “legalizzati” dal mancato coordinamento tra normative nazionali e dalla mancanza di standard condivisi a livello sovranazionale.

Il problema fondamentale è proprio questo: *“non è che le imprese stanno violando la legge ma il problema è che l’ordinamento è così malamente concepito da consentire agli operatori economici che hanno avvocati e contabili abbastanza spregiudicati di evitare responsabilità fiscali a cui i cittadini e le piccole imprese non possono sottrarsi”*⁶⁷.

Va considerato inoltre che il comportamento fiscale delle imprese *“dipende da standard e valori imposti dal contesto culturale che direttamente influenzano il comportamento e l’etica del contribuente”*⁶⁸: la problematica dell’elusione fiscale, soprattutto in un contesto transnazionale, non è imputabile totalmente al comportamento delle imprese multinazionali; si tratta di un fenomeno negativo derivante da un pluralità di fattori, non ultimo l’eccessivo laissez-faire delle Amministrazioni Finanziarie.

⁶⁶ L. Dell’Anese, *“Tax Arbitrage and the Changing Structure of International Tax Law”*, EGEA 2016, pag.67.

⁶⁷ Tratto dal discorso del Presidente Barack Obama “Remarks by the President on the Economy” del 5 Aprile 2016.
Il discorso complete è reperibile al sito:
<https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/04/05/remarks-president-economy-0>.

⁶⁸ M.Carmody, *“Ethics and Taxation”*, Speech to the Edmund Rice Business Ethics Forum, Sidney 28 Ottobre 1999, pag.2.

CAPITOLO 2

IL PROGETTO BEPS

Come già si è intuito dall'analisi dell'evoluzione storica dei paradigmi del diritto tributario internazionale, le conseguenze negative per le Amministrazioni Finanziarie riconducibili all'erosione di base imponibile attribuibile alla delocalizzazione di materia imponibile verso regimi fiscali privilegiati, anche tramite tecniche di aggressive tax planning, non sono certo una tematica recente nel panorama di fiscalità internazionale. Già nel 1961 il presidente americano J.F. Kennedy, dimostrando una lungimiranza invidiabile e anticipando di mezzo secolo i casi odierni di cronaca fiscale e le problematiche di cui oggi ampiamente si discute, affermava che *“recently more and more enterprises organized abroad by American firms have arranged their corporate structures [...] 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”*⁶⁹.

Solo successivamente alla crisi economico finanziaria deflagrata nel 2007, per i motivi che si tenterà di approfondire nel presente capitolo, i governi dei Paesi industrializzati hanno tentato di pervenire ad un sistema di soluzioni che fosse in grado di colmare le lacune presenti nel sistema di fiscalità internazionale cercando di raggiungere due obiettivi fondamentali: in primo luogo evitare che i profitti delle grandi imprese strutturate a livello globale potessero essere dirottati in contesti a bassa o nulla tassazione senza tener conto del luogo in cui effettivamente fosse avvenuta la creazione di valore.

L'obiettivo principale del Progetto appare pertanto quello di ricollegare indissolubilmente l'imposizione e il processo di riscossione del tributo al luogo in cui si colloca la sostanza economica delle operazioni.

In seconda battuta l'OCSE ha voluto evitare, come ammoniva il presidente Kennedy, che le manifestazioni di ricchezza delle imprese potessero sfuggire ad imposizione fiscale sia nel luogo di produzione che di residenza fiscale.

⁶⁹ Kennedy J.F., *“Special Message to the Congress on Taxation”* (20 Aprile 1961) reperibile in www.presidency.ucsb.edu

In questo capitolo dell'elaborato cercherò inizialmente di presentare una sintetica cronistoria riguardante i prodromi e le fasi fondamentali che hanno condotto alla nascita e allo sviluppo del più imponente piano di riforma dei principi di fiscalità internazionale mai intrapreso nonché alla formulazione delle 15 azioni finali del Programma; ci si concentrerà poi sull'analisi dei lineamenti e delle caratteristiche principali del Progetto BEPS andandone ad analizzare in particolar modo le criticità.

2.1 Breve cronistoria del progetto BEPS

La consapevolezza della necessità di combattere le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere dalle imprese multinazionali, individuandone i diversi profili critici e condividendo a livello internazionale le necessarie misure di contrasto, è emersa per la prima volta alla riunione dei leader del G20 tenutosi tra il 18 e il 19 Giugno 2012 a Los Cobos (Messico).

Al termine della due giorni di lavori del summit infatti, i leader affermarono congiuntamente *“we reiterate the need to prevent base erosion and profit shifting and we will follow with attention the ongoing work of the OECD in this area”*⁷⁰.

Il coinvolgimento esplicito all'OCSE non tardò ad arrivare: i ministri delle finanze del G20, riunitisi il 5 e 6 Novembre dello stesso anno, affidarono proprio all'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico il mandato ufficiale ad approfondire la tematica dell'elusione fiscale da parte delle imprese multinazionali e gli effetti sul sistema economico mondiale della delocalizzazione dei profitti.

Le prime critiche degli operatori e della dottrina riguardarono proprio il soggetto politico incaricato dell'analisi: non sono privi di fondamento infatti i dubbi di alcuni studiosi i quali videro nell'attribuzione all'OCSE del mandato di riforma dei principi cardine di fiscalità internazionale il primo dei tanti punti interrogativi sulla positiva conclusione del progetto BEPS.

⁷⁰ *“Dichiarazione dei leaders del Summit G20 di Los Cobos”* punto 48.

Reperibile al seguente sito:

<http://bancadati.italialavoro.it/bdds/ViewScheda.action?product=DOCUMENTA&uid=21cae1f-8221-4a0d-a3e2-9ebdeea0d1e6&title=scheda#>

La tardiva scoperta del fatto che le regole sulla tassazione dei profitti transnazionali non avessero tenuto il passo con l'evoluzione del contesto economico è difatti attribuibile proprio all'OCSE che, in seguito al fallimento dell'esperienza della Lega delle Nazioni nel 1946, si sarebbe dovuta far carico dell'aggiornamento della disciplina fiscale nel contesto internazionale di cui da allora è custode.

Tale riluttanza dell'Organizzazione alle necessarie riforme è plausibilmente da ricondurre *“al comportamento ambivalente dovuto da un lato all'apparente volontà di accrescere il proprio peso politico facendosi promotrice di standard internazionali e convergenza di politiche nazionali e dall'altro al ruolo statutario che l'Organizzazione ha sempre dato di sé di rappresentante dei paesi industrializzati che vi aderiscono”*⁷¹.

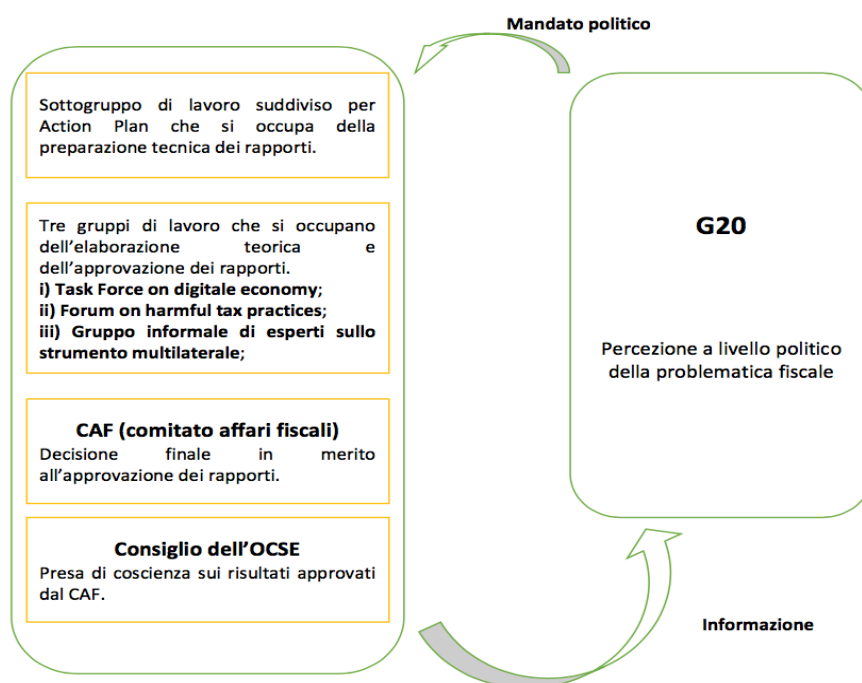


Fig.1 Schema di funzionamento del processo decisionale in seno al progetto BEPS.⁷²

Il Progetto BEPS è integralmente condotto in seno all'OCSE sotto la direzione del Comitato degli Affari Fiscali il quale approva i rapporti definitivi.

Le attività di ricerca sono ripartite tra i diversi gruppi e sottogruppi di lavoro suddivisi per tematica.

⁷¹ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 62.

⁷² Rielaborazione personale tratta dal sito istituzionale dell'Organizzazione: <http://www.oecd.org/italy/>

Il primo documento prodotto dall'OCSE riferibile al problema BEPS venne pubblicato il 12 febbraio 2013: si tratta del rapporto *Addressing Base Erosion and Profit shifting* nel quale si assunse la consapevolezza di come i principi fiscali accolti a livello internazionale, derivanti da un assemblaggio delle best practices dei diversi ordinamenti nazionali in particolare di quello statunitense, non fossero stati in grado di tenere il passo con la creazione di nuovi scenari macro economici derivanti dal processo di globalizzazione economica, dall'internazionalizzazione delle strutture organizzative delle imprese nonché dall'avvento del commercio digitale: si prese dunque atto di una situazione in cui norme ormai anacronistiche regolavano un'economia "nuova".

A tale rapporto fece seguito l'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* presentato in occasione del G20 tenutosi a Mosca il 19 e 20 Luglio 2013 le cui 80 pagine individuarono per la prima volta un piano d'azione articolato in 15 misure volto ad analizzare ed affrontare su scala globale le varie tematiche inerenti l'elusione fiscale a livello internazionale.

I temi sui quali i gruppi di lavoro OCSE si sono concentrati con maggiore attenzione riguardano innanzitutto l'eliminazione delle asimmetrie che generano opportunità di arbitraggio; ci si è poi concentrati sulla necessità di garantire l'equilibrio tra imposizione nello Stato di residenza e della fonte con particolare riferimento all'economia digitale: non va trascurato infatti che *"il progetto BEPS sia in gran parte diretto, sebbene non esclusivamente, a produrre risultati nei confronti degli Stati della fonte che attualmente sembrano essere i più penalizzati dai fenomeni di erosione della base imponibile e ricollocazione dei profitti"*⁷³.

L'Action Plan del 2013 conteneva l'impegno a redigere una *comprehensive action* con l'obiettivo principale di allineare gli standard fiscali internazionali per affrontare le attuali tendenze globali di business: il 5 ottobre 2015 l'OCSE pubblicò dunque la versione aggiornata e definitiva del Rapporto BEPS contenente i 15 Action Items conclusivi i quali vennero approvati successivamente dal G20 che ha conferito il benestare politico nel mese di Novembre 2015.

Il fatto che l'OCSE sia riuscita in tempi brevissimi ad ultimare la più importante revisione del sistema fiscale internazionale rappresenta una novità inconsueta: per un

⁷³ AA.VV. *"Abuso del diritto ed elusione fiscale"* a cura di E. della Valle, V. Ficari, G. Marini, G. Giappichelli Editore, Torino 2017, pag. 315.

vasto programma di riforma quale è il Progetto BEPS è stata seguita una road map a dir poco stringente; basti pensare al fatto che dal G20 di Los Cobos del Giugno 2012, primo step del Programma, alle prime sottoscrizioni della Convenzione Multilaterale MLI, di cui si tratterà approfonditamente nel prosieguo ma che, come già si può anticipare, rappresenta il passo conclusivo del programma di riforma, sono trascorsi meno di cinque anni.

Le motivazioni sottese alla necessità di agire con urgenza e in modo coordinato risiedono nell'esigenza di non disperdere il clima di consenso politico da parte dell'opinione pubblica che si era creato attorno al Progetto BEPS.

Va osservato però come alcuna dottrina *“potrebbe tentare di minimizzare l'importanza del programma BEPS argomentando che la sovraesposizione mediatica di cui gode il Progetto sia meramente propagandistica e populista”*⁷⁴ da parte di quegli stessi Stati che sarebbero in grado, in considerazione delle loro forti influenze geopolitiche e delle informazioni di cui dispongono, di favorire essi stessi il mutamento dei principi di fiscalità internazionale ma che decidono di non farlo in nome di quel paradigma *dell'international competitiveness* che si andrà ad analizzare successivamente.

Altra critica alla rapidità con cui è stato condotto il Progetto BEPS risiede nella considerazione per cui l'implementazione di soluzioni disarmoniche assunte con eccessiva fretta farebbe sì che, data la forte dinamicità dei mercati che caratterizza l'attuale contesto competitivo e in considerazione dell'apparente illimitata *“fantasia fiscale”* delle imprese nella predisposizione di tecniche elusive, i problemi che si è tentato di affrontare potrebbero ripresentarsi con rinnovato vigore nel breve periodo.

Va osservato poi in conclusione che il clima euforico che si è creato attorno al Progetto, probabilmente politico ancor prima che economico, risiede nel fatto che il Programma BEPS abbia dimostrato come *“i governi siano in grado di operare congiuntamente attenendo risultati tangibili in un breve periodo di tempo”*⁷⁵.

Al fine di un completo raggiungimento degli obiettivi esplicitati però, a questa sveltezza *“sulla carta”*, deve aggiungersi una rapidità di riforma da parte dei vari ordinamenti tributari nazionali dal momento che *“il lavoro fatto per completare molti Action Items*

⁷⁴ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 11.

⁷⁵ P. Saint-Amans, R. Russo R., *“The BEPS Package: Promise Kept?”* in Bulletin for International Taxation, Vol. 70/2016, Fasc. 4, pag. 241.

*del Progetto BEPS sarà stato vano se non verranno implementati in modo rapido e coerente*⁷⁶ nei diversi contesti economici.

2.2 Alle origini del problema BEPS

*“In alcuni casi il differimento d’imposta ha reso possibile una posticipazione indefinita della tassazione [...] che fornisce un vantaggio fiscale alle imprese che operano attraverso controllate estere le quali riescono a ridurre, se non completamente eliminare, l’imposizione fiscale sia nel paese che all’estero; tale vantaggio non è ottenibile dalle imprese meramente domestiche non strutturate su scala globale”*⁷⁷.

Da questa brevissima citazione è possibile trarre due considerazioni fondamentali: in primo luogo la problematica della **doppia non imposizione**, una delle principali conseguenze delle tecniche di pianificazione fiscale aggressiva da parte di imprese multinazionali e della delocalizzazione di base imponibile che ne consegue, nonostante rappresenti una delle principali riflessioni che hanno spinto il G20 a conferire mandato all’OCSE ad intraprendere l’intero progetto BEPS non può certo dirsi una tematica recente dato che il presidente J.F.K., seppur nella sua incontestabile perspicacia, già l’aveva affrontata nel corso del suo mandato presidenziale negli anni Sessanta.

Se si vuole però, il punto focale su cui concentrare l’attenzione riguarda il fatto che le conseguenze negative in termini di gettito fiscale sono solo una parte delle problematiche derivanti dalle pratiche BEPS.

Nonostante infatti, come si è avuto modo di accennare nei paragrafi precedenti, la perdita finanziaria per il fisco dei vari Stati derivante dalle minori imposte raccolte a livello globale sia a dir poco ingente e rappresenti con ogni probabilità la scintilla che ha dato il via al Programma OCSE, di non secondaria importanza sono le considerazioni legate all’equità complessiva dei sistemi impositivi minata dalle pratiche BEPS: appare evidente infatti che il vantaggio fiscale derivante dalle pratiche di delocalizzazione su scala internazionale dei profitti sia ottenibile solo da quelle imprese la cui struttura

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ J.F Kennedy, “*Special Message to the Congress on Taxation*” del 20 Aprile 1961. Il discorso completo è reperibile al sito www.presidency.ucsb.edu.

organizzativa sia implementata su scala globale attraverso imprese controllate e collegate all'estero.

Come è possibile osservare in numerosi studi di organismi indipendenti citati dall'OCSE⁷⁸ infatti, il divario esistente tra le imposte sul reddito di impresa gravanti sulle imprese fortemente internazionalizzate rispetto al carico fiscale sostenuto da imprese di piccole dimensioni non strutturate globalmente era decisamente ampio nel momento in cui si è deciso di intraprendere il Progetto.

Se poi si considera che *“quando ad un contribuente è permesso di pagare meno del dovuto, ad un altro deve essere richiesto di pagare di più”*⁷⁹, si intuisce come sia fortemente percepita a livello sovranazionale la necessità di assicurare un equo rapporto fra il carico fiscale gravante sulle imprese multinazionali e quello affliggente la capacità contributiva delle piccole e medie imprese al fine di infondere un senso di giustizia complessivo nel sistema di fiscalità internazionale: l'esacerbazione delle pratiche BEPS consentirebbe alle imprese multinazionali⁸⁰, come è desumibile dalla figura 2 di seguito riportata, di conseguire aliquote di imposta effettive molto più basse rispetto alle ordinarie aliquote marginali.

Appare evidente come quello che dovrebbe essere un caposaldo della fiscalità internazionale, e cioè l'equità complessiva dei sistemi impositivi, non sia per nulla rispettato.

⁷⁸ In particolare si veda il rapporto OECD *“Addressing base erosion and profit shifting”*, Parigi 2013, pag. 61-63.

Il Greenlining Institute afferma inoltre che nel 2012 le prime 30 aziende high tech negli Stati Uniti d'America hanno sopportato in media un'aliquota del 23,6% nel 2009, del 19,9% nel 2010 e del 16% nel 2011 con oltre 1 trilione di dollari di profitti derivanti da tali minori imposte.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ È vero che il progetto BEPS si riferisce principalmente alle pratiche delle imprese multinazionali: la portata quantitativa degli effetti del fenomeno, con riferimento alle MNE, è senza alcun dubbio di maggior rilevanza.

Le considerazioni testé effettuate tuttavia possono essere rapportate anche ad altre categorie di contribuenti quali ad esempio i cosiddetti *“high net worth individuale”* (HNWI): ci si riferisce con questa espressione a quei soggetti persone fisiche il cui patrimonio globale netto personale supera il milione di dollari americani.

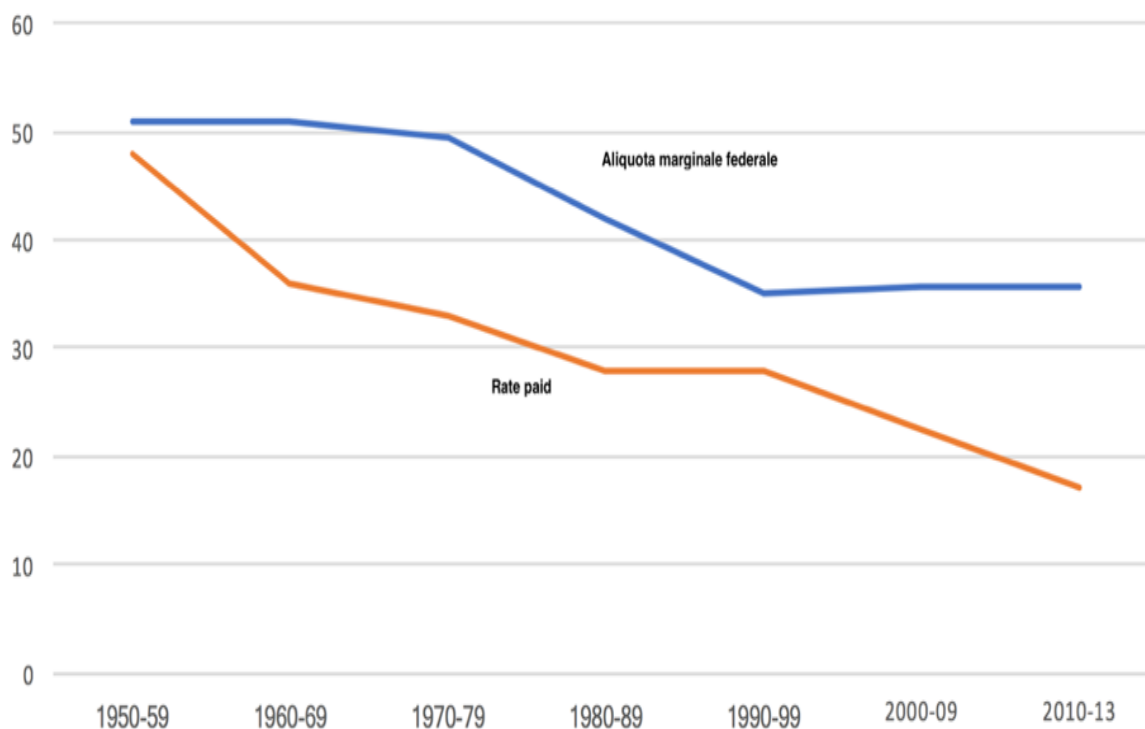


Fig.2 *Taxes on US Companies Profits %*⁸¹

Emblematici sono alcuni dati che dimostrano come “*appaia evidente che le grandi multinazionali non paghino virtualmente alcuna imposta sui propri immensi profitti aziendali*”⁸²: si notino a titolo esemplificativo le stime, ancorchè prudenziali, fornite dalla Commissione Europea riguardo al fatto che Apple abbia sopportato in Irlanda nel 2014 un’aliquota impositiva dello 0,005% a fronte dell’ordinaria 12,5%⁸³ già una delle più basse in Europa e che per il periodo 2013-2015 le imposte non raccolte a causa delle tecniche di pianificazione fiscale aggressiva attuate dalle sole Alphabet e Facebook ammontino a 5,4 miliardi di Euro.

⁸¹ Rielaborazione tratta da “*The Hidden Wealth of Nations*” by Gabriel Zucman, Chicago University Press, 2015.

⁸² M. Henn, “*Tax Havens and the Taxation of Transnational Corporations*”, Friedrich Ebel Stiftung Publishing 2013, pag. II.

⁸³ Si veda l’articolo di R. Beda, “*La Ue: Apple deve risarcire 13 miliardi per vantaggi fiscali illegali in Irlanda*” in il Sole 24 ore del 30 Agosto 2016. Si intuirà nel prosieguo della lettura il motivo per cui Apple paga le imposte riferite all’intero business europeo nella sostanza solo in Irlanda.

È riscontrabile poi come le pratiche BEPS conducano ad implicazioni negative in un'ottica di equilibrio macroeconomico generale dal momento che *“i paesi ad elevata imposizione ottengono quote sproporzionatamente basse di reddito mondiale delle imprese multinazionali se comparate alle quote di impiego di personale, asset o fatturato”*⁸⁴.

Tale sproporzione macroeconomica tra allocazione di asset fisici e di materia imponibile è senza alcun dubbio attribuibile ancora una volta alla diffusione del progresso tecnico dei sistemi di comunicazione e controllo facilitata dalla globalizzazione dei mercati: tale fenomeno permette *“uno sviluppo delle economie manageriali che consentono ai grandi gruppi strutturati su scala globale di svilupparsi in tutti i settori ed i luoghi geografici in cui è possibile sfruttare vantaggi fiscali”*⁸⁵ senza per questo smantellare o trasferire le strutture produttive da quei contesti economici che, seppur svantaggiosi da un punto di vista prettamente fiscale, presentano caratteristiche istituzionali a cui non è economicamente conveniente rinunciare.

Il calo dei costi e dei rischi ha contribuito infatti allo smantellamento delle frontiere geografiche per i grandi gruppi internazionali; la crescente integrazione delle economie dei vari paesi che ne consegue permette alle imprese internazionalizzate di organizzare efficacemente le proprie strutture produttive anche in virtù di considerazioni meramente fiscali facendo *cherry picking* delle legislazioni più favorevoli.

È proprio per tali motivi che l'obiettivo principale del progetto BEPS, come già si è accennato, debba essere quello di consentire un allineamento effettivo tra allocazione dei profitti e luogo geografico in cui avviene la creazione di valore in modo da scongiurare la situazione in cui vi sia una mera delocalizzazione dei profitti ed una inalterata allocazione geografica delle attività produttive e degli asset.

È necessario inoltre considerare il fatto che nonostante le decisioni allocative delle imprese siano fortemente influenzate dalle scelte riguardanti le modalità di tassazione da parte degli Stati, è palese che gli effetti negativi in termini di impatto sull'equilibrio macroeconomico siano diversificati.

⁸⁴ K.A. Clausing, *“Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy”* in National Tax Journal Vol. LXII-2009 n. 4, pag. 720.

⁸⁵ R. Avi Yonah, K.A. Clausing, M.C. Durs, *“Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split”* in Florida Tax Review, N. 5/2009, pag 504.

Non tutte le imprese multinazionali hanno infatti la stessa possibilità di modificare la localizzazione geografica delle loro strutture produttive: il motivo di tale divergenza di strategie allocative è da imputare alle caratteristiche di business e alla diversa mobilità degli assets di cui le imprese dispongono.

È evidente che gli impatti negativi a livello macroeconomico derivanti da pratiche BEPS siano imputabili per la maggior parte ai grandi conglomerati internazionali dell'high tech: questi possono più facilmente, rispetto a imprese di altri settori, delocalizzare materia imponibile all'estero in quanto non hanno la necessità, dato il carattere fortemente dematerializzato dei servizi prestati, di stabilirsi fisicamente in prossimità geografica rispetto ai propri clienti.

Secondo alcuni autori⁸⁶ le grandi multinazionali dell'high tech sono ad oggi addirittura delle vere e proprie "economie private" in grado di imporre, alle Amministrazioni Finanziarie dei Paesi in cui operano, le proprie regole e le proprie necessità economiche. Alla luce delle considerazioni testé effettuate appare chiaro perchè due degli Action Plans principali del Progetto che si andranno ad analizzare siano incentrati sulla digital economy (Action 1) e sulle transazioni finanziarie ibride (Action 2).

2.3 Circolo vizioso della *tax competition*

Le regole di fiscalità internazionale ante progetto BEPS, come si è avuto modo di asserire in precedenza, *“erano fortemente caratterizzate da una scelta binaria ed autoescludente per una tassazione nello Stato della fonte o della residenza; in tal modo solo uno Stato tra i due avrebbe vinto”*⁸⁷.

Tale impostazione concettuale non solo spingeva le Amministrazioni Finanziarie dei vari Stati a considerarsi vere e proprie concorrenti nella “competizione” volta ad attrarre materia imponibile, ma altresì ad attuare una serratissima *tax competition*.

⁸⁶ Si consideri a titolo esemplificativo G. Tremonti, *“Bugie e verità, la ragione dei popoli”*, Arnoldo Mondadori Editore, Milano 2014, pag. 13 il quale definisce i colossi del web quali vere e proprie *“repubbliche digitali”*.

⁸⁷ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 66.

Si osservi inoltre che la competizione fiscale fra Stati ha assunto connotazioni sempre più subdole e difficili da contrastare tanto che nel corso del tempo è andato facendosi via via sempre più labile il confine fra competizione legittima e competizione irregolare da parte degli Stati.

È possibile infatti ad oggi osservare come accanto ai “classici” regimi definibili come paradisi fiscali⁸⁸ si siano affiancati i cosiddetti *harmful tax regimes* cioè sistemi fiscali preferenziali i quali, pur non essendo ad essi attribuibili le caratteristiche tipiche dei tax heaven, prevedono tuttavia incentivi di tipo fiscale per determinate aree geografiche del loro territorio o per determinate tipologie di investimenti in settori strategici.

Tale competizione, meno appariscente ma senza alcun dubbio accomunabile a quella messa in atto dagli Stati paradisi fiscali, costituisce sì un facile strumento per la raccolta di risorse finanziarie ma allo stesso tempo va ad introdurre una forte distorsione di tipo macroeconomico in quanto introduce agevolazioni per le imprese strutturate globalmente a cui non possono accedere la maggior parte delle piccole imprese che non competono attraverso entità controllate o collegate all'estero.

Paradossalmente poi, effetto non trascurabile riscontrabile analizzando il fenomeno della competizione fiscale fra Stati è quello di un indebolimento della capacità complessiva di reperire risorse attraverso la tassazione preferenziale dei redditi delle imprese multinazionali.

Il beneficio incrementale in termini di gettito per le Amministrazioni Finanziarie è infatti inversamente proporzionale rispetto all'intensità della competizione fiscale a livello internazionale e al numero di Stati coinvolti.

All'aumentare della forza della *tax competition* deriva di fatti una diminuzione del gettito che va inevitabilmente compensata con un aumento degli oneri fiscali a carico dei percettori di manifestazioni di ricchezza più statiche; da tale processo conseguono effetti negativi in primis su giustizia sociale, sul livello dei servizi pubblici offerti e sugli investimenti pubblici in infrastrutture.

⁸⁸ Le rigide caratteristiche individuate dall'OCSE per identificare un regime cosiddetto “paradiso fiscale” sono nella sostanza quattro: a) carico fiscale nullo o prossimo allo zero; b) assenza di scambio di informazione con altri Paesi; c) mancanza di trasparenza legate ad esempio al segreto bancario; d) non obbligatorietà per le imprese del requisito dello svolgimento di un'attività effettiva per ottenere riconoscimento legale.

*“Va osservato infatti in ultima analisi come la tematica BEPS e in generale le sofisticate tecniche di pianificazione fiscale aggressiva messe in campo dalle multinazionali, sono il risultato diretto di tale paradigma”*⁸⁹ di fiscalità internazionale basato sulla competizione fiscale fra Stati: questa, in buona sostanza giustifica l’operato delle imprese multinazionali le quali cercano di insinuarsi nella zona grigia di legalità della normativa fiscale.

In un certo qual modo la competizione fiscale fra Stati altro non fa che allargare e allentare le maglie della legislazione fiscale all’interno delle quali si insinuano più facilmente i comportamenti elusivi e le pratiche BEPS delle grandi imprese multinazionali.

Non sarebbe tuttavia corretto demonizzare in toto il comportamento ambiguo e competitivo delle Amministrazioni Finanziarie soprattutto *“in un ambito quale è quello fiscale attraverso il quale legittimamente ciascuno Stato tende a perseguire il proprio interesse nazionale”*⁹⁰; le leve macroeconomiche di politica tributaria di cui dispongono i governi sono infatti indispensabili per la creazione di valore nel medio e lungo periodo in considerazione soprattutto del fatto che *“una diminuzione nelle aliquote fiscali da parte dell’Amministrazione non solo aumenta l’attività economica generale del Paese, ma attira anche attività da economie estere”*⁹¹.

Le scelte politiche in tema di fiscalità hanno infatti un impatto determinante sui bilanci delle economie industrializzate appesantiti, in questa fase storica, dalla crescita dei costi previdenziali, dovuta principalmente all’incremento dell’aspettativa di vita della popolazione, e dalla dispendiosità dei sistemi di welfare in generale.

La motivazione in grado di giustificare le politiche di competizione fiscale può essere altresì ricondotta al fatto che un aumento dell’imposizione sulle società, in un contesto fortemente globalizzato caratterizzato dall’elevatissima mobilità del capitale quale si presenta la situazione economica odierna, comporterebbe senza dubbio una riduzione

⁸⁹ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag 59.

⁹⁰ J. Malherbe, *“Double Taxation and National Fiscal Interests”* in Rivista di Diritto Tributario, Fascicolo 2/2015, pag. 23.

⁹¹ E.J. Bartelsman, R. Beetsma, *“Why pay more? Corporate tax avoidance through transfer pricing in OECD countries”*, Tinbergen Institute Discussion Paper, 2000, pag 2.

della redditività del capitale investito con effetti evidenti in primis sul livello degli investimenti esteri e sulla produttività complessiva del sistema economico.

2.4 Lineamenti caratteristici del Progetto BEPS

Nell'incipit del paragrafo 2.2 si è osservato come le conseguenze connesse alle politiche di aggressive tax planning poste in essere da parte di grandi imprese strutturate su scala globale, ed in particolare alle pratiche BEPS, non siano certo problematiche recenti nel panorama di fiscalità internazionale.

Sorge dunque spontanea la questione del perché si sia preso atto della inefficacia dei meccanismi del diritto tributario internazionale a prevenire fenomeni elusivi e si sia deciso, a livello politico soprattutto, di dare avvio al progetto BEPS solo a partire dal 2012.

Già dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso alcuna autorevole dottrina⁹² aveva avanzato l'ipotesi di una sorta di *international tax regime* basato su una moderna concezione, che appare scontata ma la cui applicazione risulta assai difficoltosa, di *single tax participle*: un elemento di reddito dovrebbe essere tassato una sola volta, né di più e né di meno, con l'obiettivo principale di evitare le antitetiche problematiche sia della doppia imposizione che della less than single taxation.

Tralasciando le considerazioni⁹³, marginali ai fini della presente trattazione, sulle possibili contestazioni teoriche all'implementazione tecnico pratica di un *international tax regime* che anche nell'ambito del progetto BEPS potrebbero assumere rilevanza, verosimilmente i tempi però non erano ancora maturi affinché le azioni dei policy makers fossero rivolte alla creazione di un unico regime fiscale internazionale: in primis l'assenza di un'obbligazione internazionale al coordinamento della normativa fiscale faceva apparire come inevitabile la proliferazione di fenomeni di differimento fiscale e

⁹² Si rimanda tra gli altri a H.J. Ault, "The Importance of International Cooperation in Foreign Tax Policy" in Brooklyn Journal of International Law, n.26-2001, pag. 1693.

⁹³ Si consideri ad esempio J. Roin, "Taxation Without Coordination", in Journal of Legal Studies 31/2001, pag.61 in cui l'autrice afferma che, "nonostante un'armonizzazione fiscale sia auspicabile, è d'obbligo effettuare considerazioni di ordine economico oltre a quelle di natura meramente fiscale".

doppia non imposizione; in secondo luogo poi, come già si è avuto modo di accennare, la colpa del procrastinamento dei processi di riforma va attribuito al comportamento ambivalente dell'OCSE la quale ha frenato il necessario processo di trasformazione dei principi di fiscalità internazionale in un momento storico in cui al contrario doveva apparire evidente *“come la pianificazione fiscale aggressiva da parte delle multinazionali, e la conseguente delocalizzazione del reddito verso Paesi a bassa fiscalità fosse un fenomeno globale che, in quanto tale, non poteva essere combattuto a livello di singolo Stato”*⁹⁴.

La drastica inversione di tendenza nel panorama di fiscalità internazionale non può essere semplicisticamente attribuita *“all’evoluzione dei modelli operativi che ha comportato [non solo] il bisogno per le imprese di implementare nuove strategie su scala globale volte a minimizzare i costi tra cui le imposte”*⁹⁵ ma soprattutto un’esacerbazione della problematica BEPS; il processo di globalizzazione economica, che avrebbe dovuto dare avvio al progetto di riforma del diritto internazionale tributario, ha avuto inizio infatti almeno a metà degli anni Cinquanta quando ancora il sistema di fiscalità internazionale era imperniato su un approccio di riforma ad hoc e per singole problematiche.

La spinta definitiva alla nascita di un Programma onnicomprensivo e olistico come quello a cui si è dato avvio con il progetto BEPS deriva al contrario dallo scoppio della crisi economica del 2007 che ha avuto la conseguenza non trascurabile di smuovere gli animi dell’opinione pubblica *“fornendo una percezione di urgenza al progetto BEPS e una notevole visibilità a livello politico sui fallimenti delle regole sulla tassazione delle imprese multinazionali che non sono state in grado di adeguarsi alla realtà dei moderni contesti economico-finanziari”*⁹⁶

L’opinione pubblica, soprattutto in un momento di sconvolgente crisi economica, è divenuta infatti molto più sensibile alle ingiustizie dei sistemi impositivi nel sospetto

⁹⁴ A. Contrino, *“Brevi Osservazioni Sulla (In)Efficacia Delle Attuali Azioni di Contrasto Alle Politiche Fiscali di Delocalizzazione del Reddito”*, Heinonline Bocconi legal papers 2016, pag.46.

⁹⁵ OECD, 2013, *“Addressing Base Erosion and Profit Shifting”*, OECD Publishing, Paris.

⁹⁶ H.J. Ault, W. Schon, S.E. Shay, *“Base Erosion and Profit Shifting: a roadmap for reforms”* in Bulletin for International Taxation , Volume 68/2014, N°.6/7, pag. 275 e ss.

che “le imprese più ricche finiscano per ottenere vantaggi sempre più grandi senza contribuire alla crescita”⁹⁷ del contesto economico nel quale effettivamente producono valore.

L’approccio di revisione intrapreso dall’OCSE ha coinvolto infatti non solo i rappresentanti degli Stati ma altresì rappresentanti dell’opinione pubblica e operatori economici i quali sono stati chiamati ad intervenire attivamente nella discussione delle bozze via via presentate dall’OCSE; va considerato come “in numerose occasioni l’input degli stakeholder sia stato di notevole importanza specialmente alla luce del ritmo incalzante del Progetto BEPS”⁹⁸

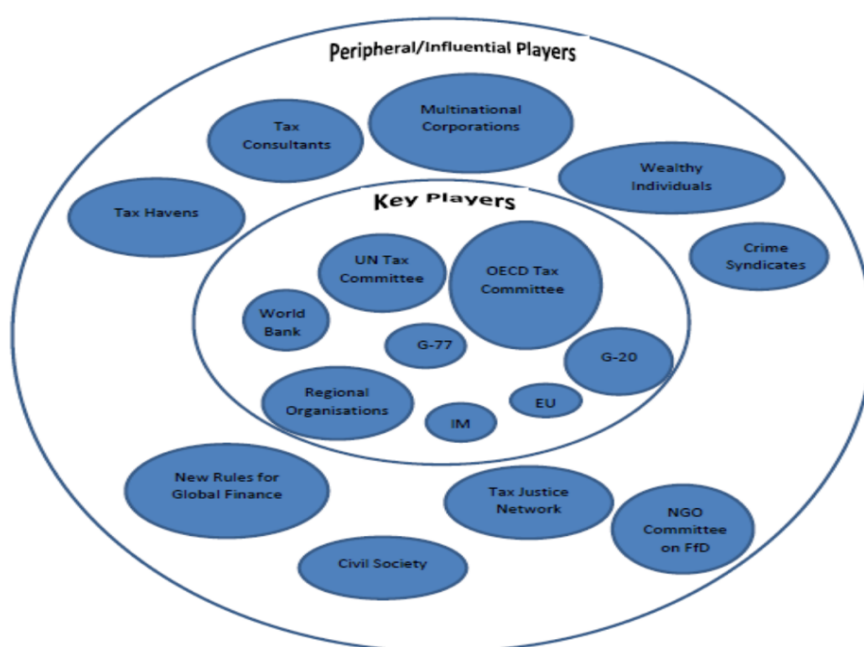


Fig.4 Diagramma stakeholders Progetto BEPS⁹⁹

⁹⁷ F. Gallo, “Ancora in tema di uguaglianza tributaria” in Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Fasc. 4/2013, pag. 327.

⁹⁸ P. Saint-Amans, R. Russo, “The BEPS Package: Promise Kept” in Bulletin for International Taxation, Vol. 70/2016 Fasc. 4, pag 236.

⁹⁹ Il diagramma è tratto dalla presentazione di Kerrie Sadiq Professor of Taxation, QUT Business School Brisbane, Australia, tenuta presso l’Università degli Studi di Ferrara, facoltà di giurisprudenza, il 22 Settembre 2017.

La maggiore attenzione dell'opinione pubblica verso le questioni di diritto tributario internazionale, ed in particolar modo a quelle inerenti i comportamenti fiscali delle imprese multinazionali, è probabilmente riconducibile al fenomeno di competizione fiscale fra Stati di cui si è discusso in precedenza.

Come è facile intuire dalla figura sottostante infatti ciascuno Stato, al fine di acquisire quote di mercato nei confronti dei “concorrenti Stato” esteri e piegandosi al paradigma della tax competition, sia costretto ad abbattere, quantomeno in via transitoria, le aliquote sulla parte mobile della materia imponibile come ad esempio i redditi derivanti da investimenti in tecnologia o i redditi da capitale, rispetto a quelle sulla parte meno mobile quale a titolo esemplificativo i redditi da lavoro dipendente.

Un sistema in tal modo concepito non poteva certamente reggere nel lungo periodo, quantomeno in una prospettiva sociale e politica, se non altro perché *“una crescita fondata su diseguaglianze crescenti destabilizza l'economia, riportando indietro il livello di benessere dell'intera popolazione”*¹⁰⁰.

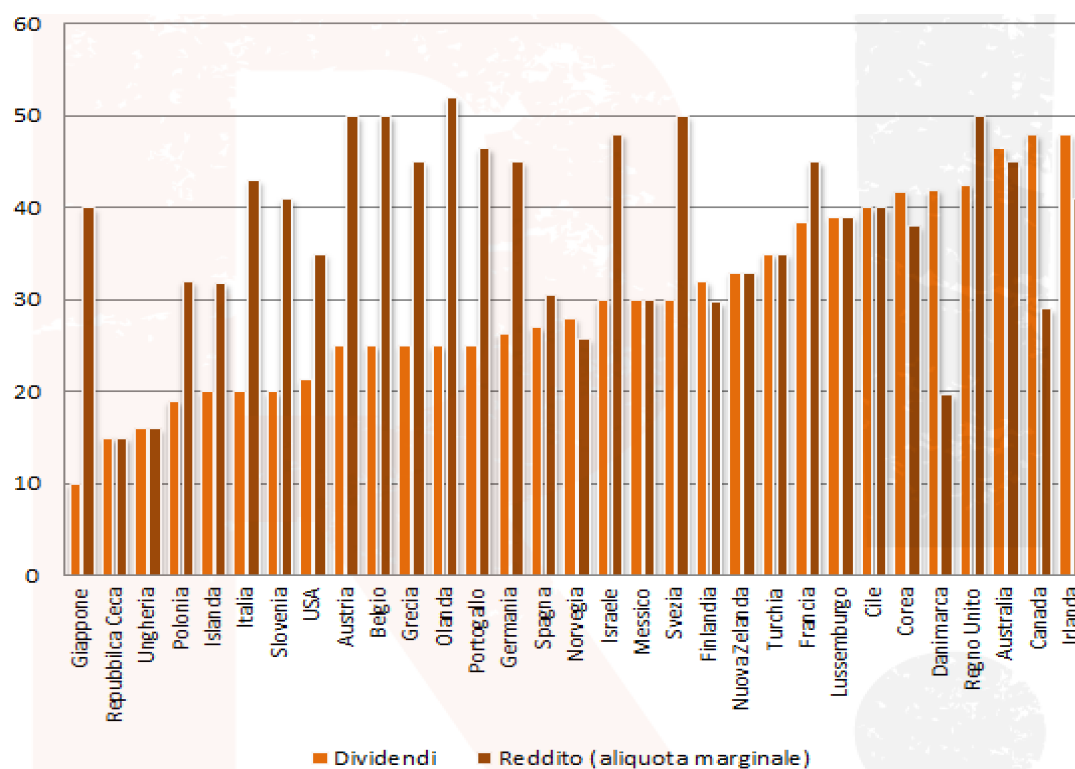


Fig. 3 Aliquote marginali su dividendi e redditi¹⁰¹

¹⁰⁰ Ibidem pag. 323.

¹⁰¹ Rielaborazione personale tratta dal sito istituzionale dell'Organizzazione: <http://www.oecd.org/italy/>

Da un'attenta opinione pubblica è dunque percepito come fortemente iniquo l'aumento dei carichi impositivi sui redditi da lavoro a fronte del calo drastico delle aliquote sulle grandi imprese multinazionali le quali sono in grado, con operazioni border line collocabili nella cosiddetta "zona grigia di legalità", di trasferire la quota maggioritaria dei loro profitti in contesti a fiscalità privilegiata non contribuendo alla crescita del sistema Paese.

2.5 Gli Action Plan definitivi

Viene presentata di seguito la classificazione¹⁰² ufficiale proposta dall'OCSE dei 15 Action Plan definitivi del Progetto BEPS.



Fig.5 Classificazione OECD Action Item progetto BEPS.¹⁰³

¹⁰² Per completezza espositiva mi preme precisare che, oltre a quella proposta dall'OCSE, altre classificazioni sono state presentate in dottrina.

Si rammenta quella esposta da Y. Brauner, "What the BEPS?" in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 69 nella quale le 15 azioni vengono suddivise in quattro categorie: action items generali, "veri" action item, action items sul transfer pricing, action items di supporto ed elementi chiave trasversali.

¹⁰³ Immagine tratta dalla presentazione di Melinda Brown, TP Senior Advisor presso l'OCSE, in occasione della Mazars International Tax Conference tenutasi a Londra il 13 Ottobre 2016.

Dalla catalogazione sopra riportata è evidente la volontà dell'OCSE di presentare un progetto unitario la cui efficacia globale dipende in primis dall'interazione delle diverse raccomandazioni.

Per la prima volta infatti si è optato per un approccio olistico alla riforma dell'architettura giuridica del diritto tributario internazionale in luogo dell'approccio per tematiche ad hoc.

La ratio perseguita è palese: la forte interdipendenza tra le diverse tematiche di fiscalità internazionale obbliga ad un approccio interdipendente.

Lo schema OCSE si basa essenzialmente su tre filoni tematici:

- i. ***Coherence***: da questo filone discendono quelle azioni attinenti alle pratiche BEPS derivanti dalla non perfetta armonia dei sistemi nazionali;
- ii. ***Substance***: dal momento che l'obiettivo principale del progetto BEPS è quello di rapportare l'imposizione al luogo dove effettivamente avviene la creazione di valore, uno dei pilastri fondamentali del programma altro non può essere che quello riguardante la sostanza economica delle operazioni.

Tale filone tematico ricomprende tutte quelle raccomandazioni volte a contrastare operazioni elusive che sfruttano la difficoltosa valutazione da parte delle varie Amministrazioni Finanziarie delle operazioni poste in essere dalle imprese;

- iii. ***Transparency***: da questo filone tematico discendono tutte quelle previsioni volte ad accrescere la trasparenza nei rapporti fisco contribuente.

Come è facile notare anche graficamente, gli Action Plan 1 e 15 riferiti rispettivamente all'economia digitale e all'implementazione di uno strumento multilaterale, data la loro natura di trasversalità, costituiscono la base dell'intero schema.

Nei successivi paragrafi verranno analizzati concisamente i 15 Action Plan finali del progetto BEPS al fine di una migliore comprensione possibile dei pregi e dei difetti delle previsioni ivi esposte: per una scelta di carattere meramente espositivo i diversi item verranno presentati secondo l'ordine previsto dalla numerazione fornita dall'OCSE.

Ovviamente, dal momento che rappresentano la tematica centrale del presente elaborato, l'analisi delle raccomandazioni previste dall'Action Plan 2 dedicato agli hybrid mismatch arrangements e dall'Action Plan 4 incentrato sull'erosione di base imponibile

attraverso deduzione di interessi e altri pagamenti finanziari, saranno presi in considerazione approfonditamente nel capitolo terzo.

2.5.1 Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy

Non stupisce affatto, alla luce soprattutto del ruolo centrale che rivestono le multinazionali dell'information and communication technologies nel processo di globalizzazione economica che caratterizza l'attuale contesto competitivo, che il documento d'apertura del progetto BEPS sia dedicato alla necessità di affrontare le sfide fiscali inerenti l'economia digitale: l'ICT cambia profondamente le modalità di fare business per le imprese e di conseguenza diviene necessario adeguare le metodologie di imposizione fiscale soprattutto in considerazione della dematerializzazione dei servizi offerti e della conseguente difficoltà nel determinare a quale giurisdizione nazionale spetti il diritto impositivo.

Le proposte formulate in seno al progetto BEPS in tema di economia digitale, come sarà possibile notare nel prosieguo della trattazione, si intrecciano con i temi oggetto di altre azioni quali ad esempio la definizione di stabile organizzazione e le norme sulla tassazione delle controllate estere: intreccio che sta senza dubbio a simboleggiare la necessità percepita da parte dell'OCSE di attuare un approccio onnicomprensivo e multidisciplinare alle principali disfide odierne nel campo di fiscalità internazionale.

Attenta dottrina¹⁰⁴ osserva che il superamento delle sfide fiscali legate all'economia digitale costituisce il pilastro fondamentale su cui si basa l'intero progetto BEPS anche e soprattutto in considerazione dell'importanza che i beni immateriali e gli intangibles rivestono all'interno del panorama economico internazionale come fonte di ricchezza.

Attualmente anche a livello politico la questione è percepita come di primaria importanza: i governi di Italia, Francia, Spagna e Germania in un documento congiunto

¹⁰⁴ Si segnala su tutti D. Spencer, "OECD BEPS Project: Transfer Pricing (Part 1)" in *Journal of International Taxation*, Vol. 11/2013, pag. 25.

L'autore, nell'individuare i capisaldi del progetto BEPS, cita appunto l'importanza sempre maggiore dei beni immateriali come fonte di valore.

del Settembre 2017¹⁰⁵ hanno affermato la necessità di una profonda revisione dell'attuale sistema di tassazione con riferimento alle digital economies.

L'OCSE riconosce in questo primo Action Item *“che la natura immateriale dei servizi forniti dalle grandi multinazionali dell'high tech ha generato sostanziali opportunità di BEPS nell'area dell'imposizione diretta”*¹⁰⁶ e propone, come obiettivo principale dell'Action Plan 1 quello di identificare le sfide fiscali poste dall'avvento dell'economia digitale sia nel campo dell'imposizione diretta che indiretta.

Il gruppo di studio che ha elaborato l'Action Item 1 riconosce che *“le attuali regole di fiscalità internazionale non sono state disegnate per l'economia digitale”*¹⁰⁷ e ribadisce la necessità di un ripensamento radicale del sistema basato sulla stabile organizzazione. Dal momento che *“tale approccio, applicato alla digital economy, determina la tassabilità di una quota molto bassa di profitti dell'e-commerce”*¹⁰⁸, è necessario infatti fare riferimento a concetti di “taxable presence” alternativi e moderni rispetto a quello classico come ad esempio la *“presenza digitale significativa”* nell'ambito dell'economia di uno Stato diverso da quello di residenza: in sostanza tale concezione permette di sganciare l'imposizione dalla presenza sul territorio di una stabile organizzazione e di rapportarla piuttosto alla portata quantitativa delle transazioni digitali concluse con i consumatori di un determinato mercato.

L'OCSE propone inoltre l'individuazione della *“stabile organizzazione virtuale utilizzando una serie di parametri puntuali ma alternativi* [rispetto ai criteri ormai anacronistici per l'individuazione della stabile organizzazione quali ad esempio la mole di informazioni raccolte in un contesto diverso da quello di residenza collegando l'imposizione al valore di queste informazioni] *in modo da formulare un nesso con il territorio e tassare quelle imprese che, benché non residenti secondo un criterio basato*

¹⁰⁵ Notizia tratta dal sito ANSA <http://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2017/09/26/web-tax-i-big-ue-chiedono-di-cambiare-il-sistema-di-tassazione.html> del 27 Settembre 2017.

¹⁰⁶ OECD *“Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report”*, in OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parigi 2015, pag.86.

¹⁰⁷ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 70.

¹⁰⁸ G. Frasoni, *“La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?”* in Rivista di Diritto Tributario, Vol.25, Fasc.2/2015, pag. 133.

*sulla stabile organizzazione, svolgono nel territorio l'attività di produzione di servizi digitali*¹⁰⁹.

Ci si chiede se questi criteri alternativi possano scoraggiare gli strategici investimenti da parte delle multinazionali della tecnologia le quali, vedendo inevitabilmente aumentare il carico fiscale, potrebbero decidere di dirottare le strategie di espansione verso contesti fiscali più favorevoli.

La risposta a tale preoccupazioni non può che essere negativa: collegando l'imposizione a criteri alternativi si potrebbero attrarre investimenti i quali non sarebbero remunerativi nel momento in cui, con i classici criteri di collegamento, scatterebbe la stabile organizzazione.

Va osservato che un approccio preso in considerazione da alcuni Stati sia anche quello di traslare il carico impositivo sul consumatore finale dei servizi digitali attraverso un'imposta sull'accesso a internet o sulla quantità di dati scaricata¹¹⁰.

È evidente che le conseguenze di una soluzione di tale portata, seppur di semplice applicazione per le Amministrazioni Finanziarie, non siano auspicabili.

In primo luogo un'imposta sull'accesso ai servizi internet sarebbe percepita, in una tematica fortemente sensibile per l'opinione pubblica, come una sorta di ostacolo alla libertà di informazione.

Una forma di imposizione fiscale così predisposta rischierebbe inoltre, questa sì, di compromettere gli investimenti previsti in infrastrutture di ultima generazione dal momento che, nonostante la forte rigidità della domanda di servizi informatici, andrebbe a disincentivare l'utilizzo di internet da parte dei consumatori.

Dalla lettura dell'Action 1, e soprattutto dei documenti successivi prodotti dall'OCSE e dalla dottrina in tema di economia digitale, emerge tuttavia una contraddizione in termini.

¹⁰⁹ C. Rigato, G. Lazzarato, "*Stabile organizzazione*", articolo del 6 Febbraio 2017 reperibile al seguente sito internet.
<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2017-02-06/stabile-organizzazione-172328.php>;

¹¹⁰ Si veda a titolo esemplificativo l'articolo di L. Veronese "*In Ungheria la prima tassa su internet: cinquanta centesimi per gigabyte*" ne ilSole24ore del 23 Ottobre 2014.

Pur premettendo, come si è visto, che le norme vigenti in tema di tassazione transnazionale delle economie digitali sono ormai inadeguate, le raccomandazioni proposte mirano a non stravolgere i principi cardine¹¹¹ della fiscalità internazionale soprattutto alla luce della considerazione per cui la fortissima dinamicità dei mercati rischierebbe di far sì che le problematiche BEPS sarebbero in grado di ripresentarsi nel breve periodo.

2.5.2 Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules

Le raccomandazioni previste in questo action plan sono tra le più importanti dell'intero progetto in un'ottica di contrasto alle pratiche BEPS.

Illustre dottrina afferma addirittura che *“se non si risolvono i problemi riguardanti le regole sulla tassazione delle imprese correlate estere, appare verosimile che il progetto BEPS non porti a risultati apprezzabili”*¹¹² sulla base della considerazione che è la competizione fiscale tra Stati in tema di CFC rules che genera la maggior parte di gaps tra legislazioni in grado di condurre al già analizzato fenomeno della doppia non imposizione.

La necessità di una radicale inversione di tendenza in tema di normativa sulle entità controllate estere è affermata, oltre che da ragioni di carattere fiscale, altresì da considerazioni di ordine macroeconomico: va osservato infatti che *“i paesi con regole CFC più stringenti possono venire a trovarsi in una situazione di svantaggio competitivo rispetto alle giurisdizioni in cui la normativa sulle imprese controllate estere si presenta più labile”*¹¹³ dal momento che i primi mercati risulterebbero fiscalmente meno attraenti per le imprese multinazionali.

¹¹¹ Ci si riferisce ai principi fondamentali sanciti in occasione dell'*Ottawa Taxation Framework Conditions* del 2001 e cioè neutralità, efficienza, certezza, semplicità, effettività, giustizia e flessibilità.

¹¹² Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 88.

¹¹³ OECD *“Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 2015 Final Report”*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015, pag 18.

Inoltre le imprese residenti in paesi con normativa CFC rigorose sarebbero economicamente meno competitive nel contesto di competizione globale rispetto ad imprese concorrenti residenti in Stati in cui la normativa è più meno stringente o addirittura assente.

Dall'analisi dell'action item 3 spicca inoltre la volontà dell'OECD di sollecitare un sforzo congiunto a livello internazionale per un'armonizzazione giuridica in tema di CFC al fine di creare *“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 simili”*¹¹⁴.

Ostacolo probabilmente insormontabile a tale processo di cooperazione, alla luce soprattutto del fatto che come si vedrà analizzando l'Action Plan 15 il governo statunitense non ha sottoscritto la convenzione multilaterale BEPS, è senza alcun dubbio rappresentato dal comportamento degli Stati Uniti.

Una mancata revisione del sistema di check the box rules¹¹⁵ andrebbe infatti a vanificare gli sforzi compiuti in seno al progetto BEPS se non altro in quanto gli USA sono lo Stato di residenza di molte delle multinazionali i cui comportamenti fiscali hanno dato origine al progetto BEPS.

Si renderebbe necessario dunque un più vigoroso processo *“di cooperazione fiscale fra Stati che non implica necessariamente una perfetta armonizzazione delle regole ancorchè quest'ultima sia desiderabile”*¹¹⁶ ma una semplice comunione di intenti volta ad una corretta allocazione dei diritti di potestà impositiva.

¹¹⁴ R. Robillard, *“BEPS Action 3 Missing in Action: CFC Rules or Global Apportionment?”* in Tax Management Transfer Pricing Report, Vol. 24/2015, n. 3, pag. 2.

¹¹⁵ In breve questa disposizione consente alle imprese statunitensi di scegliere se le entità da esse controllate debbano essere considerate trasparenti o opache ai fini fiscali e di determinare in ultima analisi se i redditi da esse conseguiti debbano essere o meno soggetti ad imposizione negli Stati Uniti; si tratta di una delle primarie fonti di BEPS come si denota dalla lettura, tra gli altri, dei casi Apple e Alphabet.

In ultima analisi tale normativa finirebbe per inibire l'efficacia delle previsioni OECD in tema di CFC in quanto le operazioni che in astratto ricadrebbero nella disciplina sulle controlled foreign companies, verrebbero considerate come compiute all'interno di un'unica entità secondo la check the box rules.

¹¹⁶ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 59.

L'Action 3 fornisce poi indicazioni approfondite riguardanti la specifica definizione di “*Controlled Foreign Company*” e per la definizione di soglie minime di disapplicazione della normativa; quest'ultima tematica è da sempre rilevata terreno di scontro dottrinale¹¹⁷.

A titolo esemplificativo l'articolo 167 comma 4 TUIR in tema di CFC, in conformità con l'orientamento europeo e anticipando le preoccupazioni espresse in sede OECD riguardo la facile aggirabilità della de minimis rules prevista da numerosi ordinamenti fiscali, fissa una soglia minima di imposizione estera pari al 50% dell'imposizione italiana ai fini della disapplicazione del regime CFC la quale, nonostante risulti più gravosa nei confronti delle imprese costrette ad un continuo monitoraggio nei diversi Stati di operatività, è maggiormente efficace nel colpire lo spostamento di materia imponibile all'estero.

2.5.3 Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance

Attraverso questo documento l'OCSE prende coscienza del fatto che “*il paradigma della competizione fiscale fra Stati ha condotto negli anni a continui fallimenti*”¹¹⁸ e rende per questo esplicito l'obiettivo di “*assicurare l'integrità dei regimi fiscali andando a colpire le problematiche causate dalle normative di favore che si applicano ad attività dinamiche e che ingiustamente erodono la base imponibile di altri Paesi, falsando l'allocazione dei capitali*”¹¹⁹ quali ad esempio gli asset immateriali o le proprietà intellettuali.

¹¹⁷ Per un confronto delle problematiche inerenti le diverse modalità per la determinazione delle soglie minime per l'applicazione della normativa CFC, che esulano dalla presente trattazione, si veda tra gli altri: P. Janssens, D. Ledure, B. Vandepitte, J. Loos, “*The End of IntraGroup Financing or Not Just Yet? Part 2*” in *European Taxation*, Vol. 55/2015 Fasc. 8, pag. 344.

¹¹⁸ Y. Brauner, “*What the BEPS?*” in *Florida Tax Review*, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag 76.

¹¹⁹ OECD, “*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 2015 pag 11.

Come anticipato all'inizio del presente capitolo infatti la competizione fiscale tra Stati è una caratteristica lampante del panorama dell'international taxation law.

Ed è proprio tale concorrenza che porta ad allargare le maglie della legislazione fiscale all'interno delle quali si insinuano le tecniche di pianificazione fiscale aggressiva, causa principale del problema BEPS.

Una delle "armi fiscali" più impiegate dai legislatori nazionali per attrarre gli investimenti delle multinazionali residenti all'estero è la predisposizione dei cosiddetti "IP box regimes" o "patent box"; si tratta di regimi fiscali preferenziali volti ad agevolare la crescita e lo sviluppo del patrimonio immateriale e intangibile delle imprese operanti in un determinato contesto economico attraverso un regime impositivo privilegiato applicabile ai flussi reddituali derivanti da tale tipologia di investimenti.

Sebbene sia evidente che la finalità precipua degli IP box regimes non sia quella fiscale, ma appunto quella di rendere più appetibile il mercato interno per le imprese, appare chiaro come le interazioni tra IP box regimes e regimi non preferenziali possa avere un impatto negativo sulla raccolta di gettito fiscale e condurre, come desumibile dalla figura 6, ad opportunità di delocalizzazione di materia imponibile.

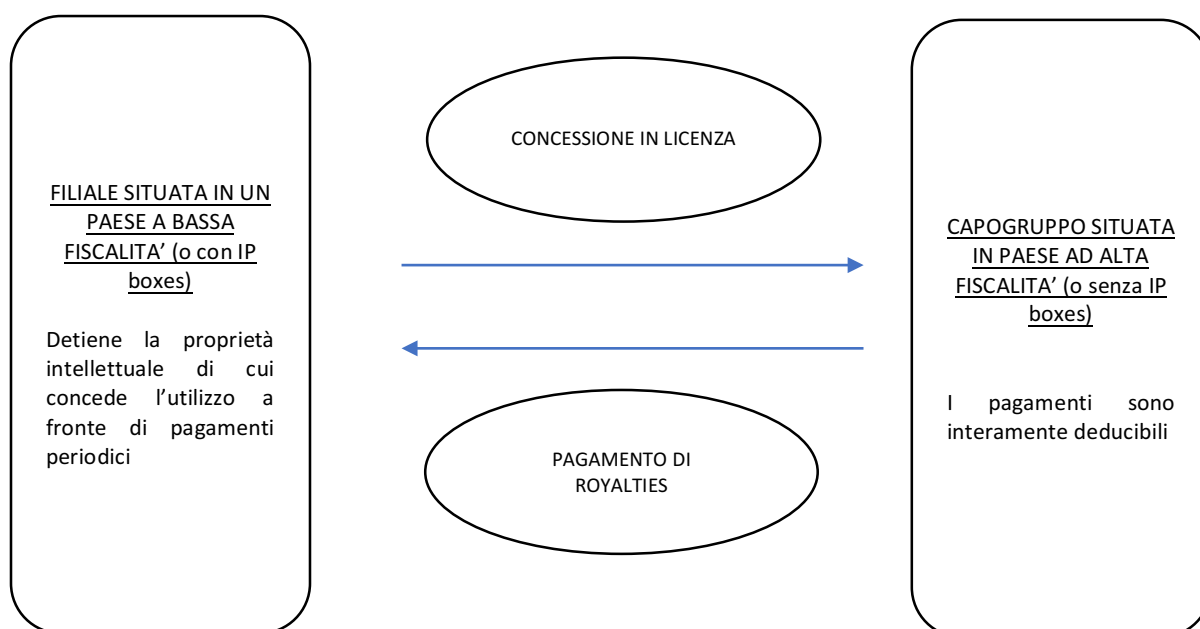


Fig.6 Opportunità di profit shifting derivanti dall'interazione di IP boxes regimes¹²⁰.

¹²⁰ Rielaborazione da OECD, "Addressing Base Erosion and Profit Shifting", OECD Publishing, Paris 2013, pag.40.

Le recenti cronache fiscali pullulano di inchieste riguardanti la succitata tecnica di pianificazione fiscale aggressiva. Basti citare su tutti il caso Apple¹²¹: la filiale situata in Irlanda (ancora ad oggi uno dei maggiori free rider fiscali in Europa), titolare della maggior parte dei brevetti europei, concede in licenza l'utilizzo degli intangibles alle altre succursali le quali deducono dalle rispettive basi imponibili i pagamenti per lo sfruttamento della proprietà intellettuale; appare evidente la possibilità di conseguire un risparmio fiscale a livello di gruppo.

Va inoltre considerato che, data l'esacerbazione della competizione fiscale tra Stati riscontrata dall'inizio del XX° secolo, i benefici incrementali derivanti dal regime di tassazione preferenziale per le imprese sono oramai prossimi allo zero: si è già innescata infatti quella “*race to the bottom*”¹²² che, come si è spiegato in precedenza, va a ridurre paradossalmente il gettito derivante da regimi privilegiati inerenti le proprietà intellettuali.

Le raccomandazioni contenute nell'Action Plan 5 si ispirano in prima battuta alla volontà di incrementare la trasparenza dei vari regimi fiscali e alla necessità di far emergere la sostanza economica delle operazioni superando il mero schermo formale. L'OCSE mira inoltre a stabilire standard minimi che le imprese devono rispettare al fine di poter eventualmente usufruire dei regimi fiscali di favore.

Gli interventi principali individuati in seno al progetto BEPS per il perseguimento di tali obiettivi sono:

- a. Adeguare gli IP box regimes al così definito “**nexus approach**”: “*gli stati forniscono benefici fiscali sulle manifestazioni di ricchezza derivanti dalle IP asset solamente finchè è possibile identificare un nesso diretto tra reddito percepito e le spese sostenute per la creazione di quel determinato asset*”¹²³ di

¹²¹ Per una disamina approfondita del caso, che esula dalla presente trattazione, si rimanda a V. Ting, “*iTax - Apple's Internatinal Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*” in *British Tax Review*, N° 1, 2014.

¹²² Così definita da J. Malherbe, “*Double Taxation and National Fiscal Interests*” in *Rivista di Diritto Tributario*, Fasc. 2/2015, pag. 3 in cui l'autore indica nella corsa al ribasso la conseguenza negativa più immediata della competizione fiscale fra Stati.

¹²³ R.S. Gomez, “*The OECD's Nexus Approach to IP boxes. An European Union law prospective*” in *WU International Taxation Research Paper Seris*, N° 2015-12, pag.7.

modo che, al fine di sfruttare il patent box, l'entità debba avere sviluppato l'asset sul territorio.

In tal modo “*attraverso siffatto standard le autorità fiscali possono continuare a garantire un regime preferenziale [...] senza penalizzare altri ordinamenti*”¹²⁴ e senza minare l'equilibrio macroeconomico generale;

- b. Rivedere i regimi IP in modo da temperarne gli effetti e renderli compatibili con lo standard nexus approach.

A tal proposito va ricordato che la legge di stabilità 2015¹²⁵, anticipando gli Action Plans definitivi prodotti nell'ambito del progetto BEPS, ha disposto che per la fruizione del regime opzionale di tassazione preferenziale da parte di imprese residenti all'estero, sia necessario possedere una stabile organizzazione in Italia e a condizione di essere residenti in paesi con i quali sia in vigore un accordo per evitare la doppia imposizione e con i quali lo scambio di informazioni sia effettivo; è necessario inoltre che l'impresa straniera svolga attività di ricerca e sviluppo volta al mantenimento, accrescimento o sviluppo di asset immateriali sul territorio italiano.

- c. Migliorare la trasparenza con riferimento ai rulings fiscali esistenti.

Particolare attenzione è posta dall'OCSE agli *advanced pricing agreements*¹²⁶ in quanto viene rilevato che, data la mancanza di regole sullo scambio di informazioni tra Paesi e in considerazione della forte asimmetria informativa nel rapporto Amministrazione-contribuente soprattutto in operazioni economiche legate a beni intangibili, rischierebbero di rivelarsi dannosi per l'Amministrazione che stipula l'accordo.

Dall'analisi di questo action item, e dei progressivi derivatives prodotti sino ad oggi, è doveroso sostenere che probabilmente le raccomandazioni risultanti sono di portata troppo generale per una corretta futura implementazione a livello di singoli Stati o a

¹²⁴ A. Christians, “*BEPS and the New International Tax Order*” in Brigham Young University Law Review, Issue 6/2016, pag 1632.

¹²⁵ Mi riferisco alla L.23 Dicembre 2014 n.190 la quale dispone all'articolo 1 c.37-45 una tassazione agevolata per redditi derivanti da beni immateriali o intangibili attraverso una deduzione del reddito imponibile pari al 30% nel 2015, 40% nel 2016, 50% nel 2017.

¹²⁶ Generalmente definiti con l'acronimo APA, consistono in un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria del Paese di residenza il quale permette, in via preventiva ma temporanea, di individuare il metodo di calcolo riferibile alle operazioni oggetto dell'accordo.

livello di strumento multilaterale il quale di fatto, come si vedrà poi nei successivi paragrafi, non va a recepire alcuna raccomandazione prodotta nell'Action 5.

Preme inoltre osservare che numerose delle raccomandazioni e delle considerazioni contenute nell'Action 5¹²⁷ già sono presenti in altre parti del progetto BEPS; la qualità migliore di questo item è dunque quella di fornire un quadro generale sugli obiettivi del Progetto e riassumere le raccomandazioni fornite negli altri Action Plans.

2.5.4 Action 6: Preventing The Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances

L'OCSE ha identificato, sin dagli albori del progetto BEPS, la prevenzione del *treaty shopping* come uno degli obiettivi fondamentali del programma.

Il concetto di **treaty shopping**, che rientra nella tematica più ampia di pianificazione fiscale aggressiva di cui si è trattato nel primo capitolo, si riferisce alle “*tecniche che consistono nell'utilizzo delle Convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di trarne vantaggi ulteriori sotto il profilo fiscale*”¹²⁸.

Si configura altresì *treaty shopping* nel caso in cui un'entità non residente in nessuno dei due Stati parti di un Trattato bilaterale tenti di ottenere i benefici che quel Trattato riconosce ai residenti magari attraverso la costituzione di società fittizie non svolgenti nella sostanza alcuna attività economica.

Tra le varie raccomandazioni suggerite dall'OCSE in questo Action Item quattro sono le più foriere di spunti di riflessione: a) la modifica del titolo e del preambolo del Modello di Convenzione OCSE; b) una nuova formulazione nei Trattati contro le doppie imposizioni della cosiddetta *tie breaker rule*; c) l'inserimento di specifiche regole denominate *Limitation on Benefits (LoB)*; d) la previsione di una clausola generale anti abuso dei Trattati basata sul *principal purpose test (PPT)*.

¹²⁷ Basti pensare a titolo esemplificativo alla necessità di colpire la sostanza economica delle operazioni piuttosto che la forma, o ancora alla necessità ribadita già nell'Action Plan 7 di superare il rigido concetto di stabile organizzazione.

¹²⁸ P. Valente, I. Caraccioli, “*Treaty shopping e beneficiario effettivo: profili penal-tributari*” in *Il fisco*, Fasc. 10/2016, pag. 935.

In merito alla prima raccomandazione, l'Organizzazione propone di riformare il preambolo del Modello OCSE al fine di esplicitare che obiettivo del Trattato è quello di evitare accordi di treaty shopping finalizzati ad ottenere vantaggi meramente fiscali.

In tal modo, sulla base dell'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati e dal momento che il preambolo è parte integrante della Convenzione, il gruppo di lavoro sull'Action 6 auspica che dichiarando espressamente la volontà di evitare la creazione di vantaggi fiscali, tale obiettivo diventi in qualche modo vincolante per gli interpreti (in primo luogo Amministrazioni Finanziarie e Corte Internazionale di Giustizia).

Contrario rispetto alla posizione assunta dall'OCSE è alcuna eminente dottrina in quanto *“le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni hanno la sola funzione di allocare i diritti alla tassazione dei vari Stati coinvolti e per questo vaghe citazioni nel titolo o nel preambolo della Convenzione [...] sono immotivate e non fornirebbero alcuna guida pratica nè tantomeno vincoli all'interpretazione”*¹²⁹.

Per quanto riguarda la raccomandazione inerente la modifica alla tie-breaker rule, questa potrebbe creare non poche problematiche.

L'eliminazione dall'articolo 4 paragrafo 3 del Modello di Convenzione OCSE del riferimento alla sede della direzione effettiva per la determinazione ai fini del Trattato della giurisdizione fiscale applicabile nei casi di doppia residenza, e il conseguente riconoscimento agli Stati contraenti di un'ampissima autonomia nell'attribuzione della residenza a fini pattizi¹³⁰, creerebbe ampi spazi di incertezza mal visti dalla legislazione comunitaria e imporrebbe alle imprese elevati oneri di compliance in quanto *“non sarebbe possibile conoscere, nel momento in cui vengono effettuate le scelte imprenditoriali e commerciali, se la disciplina convenzionale potrà applicarsi e se quindi un'eventuale doppia imposizione potrebbe trovare soluzione”*¹³¹

¹²⁹ C.HJI Panay, *“Advanced issues in international and european tax law”*, Bloomsbury Publishing, 2015, pag. 84.

¹³⁰ O eventualmente nella scelta per l'individuazione di un criterio idoneo ad orientare l'accordo sulla determinazione della residenza.

¹³¹ S. Dorigo, P. Mastellone, *“L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del progetto BEPS”* in Rivista di Diritto Tributario, Fasc. 3/2015, pag. 54.

Per quanto riguarda l’inserimento di specifiche norme in grado di far sì che i benefici derivanti dal Trattato siano concessi ai soli contribuenti che rispettano condizioni specifiche (mi riferisco alle cosiddette LoB) va osservato che tale raccomandazione è da molti “*tacciata unicamente di eccessiva meccanicità*”¹³² pur essendo nella pratica di semplice implementazione.

In conclusione va osservato come l’inserimento di una clausola generale antiabuso basato sul concetto di principal purpose test, cioè sulla valutazione del fatto che l’eventuale beneficio convenzionale accordato all’impresa sia coerente con le clausole e finalità della Convenzione, “*potrebbe portare ad un radicale cambiamento nella policy di contrasto all’abuso del diritto [...] ed anzi rappresentare un vero salto nel buio*”¹³³.

Tale disposizione costituirebbe infatti una vera e propria arma fiscale nelle mani delle Amministrazioni Finanziarie: esse godrebbero di fatti di un’eccessiva discrezionalità in merito alla valutazione se l’obiettivo principale perseguito tramite l’operazione economica posta in essere fosse o meno l’ottenimento di un beneficio fiscale.

2.5.5 Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status

La materia della stabile organizzazione è una delle tematiche più sensibili e trasversali del diritto tributario internazionale e del problema BEPS in particolare.

Obiettivo dell’OCSE nell’ambito del Progetto BEPS è quello di disegnare una normativa in tema di *permanent establishment* dotata di due caratteristiche:

- a. Duttilità: in modo da potersi adeguare ai diversi contesti nazionali;
- b. Chiarezza: di modo che siano scoraggiati i rischi di doppia imposizione e di doppia non imposizione derivanti da interpretazioni contrastanti delle diverse Amministrazioni nazionali;

¹³² A. Zester, “*Can the Most Favoured Nation Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties*”, in Intertax Vol.34 (2006), Issue 3, pag.143.

¹³³ AA.VV “*Abuso del diritto ed elusione fiscale*” a cura di E. della Valle, V. Ficari, G. Marini, G. Giappichelli Editore, Torino 2017, pag.317.

L'Action 7 definisce quindi un nuovo e più articolato concetto di stabile organizzazione: un ripensamento sia di carattere materiale che personale che tenga conto delle mutate dinamiche del contesto economico in cui operano oggi le imprese.

Le raccomandazioni contenute nel piano d'azione, sempre finalizzate a rafforzare il collegamento tra ambito economico e fiscale, sono volte a far prevalere il dato sostanziale rispetto a quello meramente formale: a) da un lato rendendo inefficaci le tecniche elusive consistenti nel riqualificare le cosiddette branch distributrici, la cui costituzione implicherebbe la creazione di una permanent establishment, con "commissionaire arrangements" cioè contratti che permetterebbero all'impresa di vendere i propri prodotti all'estero tramite agenti senza costituire stabili organizzazioni in paesi ad alta fiscalità; b) evitare che attraverso tecniche artificiose legate alla scissione di attività commerciali tra imprese strettamente collegate, l'impresa possa porre in essere una "frammentazione di attività diverse al fine di sfruttare artificialmente l'esclusione prevista per le attività ausiliare e preparatorie"¹³⁴. Va considerato infatti che attività un tempo meramente preparatorie o ausiliarie, che in una anacronistica concezione di stabile organizzazione non implicavano la costituzione di una permanent establishment, oggi corrispondono a tutti gli effetti ad attività core¹³⁵.

In materia di stabile organizzazione dunque non è sufficiente affermare la volontà di collegare l'imposizione alla sostanza economica delle operazioni in quanto è necessario specificare se quest'ultima "vada valutata oggettivamente ove si colloca la fonte del relativo reddito, o al contrario da un punto di vista soggettivo riferendosi al luogo in cui è presente il percettore del reddito"¹³⁶.

¹³⁴ D. Avolio, "La stabile organizzazione e il Progetto BEPS dell'OCSE" in Corriere Tributario, Fascicolo 19/2014, pag.1473.

¹³⁵ Si pensi al caso di cronaca fiscale della multinazionale Amazon. La società concentra le vendite (e di conseguenza i profitti) nella branch lussemburghese Amazon EU s.à.r.l; le branch collocate negli altri Stati europei, pur nella sostanza svolgenti attività core di vendita di servizi digitali, vengono qualificate come entità fornitrici di servizi di supporto o logistica il che non implica la costituzione di stabili organizzazioni.

¹³⁶ S. Dorigo, P. Mastellone, "L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del progetto BEPS" in Rivista di Diritto Tributario, Fasc. 3/2015, Pag.40.

In materia di stabile organizzazione, l'Italia recepisce la raccomandazione dell'azione 7 del progetto BEPS nel D.Lgs 147 del 14.09.2015 (decreto internazionalizzazione) che modifica gli artt. 151, 152 e 153 abrogando anche l'art. 154 del Tuir.

La Commissione Europea ha promulgato la Raccomandazione 28 gennaio 2016 n. 2016/136 con la quale ha invitato tutti gli Stati membri ad attuare ed utilizzare le nuove disposizioni contenute nell'art. 5 del Modello OCSE sulla nozione di stabile organizzazione nei trattati fiscali conclusi.

2.5.6 Action 8-10 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation

Gli Action Item 8-10 si occupano di specifiche tematiche inerenti l'elusione transnazionale tramite tecniche di transfer pricing le quali esulano dalla presente trattazione.

Nonostante ciò va osservato come *“le tecniche aggressive di transfer pricing siano probabilmente il cuore pulsante del problema BEPS; la conditio sine qua non che catalizza l'interesse per l'intero Progetto”*¹³⁷ soprattutto per due ordini di motivi: a) il cospicuo livello quantitativo della materia imponibile coinvolta; b) l'elevata complessità e specializzazione che le tecniche di transfer pricing hanno assunto nel panorama di fiscalità internazionale e che di conseguenza *“possono richiedere un notevole investimento di risorse sia da parte delle Amministrazioni Finanziarie sia da parte delle stesse società multinazionali”*¹³⁸.

Si può affermare che gli Action Items 8-10 riassumono quello che è il leitmotiv dell'intero progetto e cioè quello di impedire che lo sfruttamento dei beni immateriali e di una normativa non al passo con le trasformazioni del contesto economico permetta alle MNE di dirottare la tassazione dei redditi in un luogo diverso da quello ove si colloca la sostanza economica delle operazioni.

¹³⁷ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag 96.

¹³⁸ P. Valente, *“Erosione della base imponibile e “profit shifting”: “focus” sugli aggiornamenti dell'OCSE”* in Corriere Tributario, Fac. 41/2014, pag. 3180.

2.5.7 Action 11: Measuring and Monitoring BEPS

Le raccomandazioni prodotte dal gruppo di lavoro deputato alla redazione dell'Action Item 11 riguardano potenzialmente tutti i documenti costituenti il progetto BEPS.

Il titolo stesso (Measuring and Monitoring BEPS) rispecchia la necessità ravvisata dall'OCSE di predisporre metodologie e strumenti che siano in grado di monitorare l'effetto economico, ancor prima che tributario, delle misure contenute all'interno del Progetto: i dati e le informazioni ad oggi disponibili risultano infatti frammentarie e non omogenee.

Gli obiettivi perseguiti dall'OECD sono essenzialmente due:

- i. Uniformare i sistemi di raccolta di dati e di informazioni da parte delle varie Amministrazioni Finanziarie al fine di un più efficace confronto e condivisione tra Stati dei risultati ottenuti attraverso l'implementazione negli ordinamenti domestici delle raccomandazioni contenute all'interno del progetto;
- ii. Evitare allo stesso tempo una diffusione potenzialmente incontrollata di dati sensibili delle imprese coinvolte ed impedire che le informazioni raccolte possano essere utilizzati dalle Amministrazioni Finanziarie per lo svolgimento di controlli invasivi ed accertamenti senza che venga preventivamente svolto un contraddittorio con il contribuente.

Non a caso l'OCSE raccomanda nel quarto capitolo dell'action item 11 ai governi “*di collaborare insieme per fare un miglior uso dei dati già raccolti*”¹³⁹ senza gravare le imprese di ulteriori oneri di compliance.

¹³⁹ OECD, “*Measuring and Monitoring BEPS, Action 11: 2015 Final Report*”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris 2015, pag 183.

2.5.8 Action 12: Mandatory Disclosure Rules

Pur essendo tra le più generali all'interno del progetto BEPS¹⁴⁰, in ragione del fatto che vanno ad abbracciare trasversalmente tutte le diverse tematiche affrontate, le raccomandazioni previste nell'action 12 sono probabilmente tra le più rilevanti e fornitrici di spunti di riflessione.

Se si identificasse l'intero progetto BEPS con una costruzione in muratura, lo scambio di informazioni tra tax payers e Amministrazione Finanziaria andrebbe sicuramente identificato con le fondamenta della costruzione: nel disegnare una normativa che favorisca tale scambio, in modo da sostenere la struttura della nostra metafora, l'OCSE si è data obiettivi fortemente ambiziosi.

E' *“fondamentale che le regole sulla divulgazione obbligatoria tengano conto del bilanciamento tra costi addizionali di compliance per le imprese e benefici in termini di maggiori informazioni e di tempestività delle informazioni ottenute dalle amministrazioni finanziarie”*¹⁴¹: l'OCSE prende in considerazione metodologie che prevedono l'obbligo per le imprese di fornire informazioni inerenti transazioni, accordi e tecniche di pianificazione fiscale, ma è necessario se non altro che i costi di compliance vengano compensati da un flusso informativo rapido, puntuale e consistente.

Altro obiettivo fondamentale per l'OCSE è quello di flessibilità: l'Action Plan 12 prevede infatti tecniche flessibili e modulabili di modo da garantire la possibilità per ciascuno Stato di poter adottare, in fase di implementazione delle raccomandazioni, la propria normativa ai rischi specifici e alle caratteristiche del proprio contesto economico.

¹⁴⁰ Tant'è che Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 69 definisce l'Action Plan 12 quale item di support.

¹⁴¹ C.HJI Panay, *“Advanced issues in international and european tax law”*, Bloomsbury Publishing, 2015, pag.135

2.5.9 Action 13: Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting

Le raccomandazioni previste in questo Action Plan sono finalizzate al miglioramento e ad una più efficace coordinazione della documentazione richiesta alle imprese multinazionali in tema di transfer pricing.

Il gruppo di lavoro OCSE ha elaborato raccomandazioni che mirano al perseguimento di due obiettivi fondamentali che appaiono tra loro divergenti:

- i. Consentire alle Amministrazioni Finanziarie dei vari Paesi in cui opera un'impresa multinazionale di ottenere informazioni rapide e precise in merito alle tecniche di transfer pricing perseguite.

La ratio è quella di attenuare l'Asimmetria informativa che inevitabilmente viene a crearsi nel rapporto Amministrazione-contribuente;

- ii. Tentare di non gravare eccessivamente l'impresa di oneri documentali e di compliance;

Si raccomanda pertanto ai vari ordinamenti nazionali di prevedere per le imprese multinazionali l'istituzione di : a) un master file al quale potranno accedere le Amministrazioni Finanziarie di tutti i Paesi in cui opera l'impresa; b) un local file specifico per ogni paesi di attività; c) un rapporto Country by country tramite il quale l'impresa dovrà fornire annualmente e per ogni giurisdizione in cui opera, informazioni e dati di sintesi su specifici indicatori quali ad esempio fatturato, carico fiscale sopportato e reddito globale fiscalmente rilevante.

2.5.10 Action 14: Making Dispute Resolution Mechanism More Effective

Il pacchetto di raccomandazioni contenute nell'Action Item 14 riguarda le auspiccate modifiche all'art 25 del Modello Convenzione OCSE riguardante le modalità di attuazione delle cosiddette “*mutual agreement procedures*” (MAP)¹⁴²; l'obiettivo di tale action item è infatti quello di “*accrescere l'efficacia, eliminando le incertezze interpretative e gli ostacoli che non consentono agli Stati la risoluzione delle controversie mediante procedure amichevoli*”¹⁴³.

L'OCSE riconosce quindi l'importanza per le imprese, soprattutto per le imprese che operano tramite entità collegate e controllate a livello globale, di essere a conoscenza, in anticipo rispetto al compimento dell'operazione e con una certa sicurezza, delle modalità in cui verranno trattate le fattispecie rilevanti da parte delle Amministrazioni Finanziarie.

La formulazione del sopra citato articolo 25 del Modello di Convenzione antecedente all'avvio del Programma BEPS prevedeva un “*pactum negotiando cioè un impegno alla negoziazione di una soluzione*”¹⁴⁴ mentre ad oggi, a seguito dell'implementazione delle raccomandazioni BEPS che miravano a garantire certezza delle situazioni giuridiche ed economiche, è stata inserita la previsione di un “*pactum de contrahenda*” cioè l'obbligazione di risultato tesa al raggiungimento di una soluzione alla disputa.

Va ricordato che l'Unione Europea, anticipando di più di vent'anni il progetto BEPS, già si mosse nel prevedere una sorta di obbligo al raggiungimento di un accordo nelle controversie fiscali internazionali: l'art. 13 Convenzione 90/436 infatti dispone che, qualora le amministrazioni di due paesi membri non siano in grado di giungere ad un

¹⁴² Secondo la circolare n.21/E del 5 Giugno 2012 le procedure amichevoli (MAP) sono “*lo strumento per la risoluzione delle controversie internazionali, nelle situazioni in cui un soggetto residente di uno dei due Stati contraenti ritenga che le misure adottate da una o entrambe le Amministrazioni finanziarie comportano o comporteranno nei suoi confronti un'imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione*”

¹⁴³ P. Valente, “*Base Erosion e Profit shifting L'Action plan dell'OCSE*”, in il Fisco 37/2013 Fascicolo 1, pag. 5745.

¹⁴⁴ A. Van De Vijver, “*International Double (Non-)taxation: Comparative Guidance from European Legal Principles*” in EC Tax Review 2015-5, Kluwer Law International, pag 247.

accordo per l'imposizione di soggetti appartenenti al medesimo gruppo, si debba aprire una fase di arbitrato obbligatorio.

Le maggiori preoccupazioni della dottrina risiedono nella convinzione di una scarsa futura implementazione nei vari ordinamenti nazionali delle raccomandazioni previste nell'action item 14 *“o che perlomeno la partecipazione dei vari Stati richiederà notevole tempo per raggiungere livelli significativi”*¹⁴⁵.

Tale preoccupazione è confermata dal fatto che già nel 2014 il Modello di Convenzione OCSE fu aggiornato inserendo la previsione di una sorta di arbitrato obbligatorio ma la maggioranza dei Trattati bilaterali successivi all'aggiornamento non recepì tale perfezionamento.

Va osservato inoltre che il Trattato multilaterale di cui si tratterà approfonditamente discutendo dell'Action Plan 15, prevede specificatamente il recepimento delle raccomandazioni dell'Action 14 ma per tali previsioni è prevista la possibile applicazione del meccanismo unilaterale di opting out da parte dei vari Stati.

2.5.11 Action15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties

Con il Progetto BEPS si è assunta per la prima volta la consapevolezza a livello internazionale di come non sia possibile risolvere tramite trattati bilaterali problematiche che in realtà riguardano l'intero sistema di fiscalità internazionale in quanto la *“classica”* Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni *“è finalizzata alla distribuzione dei diritti di imposizione tra i due Stati contraenti [e dunque] non può risolvere il problema della ripartizione della base imponibile tra più Stati, quando l'attività è integrata su scala globale”*¹⁴⁶ come effettivamente è nell'ambito dell'attuale sistema competitivo.

Alcuni studiosi hanno sostenuto addirittura, durante i lavori del Programma BEPS, la possibilità che l'intero Progetto fosse una bolla di sapone destinata ad infrangersi contro

¹⁴⁵ Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 110.

¹⁴⁶ S. Cipollina, *“I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata”* in Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Fasc. 1/2014, pag. 34.

L'impossibilità politica dell'OCSE di produrre risultati dal momento che “*i paesi BRICS spesso sono in disaccordo con le politiche fiscali degli altri paesi del G20 [...] gli Stati Uniti vanno per la loro strada [...] e i ministri europei spesso non concordano su nulla se non sulla necessità di un cambiamento*”¹⁴⁷

L'Action Plan 15 mira dunque a sviluppare uno strumento multilaterale di diritto internazionale al fine di modificare i Trattati bilaterali contro le doppie imposizioni ad oggi esistenti velocizzando e favorendo una corretta implementazione delle misure sviluppate negli Action Items discussi in precedenza; una soluzione che sia in grado di mediare tra le posizioni apparentemente divergenti dei vari Stati coinvolti.

Lo strumento giuridico in questione, denominato “***Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI)***”, è stato negoziato tra novembre 2015 e novembre 2016 da oltre 100 Stati: è formato da 39 articoli suddivisi in 7 capitoli tra cui 4 specificatamente dedicati all'implementazione delle raccomandazioni BEPS con particolare riferimento agli Action Plans 2, 6, 7, 14.

Nonostante le sottoscrizioni fossero aperte a partire dal 1 gennaio 2017, il Trattato multilaterale è stato ufficialmente siglato da 67 Paesi il 7 giugno 2017 presso la sede dell'OCSE a Parigi ed entrerà in vigore dal 1 gennaio 2018.

Al fine di un più ampio coinvolgimento possibile degli Stati, sintomo della volontà di un approccio onnicomprensivo e olistico, il trattato multilaterale non si riferisce a specifiche disposizioni previste nel Modello di convenzione OCSE, ma si limita a descrivere in termini generali le norme da sostituire o modificare.

in tal modo è facilitata l'inclusione all'interno del raggio di modifica anche di quelle convenzioni che non ricalcano in maniera precisa il Modello OCSE.

La problematica nodale che l'Action Plan 15 si è proposto di risolvere risiede nel fatto che, dal momento che ciascun Trattato bilaterale si presenta quale autonomo e distinto negozio giuridico, anche nel caso in cui si pervenisse a livello sovranazionale ad una convergenza di intenti in ordine alla modifica del Modello OCSE, la rigidità della procedura di rinegoziazione dei singoli trattati richiederebbe tempi e risorse rilevanti

¹⁴⁷ H.J Ault, “*Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*”, Tax Notes International, Vol 70, N°. 12, 17 Giugno 2013, pag. 1195;

non compatibili con l'obiettivo di una riforma che tenga il passo con l'evoluzione del contesto economico.

La singola ricontrattazione dell'elevatissimo numero delle Convenzioni bilaterali inoltre, ad oggi oltre 3000, non faciliterebbe una coerente implementazione delle raccomandazioni prodotte in seno al programma BEPS e quindi solo *“uno strumento multilaterale di rinegoziazione dei Trattati fiscali consentirebbe di raggiungere risultati sincronizzati in grado di garantire un efficace impiego delle risorse”*¹⁴⁸

Il tema del rapporto tra uno strumento multilaterale in ambito fiscale e le legislazioni dei paesi aderenti è molto discusso: tale congegno giuridico potrebbe infatti configurarsi come il primo esempio di *“hard law strutturalmente innovativo”* di emanazione sovranazionale in ambito fiscale e dunque essere percepito da coloro i quali sostengono ancora il “paradigma della competizione fra Stati” come un'ingerenza alla sovranità nazionale.

Va precisato però a tal fine che tecnicamente *“il trattato non rappresenta una convenzione multilaterale contro le doppie imposizioni, ma è finalizzato alla modifica del testo delle convenzioni bilaterali concluse tra i propri Stati contraenti”*¹⁴⁹.

Assume particolare rilevanza ai fini della presente trattazione, soprattutto in considerazione delle succitate preoccupazioni di alcuna dottrina che vede nel Trattato multilaterale un'ingerenza nel campo della sovranità nazionale in ambito fiscale, la questione se il MLI sia o meno self executing: in caso affermativo infatti si avrebbe una modifica automatica delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni e conseguenze dirette nei confronti degli interpreti e degli operatori economici che svolgono attività su scala globale.

Va precisato che la convenzione multilaterale BEPS costituisce un classico trattato di diritto internazionale e dunque, ai fini del meccanismo di adattamento all'interno dei

¹⁴⁸ P. Valente, *“Attuazione misure BEPS, criticità e prospettive”* in www.strumentifinanziariefiscali.it del 29 Settembre 2016 pag 43.

¹⁴⁹ A. Crazzolaro, *“Il trattato multilaterale BEPS è self-executing?”* in Rivista di Diritto Tributario supplemento online, Pacini Giuridica, 24 Maggio 2017.
Reperibile all'indirizzo:
<http://www.rivistadiritto tributario.it/2017/05/24/trattato-multilaterale-beps-self-executing/>

vari ordinamenti nazionali, presuppone l'espletamento dell'iter sommariamente delineato nel capitolo primo.

Il trattato multilaterale inoltre riguarda esclusivamente i cosiddetti “**covered tax agreements**”: i vari Stati contraenti dovranno notificare all'OCSE i trattati bilaterali che intendono fare rientrare nel perimetro di modifica delineato dal trattato multilaterale nonché le disposizioni di ciascuna convenzione bilaterale che si intende modificare.

È evidente che la finalità dell'obbligo imposto ai Paesi contraenti di notificare ufficialmente la propria manifestazione di volontà indicando le disposizioni da far rientrare nel perimetro applicativo dello strumento multilaterale, risponde al principio di legalità e di certezza del diritto.

La controversia sulla natura o meno di self executing pertanto non riguarda tanto il trattato multilaterale in sé, il quale come si è necessita di apposita legge di rettifica e di esecuzione, quanto piuttosto dei CTA: la questione è se sia necessaria una legge di rettifica per ogni singolo covered tax agreement o se sia sufficiente il recepimento del trattato multilaterale.

L'Articolo 1 del MLI denominato “*Scope of the Convention*” parrebbe rendere risposta positiva affermando che “*la convenzione modifica la totalità dei covered tax agreements*” e dunque le singole disposizioni di un Trattato bilaterale notificate da entrambi gli Stati come CTA sarebbero pertanto automaticamente modificate.

Alcuna dottrina però, sulla base della considerazione secondo la quale la notifica dei CTA all'OCSE sarebbe spesso estremamente generica e mancante dei requisiti di precisione e chiarezza necessari per il rispetto del principio di determinatezza valorizzato al fine di valutare la natura self-executing delle norme internazionali pattizie, affermano la necessità di un iter di recepimento specifico per ciascun CTA.

La maggior parte della dottrina però “*ritiene, al contrario, che la critica di vaghezza rivolta alle compatibility clause non colpisca nel segno e che, pertanto, la necessità di uno specifico protocollo integrativo si presenti esclusivamente con riferimento ai casi in cui la convenzione bilaterale da modificare si discosti in maniera significativa dal Modello OCSE*”¹⁵⁰ soprattutto in considerazione del fatto che l'escamotage previsto dall'interpretazione contraria alla natura self-executing dei covered tax agreements

¹⁵⁰ Ibidem

andrebbe senza dubbio a violare l'obiettivo principale di agilità e speditezza perseguito tramite il trattato multilaterale BEPS.

La buona riuscita del trattato è in salita infatti nonostante l'accordo raggiunto, *“l'efficacia del trattato sarà subordinata all'utilizzo da parte degli stati firmatari delle clausole di riserva che daranno la possibilità ai paesi partecipanti di non applicare in via unilaterale alcune delle disposizioni contenute nella convenzione”*¹⁵¹, fermo restando gli standard minimi individuati dal Trattato.

In pratica, su temi importanti come il disallineamento da ibridi (articolo 3 MLI) o le misure antiabuso per le stabili organizzazioni, ogni stato potrà far prevalere l'accordo bilaterale tra esso e uno paese terzo sulla convenzione multilaterale.

2.6 Implementazione delle raccomandazioni BEPS nei Paesi in via di sviluppo

Abbiamo già trattato in altra parte del presente elaborato della necessità imprescindibile *“di un coordinamento a livello internazionale delle tax policies come pre requisito per l'implementazione di una riforma effettiva dei meccanismi del diritto internazionale tributario”*¹⁵², al fine di un soddisfacente epilogo del progetto BEPS.

A riprova della volontà di un approccio congiunto da parte dei vari Paesi alla problematica dell'elusione fiscale internazionale vi è l'impressione che l'OCSE sembri voler agire non in nome e per conto dell'interesse specifico dei singoli Paesi membri ma parrebbe esservi addirittura un effettivo coinvolgimento nelle discussioni, sia antecedenti che successive al lancio dell'*Action Plan* definitivo, anche di Stati non membri dell'Organizzazione: pensiamo ad esempio ai BRICS i quali, pur essendo la *“locomotiva dell'economia mondiale”*, sono ancora ad oggi considerati quali paesi in via di sviluppo.

¹⁵¹ M. Damiani, *“BEPS, 21 clausole di riserva”*, in IO quotidiano economico, giuridico e politico del 10 Giugno 2016 reperibile al sito internet: https://www.italiaoggi.it/solofisco/solofisco_dett.asp?id=201706092054567203&titolo=Beps,%2021%20clausole%20di%20riserva.

¹⁵² Y. Brauner, *“What the BEPS?”* in Florida Tax Review, Vol. 16/2014, Fasc. 2, pag. 59.

E' però evidente come, date le differenti caratteristiche istituzionali, sociali ed economiche degli Stati coinvolti, non sia possibile un approccio omogeneo in termini di azioni da intraprendere: le Amministrazioni finanziarie dei paesi in via di sviluppo si trovano infatti sovente a dover affrontare strutture di pianificazione fiscale aggressiva da parte di imprese multinazionali fronteggiando problematiche e difficoltà che non sono riscontrabili nei contesti competitivi dei paesi altamente industrializzati.

Non va trascurato ad esempio che *“il successo del progetto di riforma è determinato non solo dall'accuratezza tecnica delle soluzioni proposte ma altresì dal consenso politico sulla necessità di riforme”*¹⁵³ e dunque l'instabilità politica e sociale, che è caratteristica tipica dei paesi in via di sviluppo, non permetterebbe ai governi di fornire una risposta istituzionale forte ed in grado di contrastare le pratiche di aggressive tax planning attuate dalle imprese multinazionali.

È per questo che, quasi contestualmente al lancio del progetto BEPS, l'OCSE ha pubblicato uno specifico report¹⁵⁴ al fine di analizzare le problematiche tipiche incontrate dai paesi in via di sviluppo nel contrasto alle pratiche di elusione fiscale transfrontaliere e per coinvolgere le Amministrazioni e i governi di tali Paesi nei discussion drafts inerenti il lancio del progetto BEPS.

L'OCSE è ben consapevole del fatto che il fenomeno BEPS può presentare diverse caratteristiche e conseguentemente richiede la formulazione di differenti attività di contrasto; appare infatti evidente che *“alcune questioni tra le quali l'erosione della base imponibile mediante strumenti finanziari ibridi, il treaty abuse, la definizione di stabile organizzazione e le transfer pricing rules, ampiamente trattate nei Rapporti BEPS, sono considerate “prioritarie” per i Paesi in via di sviluppo”*¹⁵⁵ e di conseguenza le tecniche di combattimento alle pratiche BEPS raccomandate nei 15 action items non possono essere automaticamente implementate nel contesto economico di un paese in via di sviluppo.

¹⁵³ OECD, 2014, *“Part 1 of Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries”*, OECD Publishing, pag.35.

¹⁵⁴ Mi riferisco al *“Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries”*, pubblicato in due parti il 1 Agosto 2014.

¹⁵⁵ P. Valente, *“Erosione della base imponibile e profit shifting nei Paesi in via di sviluppo”* in *il Fisco*, Vol. 35/2014, pag. 3466.

Allo stesso modo alcune tematiche inerenti le pratiche BEPS, pur non essendo inserite in alcuno degli action plan analizzati, sono considerate importanti nei Paesi in via di sviluppo: pensiamo a titolo esemplificativo alla tematica degli incentivi fiscali concessi dalle Amministrazioni dei paesi in via di sviluppo al fine di attrarre investimenti esteri da parte di imprese multinazionali; o alla difficoltà delle stesse Amministrazioni ad ottenere informazioni rilevanti ai fini di una adeguata implementazione della normativa sul transfer pricing.

Una delle principali barriere al contrasto delle pratiche di base erosion and profit shifting nei paesi in via di sviluppo è proprio infatti l'asimmetria informativa tra Amministrazioni Finanziarie e contribuente dovuta principalmente al fatto che le misure legislative atte a rafforzare l'acquisizione delle informazioni non sono ben implementate e l'assenza per i contribuenti di obblighi di documentazione in tema di transfer pricing rendono la normativa in tema di tax audit facilmente eludibile per le imprese multinazionali; se consideriamo poi *“la mancanza di training ed esperienza da parte del team delle Amministrazioni finanziarie dei Paesi in via di sviluppo, così come la scarsa esperienza delle stesse nel negoziare con i contribuenti la risoluzione delle controversie”*¹⁵⁶ appare chiaro che l'efficacia dell'azione di contrasto ai fenomeni BEPS nei paesi in via di sviluppo sia quantomeno precaria.

È evidente dunque che nell'implementare le raccomandazioni in tema di transfer pricing previste dagli actions plan 8-10 e 13 negli ordinamenti tributari dei paesi in via di sviluppo si dovrà tenere conto delle problematiche di cui sopra e prevedere quantomeno semplificazioni procedurali e una ristretta discrezionalità nelle valutazioni da parte delle Amministrazioni.

L'OCSE raccomanda inoltre di rafforzare il dialogo fiscale tra paesi sviluppati, paesi in via di sviluppo ed organismi sovranazionali al fine di individuare e condividere le best practices ed incrementare la capacità dei paesi in via di sviluppo di contrastare adeguatamente le pratiche elusive tramite tecniche di aggressive transfer pricing.

E' opportuno riflettere poi su come i paesi in via di sviluppo attuino politiche dirette ad attrarre gli investimenti esteri mediante la concessione di specifici sgravi fiscali e procedurali; si pensi ad esempio che molti paesi in via di sviluppo generalmente

¹⁵⁶ Ibidem pag. 3467.

applicano una ritenuta alla fonte sui pagamenti effettuati da un contribuente residente (royalties, interessi, management fees) ad un soggetto non residente generalmente molto più bassa rispetto all'aliquota marginale d'imposta.

Va considerato inoltre che India e Brasile adottano legittimamente tecniche di determinazione del valore normale in tema di transfer pricing divergenti da quelle determinate in sede OCSE e molto più favorevoli alle imprese.

Nel corso degli anni il problema è stato sottovalutato dal momento che *“i paesi sviluppati e l'OECD hanno assecondato gli incentivi fiscali che molti paesi in via di sviluppo hanno previsto al fine di attrarre investimenti e ricchezza, convinti che tali incentivi costituissero il carburante dello sviluppo ma non rendendosi conto che molte di queste strategie erano una semplice risposta agli interessi economici delle multinazionali”*¹⁵⁷.

Va osservato infatti che la concessione indiscriminata di sgravi fiscali può condurre ad una perdita di gettito considerevole dal momento che si potrebbe favorire lo sviluppo dei fenomeni di erosione della base imponibile da parte delle imprese multinazionali anche tramite tecniche poco sofisticate soprattutto tramite l'utilizzo di strumenti ibridi. Se si considera che nei development countries i programmi di sviluppo vengono in gran parte finanziati tramite il gettito delle imposte sulle società, il potenziale impatto negativo delle pratiche BEPS è se vogliamo maggiormente avvertito rispetto ai paesi sviluppati se non altro in quanto le risorse disperse potrebbero essere impiegate per sostenere una crescita equilibrata di lungo periodo.

In conclusione dunque emerge la consapevolezza che le raccomandazioni previste per i paesi in via di sviluppo, viste le strutturali differenze dei contesti competitivi, dovranno necessariamente essere differenti da quelle che invece riguarderanno i paesi sviluppati. Questo conferma come vi sia la percezione a livello internazionale che una azione condivisa dai soli Paesi industrializzati non sia né possibile né tantomeno desiderabile. Nella volontà di affrontare le problematiche BEPS con un approccio onnicomprensivo, il 23 Febbraio 2016 l'OCSE ha concordato un framework che consentirà a tutti i paesi

¹⁵⁷ K. Brown, *“Taxation and development-A comparative study”*, Springer 2017, pag. XVI;

che aderiscono di aggiornare le normative fiscali internazionali ed attuare i piani BEPS¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Tale accordo è stato approvato in occasione della riunione dei Ministri delle finanze G20 tenutasi a Shanghai a Febbraio 2016.

CAPITOLO 3

STRUMENTI IBRIDI E TRANSAZIONI FINANZIARIE

Si dev'essere oramai intuito dalla lettura dei capitoli precedenti che una visione cinica, anacronistica ed indifferente alle peculiarità del diritto tributario internazionale potrebbe essere indotta a considerare che solo due “principi universali” regolano il sistema di fiscalità internazionale:

- a) gli Stati hanno il diritto di intercettare il maggior gettito possibile anche a discapito delle entrate fiscali di altri Stati in nome del paradigma della *tax competition*;
- b) i contribuenti hanno la facoltà di minimizzare il loro carico fiscale sulla base di una pianificazione fiscale anche aggressiva;

Si è visto però come l'esacerbazione del fenomeno della *tax competition* fra Stati comporti paradossalmente una riduzione delle entrate fiscali per le Amministrazioni Finanziarie e che la moltiplicazione delle tecniche di pianificazione fiscale aggressiva, favorita dalla globalizzazione economica che caratterizza l'attuale contesto competitivo, conduce ad effetti negativi in termini di gettito ed equilibrio macroeconomico generale la cui intensificazione è alla base dell'avvio del Progetto BEPS a partire dal 2012.

Nell'ambito del Programma BEPS la questione del ricorso da parte di imprese multinazionali a meccanismi di aggressive tax planning basati su entità e strumenti finanziari ibridi è fonte di non poche preoccupazioni.

Alcuni autori forniscono addirittura un'interpretazione quasi apocalittica del fenomeno affermando la presenza di un disallineamento tra ordinamenti fiscali di ampia portata nella sfera degli hybrid instruments preludio ad un mismatch di portata generale il quale in sostanza è il problema focale dell'intero Progetto BEPS: “*quello tra le potenzialità di organizzazione globale delle imprese multinazionali e la debolezza intrinseca del coordinamento fiscale internazionale*”¹⁵⁹.

¹⁵⁹ S. Cipollina, “*I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*” in Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, Fasc. 1/2014, pag. 42.

Come si analizzerà approfonditamente nei paragrafi successivi, la problematicità principale legata a pratiche BEPS basate su strumenti finanziari ed entità ibride deriva dal fatto che, forse in modo più evidente rispetto ad altre tecniche di pianificazione fiscale aggressiva, esse “*offrono [la possibilità] di conseguire ipotesi di arbitraggio fiscale internazionale il quale, a sua volta, si pone quale presupposto di fenomeni di doppia non imposizione transnazionale*”¹⁶⁰.

Il motivo per cui si procede ad una trattazione congiunta degli Action Plan 2 e 4 risiede nella considerazione per cui, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, predisporre ed implementare specifiche regole anti ibridi può spesso rivelarsi quantomeno ostico da un punto di vista pratico e di fattibilità politica in considerazione soprattutto della complessità della materia inerente gli hybrid instruments e i prodotti derivati nonché della pervasività della tematica in numerosi ambiti del diritto tributario.

Appare dunque doveroso “*approntare soluzioni alternative e complementari intervenendo ad esempio sulle norme riguardanti le limitazioni alle deduzioni degli interessi se non altro per il fatto che gli hybrid mismatch arrangements evolvono e si riproducono sfruttando appunto la disciplina fiscale della deduzione degli interessi passivi*”¹⁶¹.

La forte interdipendenza tra la disciplina degli hybrid instruments e di quella inerente le ***interest deduction limitations*** emerge anche dal fatto che numerosi studi condotti nell’ambito del Progetto BEPS hanno evidenziato come “*gli strumenti ibridi possano essere utilizzati per effettuare pagamenti i quali sono, dal punto di vista economico, equivalenti agli interessi ma, avendo una forma giuridica diversa, possono sottrarsi alle norme che prevedono limiti alla loro deducibilità*”¹⁶².

Appurato dunque lo stretto rapporto tra le due discipline, è ovvio che intervenire sulle disposizioni riguardanti i limiti alle deduzioni degli interessi passivi potrebbe essere una

¹⁶⁰ C. Garbarino, A. Turina, “*Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement”*: un esame del relativo “*Deliverable*”” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015, pag.21.

¹⁶¹ R. deBoer, O. Marres, “*BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*” in *Intertax*, Volume 43/2015, Issue 1, pag.14.

¹⁶² P. Valente, “*Transazioni finanziarie e strumenti ibridi. Profili elusivi*” in <http://www.strumentifinanziariefiscali> n.22/2016, pag.49.

via integrativa e di più semplice implementazione in un'ottica di mitigazione del fenomeno della doppia non imposizione rispetto ad interventi specifici inerenti gli hybrid mismatch arrangements.

3.1 Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements

Pur essendo espressione strettamente connessa all'affermarsi del Progetto BEPS, le problematiche legate a tecniche di aggressive tax planning basate su strumenti o entità ibride, le quali vanno a sfruttare i disallineamenti normativi tra i vari ordinamenti nazionali, non si possono certo definire recenti e sono al centro dell'attenzione dei policy makers internazionali già prima dell'avvio del Progetto BEPS.

Già nel maggio 2010 infatti il Code of Conduct Group on Business Taxation europeo, impegnato nello studio della riforma della Direttiva Madre Figlia, riportò al Consiglio ECOFIN le preoccupazioni in merito alle transazioni ibride ed in particolare al fatto che *“il regime di participation exemption non sarebbe dovuto essere esteso ai pagamenti classificati come deducibili dall'ordinamento tributario dell'entità distributrice”*¹⁶³ in modo tale da non generare doppia non imposizione.

All'inizio del 2012 poi, la Commissione Europea pubblicò un documento consultivo¹⁶⁴ sul problema della doppia non imposizione legata a disallineamenti da ibridi i cui risultati furono la base dei lavori del gruppo di lavoro OCSE impegnato sull'Action Plan numero due.

Per hybrid mismatch arrangements si intendono *“strutture fiscali che sfruttano differenze di trattamento fiscale di un soggetto ovvero di uno strumento finanziario ai sensi del diritto di uno o più ordinamenti al fine di produrre un disallineamento nelle conseguenze fiscali tale da produrre un abbassamento del carico d'imposta consolidato*

¹⁶³ Mi riferisco al documento *“Code of Conduct Progress Report”* del 25 maggio 2010, Documento n°10033/10, paragrafo 31.

¹⁶⁴ Si tratta del *“Summary Report of the Responses Received on the Public Consultation on Factual and Possible Ways to Tackle Double Non-Taxation Cases”* del 2012.

*in capo ai soggetti coinvolti*¹⁶⁵; si tratta dunque di espressione quantomeno generale la quale può riferirsi non solo a strumenti finanziari ma altresì ad entità societarie e trasferimenti monetari o della proprietà di assets finanziari.

L'aggettivo ibrido è da attribuirsi allora alla differente ed antinomica qualificazione giuridica da parte degli ordinamenti tributari degli Stati coinvolti che può dipendere sia dalle caratteristiche peculiari della costruzione negoziale che da fisiologiche differenze di classificazione derivanti dall'interazione a livello transnazionale di legislazioni differenti.

La problematica fondamentale risiede dunque nel fatto che l'interconnessione delle varie economie nazionali, favorita dal processo di globalizzazione delle cui conseguenze a livello di fiscalità internazionale si è ormai ampiamente discusso, ha evidenziato gaps e loopholes nei vari ordinamenti i quali, qualora sfruttati da imprese che operano su scala globale, possono condurre a fenomeni di doppia non imposizione e differimento fiscale: *“nella sostanza, da una prospettiva di fiscalità internazionale, le transazioni cross border, in special modo quelle fra parti correlate, si trasformano da quello che dovrebbe essere un gioco a somma zero ad un meccanismo fiscale a risultato negativo attraverso modalità assolutamente consentite dagli ordinamenti tributari coinvolti”*¹⁶⁶.

L'OCSE¹⁶⁷ ha individuato due tipologie fondamentali di hybrid mismatch arrangements:

- i. quelli che generano componenti reddituali deducibili secondo le regole dell'ordinamento tributario in cui risiede l'entità pagatrice e specularmente non incluse nella base imponibile dell'entità percipiente. Il risultato fiscale di tali schemi contrattuali è dunque quello di una **“deduzione non inclusione”** (D/NI);
- ii. strutture che generano **“doppia deduzione”** (DD) in quanto consentono una deduzione dello stesso esborso in due o più Stati;

¹⁶⁵ C. Garbarino, A. Turina, *“Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement” : un esame del relativo “Deliverable”*” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015, pag.23.

¹⁶⁶ S.C. Ruchelman, *“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: The New OECD Discussion Drafts Regarding Base Erosion and Profit Shifting”*, in *Journal of Taxation and Regulation of Financial Institutions*, Vol.27, N°5, Maggio/Giugno 2014, pag. 26.

¹⁶⁷ OECD, *“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2015 Final Report”*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2015, Paris.

Si procede analizzando inizialmente quelle strutture in grado di generare componenti reddituali riconosciute come deducibili dalla base imponibile da parte dell'ordinamento tributario dello Stato dell'entità pagatrice e allo stesso non imponibili secondo l'ordinamento in cui risiede fiscalmente l'entità percettrice.

3.2 Analisi delle strutture riconducibili a fattispecie di deduzione non inclusione

3.2.1 Hybrid Financial Instruments

Con la locuzione *hybrid financial instruments* (HFI) ci si riferisce ad “*un qualsiasi accordo di finanziamento soggetto ad una differente caratterizzazione fiscale da parte di due o più ordinamenti tributari cosicché il pagamento sottostante allo strumento va a generare un mismatch nel risultato fiscale*”¹⁶⁸; la definizione rimanda dunque a tutti quei casi in cui lo strumento finanziario o la manifestazione monetaria derivante dalla costruzione negoziale cross border vengono classificati alternativamente come *debt* o *equity* dalle giurisdizioni fiscali coinvolte.

Appare dunque evidente che nel caso di arrangements che implicano il ricorso ad hybrid financial instruments, il mismatch tra ordinamenti tributari possa derivare alternativamente:

- a) da una differente caratterizzazione fiscale dello strumento finanziario;
- b) dal fatto che l'elemento ibrido vada rintracciato nell'antinomico trattamento fiscale del pagamento sottostante all'HFI stesso.

In questo caso il gap normativo non deriva da una differente qualificazione dello strumento finanziario in sé, dal momento che le giurisdizioni coinvolte identificano lo strumento finanziario solitamente come strumento di debito, “*ma*

¹⁶⁸ OECD, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, pag.33.

deriva dal differente trattamento fiscale del pagamento o di una parte di esso che si traduce in una deduzione-non inclusione”¹⁶⁹.

Per quanto concerne il caso a) si esamini la figura sottostante.

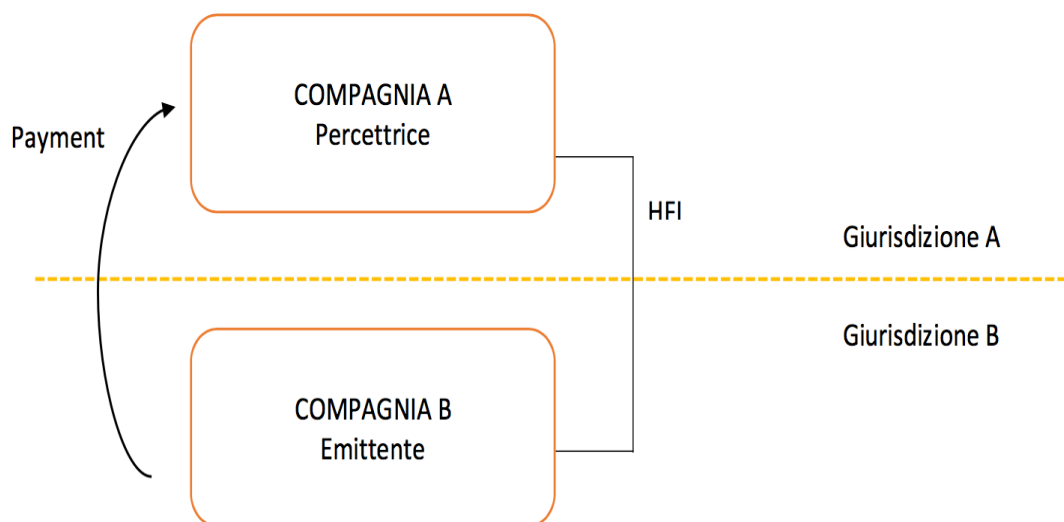


Fig.7 Basic Hybrid Financial Instrument.¹⁷⁰

Esempio reale desumibile dalla cronaca fiscale¹⁷¹ della costruzione negoziale rappresentata in figura, e degli effetti che ne conseguono, può essere analizzato con riferimento ai cosiddetti “*Preferred Equity Certificate*” (PEC): si tratta di particolari strumenti azionari privilegiati utilizzati principalmente per il finanziamento di start up in quanto, prevedendo per il possessore di tali strumenti diritti patrimoniali rafforzati sia in fase di distribuzione di dividendi che in una fase eventuale di liquidazione della società, permettono di ridurre la rischiosità dell’investimento per i soci finanziatori.

¹⁶⁹ OECD, 2014, “Public Discussion draft BEPS Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements (Recommendations for Domestic Laws)”, pag.20.

¹⁷⁰ Rielaborazione tratta da OECD, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, Parigi, Figura 2.1.

¹⁷¹ Si rimanda all’articolo <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/08/25/tim-hellas-quel-sacco-della-grecia-per-le-vie-finanziarie-finito-in-tribunale/1981220/> per una trattazione specifica del caso TPG Capital-Apax limited incentrato appunto su i PEC’s.

Tali strumenti finanziari vengono classificati fiscalmente quali *corporate shares* dalla maggior parte delle legislazioni tributarie europee laddove al contrario il *Luxembourg Company Law* identifica espressamente tali HFI come strumenti di debito¹⁷².

L'ordinamento fiscale lussemburghese consente la deduzione dei pagamenti sottostanti al PEC in quanto identificati come interessi passivi; allo stesso tempo però l'entità percettrice sfrutta il regime di participation exemption sul reddito percepito dal momento che l'ordinamento tributario di residenza, identificando il PEC quale strumento azionario, riconosce il pagamento sottostante come dividendo.

Se si ipotizzasse che entità emittente ed entità percettrice del pagamento sottostante allo strumento ibrido fossero parti correlate, ad esempio società controllante e controllata, “*il gruppo, beneficiando sia del regime di deducibilità degli interessi (nello Stato del borrower) sia dell'esclusione da imposizione sul dividendo (anche parziale) in capo alla capogruppo, avrebbe un beneficio fiscale pari a:*

$$[\text{Tax rate B.co} - \text{Tax rate A.co} * (1 - \% \text{ esenzione dei dividendi})] * (\text{Flussi di reddito})$$
¹⁷³

Altra costruzione giuridica tipica in grado di condurre a fenomeni di deduzione non inclusione a causa di una divergente caratterizzazione fiscale dello strumento finanziario sono i cosiddetti “*Repurchase Agreements*” (REPO)¹⁷⁴: alcune varianti di tali negozi giuridici possono delineare nella sostanza economica dei prestiti garantiti da un sottostante in cui il tasso d'interesse sul finanziamento è rappresentato, nella maggioranza dei casi, dalla differenza positiva tra prezzo di riacquisto e prezzo di

¹⁷² Mi si permetta di segnalare che il 23 Dicembre 2015 la Corte Distrettuale del Lussemburgo, con riferimento al caso TPG Capital-Alpax, ha ribadito che i PEC's sono da considerarsi a tutti gli effetti *debt securities* sia da un punto di vista giuridico che fiscale in quanto, non prevedendo per il possessore il diritto di voto nell'assemblea ordinaria dell'emittente, l'eventuale distribuzione non può essere qualificata come dividendo (il che permetterebbe di catalogare il PEC come “corporate share”) ma al contrario quale “*dividendo fittizio*”.

¹⁷³ P. Valente, “*Erosione della base imponibile mediante gli strumenti ibridi: criticità secondo l'OCSE*”, in *International Tax Review*, Fasc.2, Maggio/Agosto 2014, pag. 182.

¹⁷⁴ Pur essendo concepibile una miriade di varianti pratiche si tratta sostanzialmente di contratti finanziari tramite i quali un soggetto vende una certa quantità di strumenti finanziari (solitamente titoli) ad un soggetto acquirente e, contestualmente alla compravendita, si impegna al riacquisto ad una data predeterminata dei medesimi titoli.

scambio iniziale dei titoli sottostanti; “l’effetto elusivo consegue al fatto che alcune giurisdizioni considerano la transazione come una vendita con successivo riacquisto”¹⁷⁵ valutando l’operazione sulla base di un criterio meramente formale.

Si pensi a titolo esemplificativo alla struttura presentata nella figura sottostante:

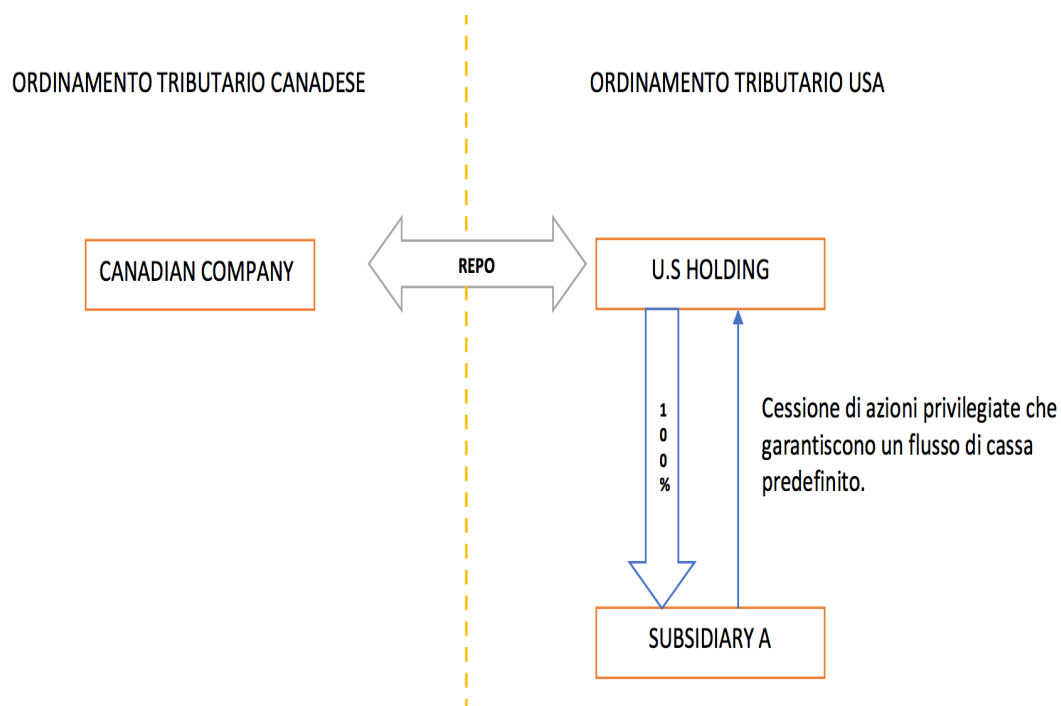


Fig.8 *Repurchase Agreement*¹⁷⁶

Il REPO riportato nella configurazione di cui sopra prevede la cessione, verso corrispettivo in denaro, delle azioni privilegiate da parte della U.S. holding all’impresa collegata canadese; la stessa holding statunitense si obbliga contestualmente al riacquisto delle medesime azioni ad una scadenza prefissata.

L’ordinamento tributario canadese identifica il REPO de qua come un acquisto di partecipazioni in affiliata estera la cui remunerazione consiste nella futura distribuzione di dividendi da parte della sussidiaria A.

¹⁷⁵ P. Valente, “*Transazioni finanziarie e strumenti ibridi. Profili elusivi*” in <http://www.strumentifinanziariefiscali> n.22/2016, pag.51.

¹⁷⁶ Rielaborazione tratta da I. Williams, G. Zittlau, “*BEPS Paper*” in Canadian Petroleum Tax Society, Vol.27 del 5/2014, pag.8 e ss.

L'entità fiscalmente residente in Canada registrerà quindi come ricavo i flussi reddituali percepiti dalla sussidiaria A ma fruirà allo stesso tempo di una corrispondente “*deduction for dividend received from foreign business entity*”, una sorta di credito per imposte pagate all'estero che l'*Income Tax Act* canadese dispone per scongiurare il fenomeno di doppia imposizione sui dividendi.

Allo stesso tempo però il fisco americano valuta il medesimo REPO sulla base di un criterio sostanziale classificando a fini fiscali la costruzione come una classica operazione di finanziamento: il corrispettivo della compravendita di azioni rappresenta il valore del finanziamento che l'entità canadese concede alla U.S holding mentre il flusso di cassa derivante dai dividendi distribuiti dalla sussidiaria rappresentano la remunerazione del capitale; in sostanza per l'ordinamento tributario americano la US Holding mantiene la titolarità delle partecipazioni nel capitale della sussidiaria A.

Dal momento che la legislazione fiscale americana non prevede restrizioni sulla deducibilità degli interessi a livello di consolidato fiscale si crea un costo deducibile pari all'intero dividendo distribuito.

In conclusione è semplice osservare che la REPO transaction sopra descritta permette all'entità canadese di percepire il dividendo senza dover subire alcuna ritenuta alla fonte nonché di abbattere l'imposta canadese sui redditi d'impresa per un valore pari alla deduzione per imposte estere; la holding statunitense è in grado allo stesso tempo di dedurre fiscalmente l'intero importo del dividendo distribuito dalla sussidiaria.

A livello complessivo dunque il risultato è quello di una deduzione in una giurisdizione fiscale, quella statunitense, senza una speculare inclusione nella base imponibile dell'entità canadese.

Per quanto concerne la situazione b), quella per cui l'elemento ibrido non va ricercato nella differente classificazione dell'*hybrid financial instrument* ma nell'antinomica definizione ai fini fiscali del pagamento sottostante, è utile prendere in considerazione la fattispecie dei cosiddetti *convertible bonds*¹⁷⁷ (CBs) rappresentata nella figura sottostante.

¹⁷⁷ I convertible bonds possono essere definiti quali strumenti finanziari che conferiscono al possessore la possibilità di scegliere, una volta scaduta l'obbligazione se essere rimborsato tramite una somma di denaro pari al valore nominale dell'obbligazione oppure convertirla in un numero predefinito di azioni o della stessa società che ha emesso l'obbligazione, in quel

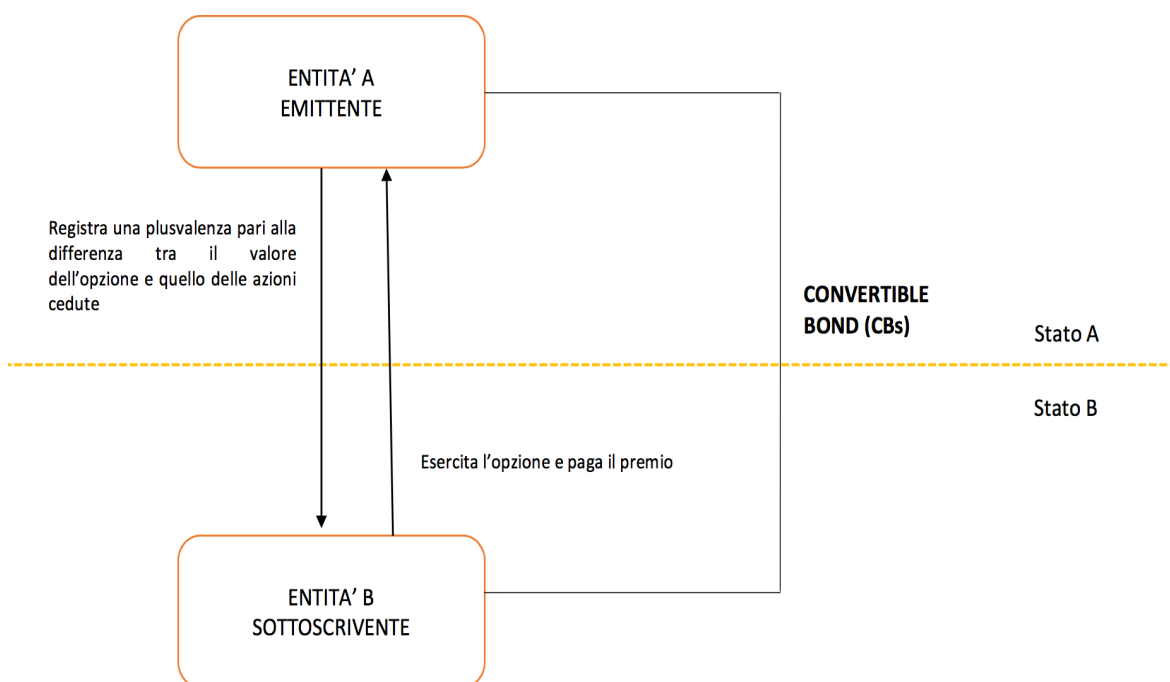


Fig.9 Basic Hybrid Financial Instrument- CB's¹⁷⁸

In questo caso il mismatch nel risultato fiscale “è attribuibile alla differente caratterizzazione del pagamento sottostante allo strumento”¹⁷⁹ e non alle peculiarità dello strumento in sé in quanto in entrambe le giurisdizioni il CB è considerato uno strumento di debito dal momento che, pur essendo riscontrabile una componente derivata dal momento che il rendimento del derivato potrebbe subire notevoli variazioni dipendenti dalla fluttuazione del valore delle azioni sottostanti all'opzione call, il collateral bond garantisce in ogni caso il rimborso a scadenza.

caso si parla di conversione diretta, o di un'entità terza, nel qual caso si parla di conversione indiretta.

Si tratta nella sostanza di una classica obbligazione con opzione call sulle azioni di compendio. La definizione è una rielaborazione della definizione fornita dal sito di Borsa Italia:

<http://www.borsaitaliana.it/bitApp/glossary.bit?target=GlossarySearch>

¹⁷⁸ Rielaborazione tratta da OECD, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, paragrafo 54, pag.34.

¹⁷⁹ Ibidem, pag. 34.

Nell'esempio in figura, nel caso in cui l'entità B sottoscrittente decidesse di esercitare l'opzione call incorporata al CB, il gap normativo sarebbe da ricondurre al fatto che l'ordinamento tributario dello Stato B riconosce all'entità ivi residente la possibilità di dedurre dalla base imponibile il valore del premio pagato per l'esercizio dell'opzione. Allo stesso tempo l'Amministrazione Finanziaria A permette all'entità emittente di sfruttare il regime di participation exemption in quanto classifica il premio ricevuto non come semplice ricavo ma come corrispettivo della vendita delle azioni sottostanti e come tale da adoperare per il calcolo dell'eventuale plusvalenza¹⁸⁰.

3.2.2 Hybrid Transfers

Con il termine *hybrid transfers* ci si riferisce a “*particolari tipologie di finanziamenti collateralizzati o altri strumenti finanziari derivati per le quali gli ordinamenti tributari di residenza delle controparti coinvolte nel negozio riconoscono alternativamente una o l'altra parte come titolare del finanziamento collateralizzato o dello strumento derivato*”¹⁸¹.

E' evidente in questo caso che il mismatch non deriva da una antinomica caratterizzazione ai fini fiscali dello strumento finanziario o del pagamento sottostante, ma discende dal fatto che le giurisdizioni coinvolte riservano il medesimo trattamento fiscale a due soggetti diversi in quanto entrambi vengono considerati titolari dello strumento finanziario; il disallineamento in questa particolare fattispecie non è di tipo oggettivo, ricollegabile ad una divergente classificazione dello strumento finanziario, bensì di tipo soggettivo “*in quanto si fonda sulla circostanza per la quale gli ordinamenti coinvolti individuano la proprietà del collateral in capo a due soggetti*”

¹⁸⁰ È di semplice intuizione come dall'operazione descritta possa difficilmente scaturire una minusvalenza dal momento che in quella circostanza l'opzione, essendo out of the money, non verrebbe esercitata dall'entità B

¹⁸¹ OECD, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, paragrafo 54, pag.35.

distinti i quali però sono destinatari nei rispettivi ordinamenti, in quanto ivi identificati quali detentori degli strumenti, ad un analogo regime fiscale”¹⁸².

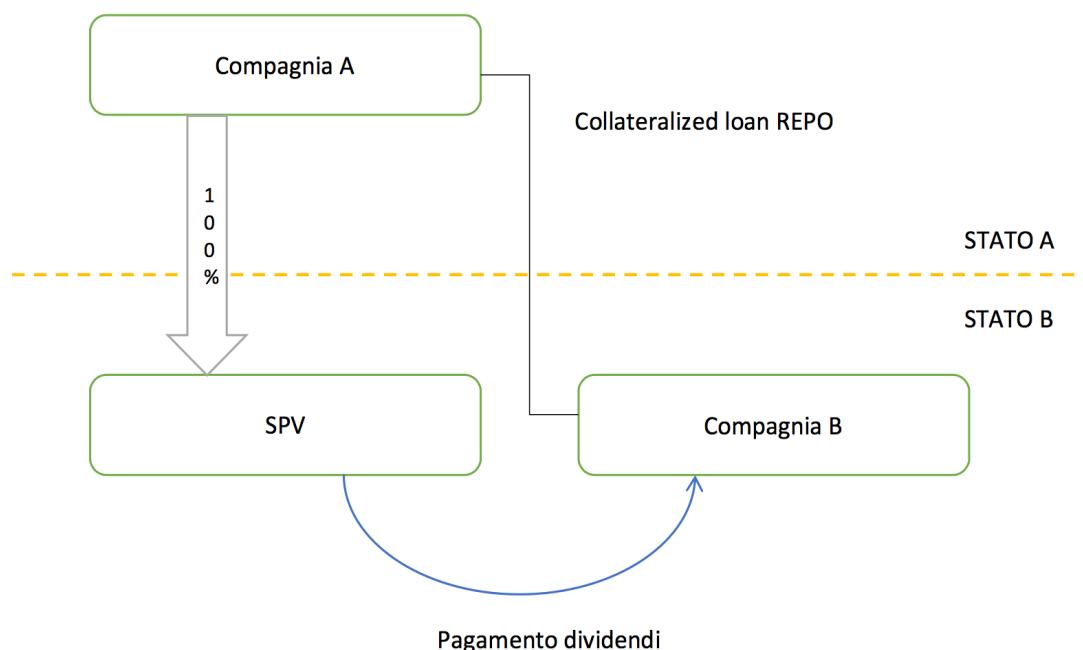


Fig.10 *Collateralized Loan REPO*¹⁸³

La figura sovrastante mostra un esempio di hybrid transfer epilogante in una deduzione non inclusione attraverso l'utilizzo di un ***Collateralized Loan REPO***.

La compagnia A costituisce un cosiddetto Special Purpose Vehicle nello Stato B e cede le partecipazioni di tale sussidiaria alla compagnia B attraverso un repurchase agreement: la compagnia A riceve il prezzo di vendita e si impegna contestualmente al riacquisto delle medesime azioni in una data futura.

L'ordinamento tributario dello Stato B analizza l'operazione da un punto di vista prettamente formale: la compagnia B è la proprietaria della partecipazione nella

¹⁸² C. Garbarino, A. Turina, “*Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement”*: un esame del relativo “*Deliverable*”” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015, pag 24.

¹⁸³ Rielaborazione tratta da OECD, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, Figura 2.2, pag.41.

sussidiaria A e beneficiaria del regime di participation exemption sui dividendi percepiti.

Al contrario lo Stato A bypassa lo schermo formale dell'operazione che viene analizzata da un punto di vista sostanziale: ciò implica che la transazione venga assimilata ad un finanziamento che la compagnia B concede alla compagnia A.

In ultima analisi quindi la compagnia A è la proprietaria della partecipazione nella sussidiaria A e i dividendi distribuiti a B vengono assimilati agli interessi sul finanziamento.

Si ipotizzi che durante il periodo intercorrente tra la cessione iniziale delle partecipazioni e il momento del riacquisto, lo SPV distribuisca l'after tax profit sotto forma di dividendi alla compagnia B (100 profitti-30% tax rate= 70 distribuito).

Lo Stato B, dal momento che formalmente l'entità B è la beneficiaria della distribuzione e quindi titolare della partecipazione, applica il regime PEX esentando da imposizione i dividendi percepiti.

Allo stesso tempo però, ed è qui che si cela il disallineamento, l'ordinamento A permette alla compagnia A di dedurre una componente negativa pari al dividendo distribuito dallo SPV nonché un credito per imposte estere pari a 30.

3.2.3 Disregarded Payments Made by Hybrid Entity

Nella fattispecie che si procede ad analizzare l'aggettivo "ibrido", e il disallineamento normativo che ne deriva, non sono da ricondurre ad un particolare strumento o trasferimento finanziario ma al contrario ad una entità¹⁸⁴ che può essere classificata alternativamente come opaca o trasparente a fini fiscali.

¹⁸⁴ Pur esulando dalla presente trattazione, è importante segnalare come gli effetti negativi derivanti dall'implementazione di tecniche di pianificazione fiscale aggressiva attraverso entità ibride sia oggetto in questi ultimi tempi di attenzione particolare da parte dell'OCSE.

Il 27 Luglio 2017 è stato infatti pubblicato il report OECD, "*Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements*", OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2017 come integrazione dell'Action Plan 2 del 2015.

Va osservato infatti come l'Item 2 del 2015 non poneva particolare attenzione sui possibili effetti negativi derivanti dall'utilizzo di particolari configurazioni giuridiche di entità sussidiarie.

Appare evidente che anche in conseguenza delle particolari architetture giuridiche che si procede ad analizzare potrebbero derivare fattispecie di deduzione non inclusione.

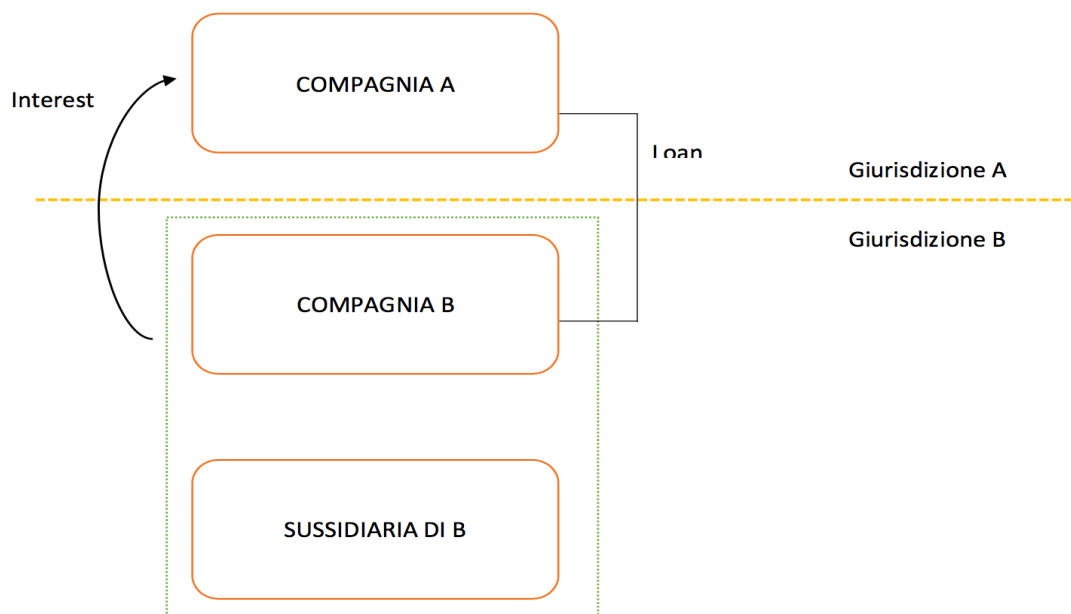


Fig.11 *Disregarded payments made by hybrid entity to a related party*¹⁸⁵

Nello scenario sovrastante si ipotizza che la compagnia A stipuli un contratto di finanziamento con la compagnia B interamente controllata¹⁸⁶: l'entità B si qualifica quale **hybrid payer** in quanto considerata trasparente a fini fiscali dalla giurisdizione A e classificata al contrario come opaca dall'ordinamento tributario dello Stato B.

Ipotizzando che la compagnia B controlli una sussidiaria operativa residente nello Stato B la quale è riconosciuta come opaca nello Stato A, nel caso in cui la compagnia B e la

Il Report in oggetto a pag. 13 afferma che si è in presenza di “*branch mismatch quando le regole ordinarie di allocazione dei redditi fra branch ed head office epilano in una non imposizione di una porzione di reddito né in capo alla branch né in capo all'entità madre*”.

¹⁸⁵ Rielaborazione tratta da OECD, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, Figura 2.3, pag.42.

¹⁸⁶ Un risultato simile in termini di deduzione non inclusione potrebbe essere raggiunto anche nel caso in cui la compagnia B fosse una stabile organizzazione (o branch) di A all'interno della giurisdizione B.

sussidiaria B rientrassero all'interno del perimetro del medesimo consolidato fiscale gli interessi passivi sopportati dalla compagnia B potrebbero essere utilizzati per abbattere il reddito imponibile della sussidiaria B: è da tale situazione¹⁸⁷ che deriva, a livello di gruppo, la problematica di deduzione non inclusione dal momento che gli interessi attivi percepiti da A non rientrano nella base imponibile per il fatto che B è trasparente e dunque ignorata fiscalmente dall'ordinamento tributario di A¹⁸⁸.

Contemporaneamente però il medesimo componente reddituale è deducibile secondo l'ordinamento B.

In conclusione della trattazione riguardante le fattispecie rientranti nelle casistiche di deduzione non inclusione, va citato il caso dei cosiddetti *reverse hybrids*.

L'Action Plan 2 non fornisce una definizione specifica di tale tipologia di mismatch la quale sembra assumere una valenza meramente stipulativa.

È possibile affermare dunque che “*non vi è nulla di sostanzialmente invertito in tale fattispecie la quale semplicemente sembra stare a designare fattispecie speculari a quelle di disregarded payments*”¹⁸⁹: mentre infatti in quest'ultimo caso ci si concentra sugli esborsi effettuati da un'entità ibrida, nel caso di *reverse hybrids* si prendono in considerazione situazioni di pagamenti effettuati nei confronti di un soggetto ibrido.

¹⁸⁷ Alcuna dottrina sostiene che la problematica principale risiederebbe non tanto nel fatto che la compagnia B dell'esempio presentata sia un'entità ibrida quanto piuttosto nel fatto che la sussidiaria B non rientri nel “perimetro impositivo” dello Stato A.

Nonostante ciò sia accettabile, al di là delle considerazioni legate alla difficoltà giuridica di far rientrare la sussidiaria B all'interno dello scope impositivo della giurisdizione A, sono evidenti i problemi che in ogni caso sorgerebbero da un punto di vista di doppia imposizione in capo alla compagnia A.

¹⁸⁸ Come affermato da R. deBoer, O. Marres, “*BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*” in Intertax, Volume 43/2015 Issue 1, pag 25 la definizione di *disregarded payment* si riferisce appunto a quelle transazioni non riconosciute fiscalmente né nello Stato di residenza del pagatore né in quello di residenza del percipiente.

¹⁸⁹ C. Garbarino, A. Turina, “*Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement”*”: un esame del relativo “*Deliverable*”” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015 pag 24.

3.3 Analisi delle strutture riconducibili a fattispecie di doppia deduzione

3.3.1 Deductible Payments Made By Hybrid Entity

Pur essendo possibili numerose variazioni in merito alle particolarità tecnico giuridiche, l'architettura base di uno schema di “*basic double deduction structure*” prevede la costituzione, da parte di un'impresa residente in uno Stato A, di una entità interamente posseduta, o in alternativa di una permanent establishment, nello Stato B: il carattere ibrido della costruzione giuridica risiede nel fatto che tale entità venga classificata come trasparente ai fini fiscali nello Stato A essendo allo stesso tempo considerata opaca fiscalmente dalla giurisdizione B.

Un'entità ibrida in tal modo congeniata, nel caso in cui a titolo esemplificativo accendesse un contratto di finanziamento nello Stato B, potrebbe dedurre fiscalmente gli interessi pagati sul prestito e il medesimo componente reddituale negativo potrebbe essere dedotto ai fini fiscali altresì dalla capogruppo residente nello Stato A dal momento che l'hybrid entity è trasparente ai fini fiscali.

Dal punto di vista della parent company residente nello Stato A la costruzione negoziale permetterebbe un ulteriore risparmio d'imposta a livello globale nel caso in cui l'entità ibrida costituisse una propria sussidiaria operativa in modo da utilizzare la deduzione per interessi passivi a livello di consolidato fiscale nello Stato B.

Una struttura negoziale come quella sopra descritta è facilmente individuabile nella pratica e da essa derivano non poche apprensioni per le Amministrazioni Finanziarie soprattutto in ragione dei diretti impatti negativi sul gettito fiscale: in particolare si dà evidenza delle recenti preoccupazioni del Governo neozelandese in merito ad un mismatch normativo nei confronti dell'ordinamento tributario australiano¹⁹⁰ il quale

¹⁹⁰ Si segnala in particolare il documento n.3 “*Foreign Hybrid Entity Double Deductions and Beps Reforms*” redatto ad Agosto 2017 da parte del Minister of Finance e dal Minister of Revenue del governo neozelandese.

Il documento è reperibile al sito internet: <https://taxpolicy.ird.govt.nz/sites/default/files/2017-other-beps-03-cabinet-paper-hybrids-april-2017.pdf>.

Si rileva in particolare che l'eliminazione del mismatch che si va ad analizzare, la cui implementazione è prevista a partire dal 2018, permetterebbe al fisco neozelandese un maggior gettito di 50 milioni di \$ per l'anno 2018 e di 100 milioni di \$ annui nel periodo 2019-2020.

permetterebbe alle imprese residenti in Nuova Zelanda di sfruttare tale disallineamento attraverso una basic double deduction structure attraverso la costituzione di una hybrid entity.

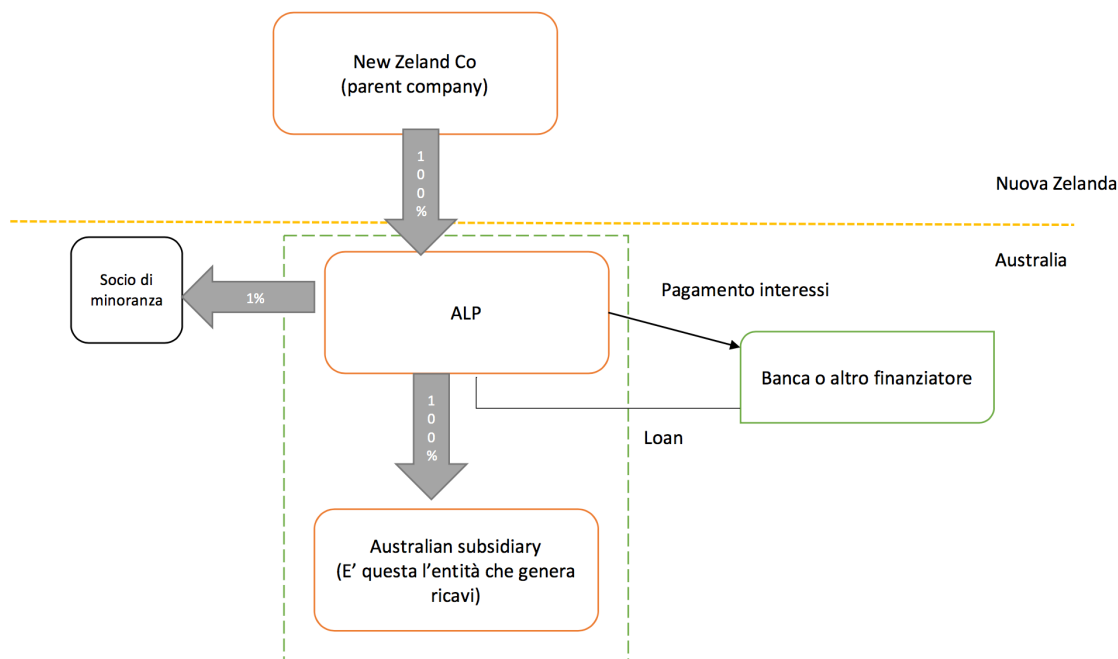


Fig.12 *Basic deduction structure neozelandese*¹⁹¹

Come si nota nella figura di cui sopra, la costruzione negoziale prevede che la parent company neozelandese costituisca una *Australian Limited Company* (ALP): tale entità è trasparente secondo l'ordinamento tributario neozelandese a condizione che sia partecipata almeno all'1% da un partner australiano mentre è considerata opaca dall'ordinamento australiano.

Si assuma, a titolo esemplificativo, che l'entità ibrida stipuli un contratto di finanziamento con una banca australiana per contribuire a finanziare il gruppo.

Le deduzioni per interessi passivi sostenuti dall'ALP, essendo tale entità considerata opaca in Australia, permettono l'abbattimento del reddito operativo della sussidiaria australiana: è la Australian subsidiary che in un'ottica di gruppo realizza i ricavi in Australia in quanto nella sostanza l'ALP non svolge alcuna attività economica se non

¹⁹¹ Ibidem.

quella di accendere il finanziamento in modo da abbattere il carico fiscale del gruppo in Australia.

Allo stesso tempo la capogruppo neozelandese, che ipotizziamo essere una holding operativa che realizza redditi imponibili, può abbattere il carico fiscale deducendo gli interessi passivi sostenuti dall'ALP essendo questa trasparente ai fini fiscali in Nuova Zelanda.

3.3.2 Dual Consolidated Companies

Il risultato di una doppia deduzione di uno stesso componente reddituale negativo può essere conseguito anche nel caso in cui il carattere ibrido dell'entità costituita dalla capogruppo non risieda nel fatto che essa venga qualificata fiscalmente come trasparente nello Stato di residenza della capogruppo e come opaca nello Stato di costituzione; se infatti la stessa entità fosse una cosiddetta “*dual resident entity*”, il risultato conseguibile in termini di doppia deduzione potrebbe essere il medesimo.

Come si è avuto modo di accennare nei capitoli precedenti, la raccomandazione OCSE prevista nell'ambito dell'Action Plan 6 di implementare una MAP per la determinazione della residenza fiscale di un'entità in luogo della regola basata sulla sede della direzione effettiva, non permette di risolvere i casi di doppia residenza nei quali un'entità risultasse residente in uno Stato A sulla base dell'ordinamento tributario interno di quello Stato e allo stesso tempo residente nello Stato B sulla base di un Trattato contro le doppie imposizioni stipulato tra lo Stato A e lo Stato B.

Le criticità tipiche derivanti dalla problematica di cui sopra, soprattutto in un'ottica di gruppo, risiedono sostanzialmente:

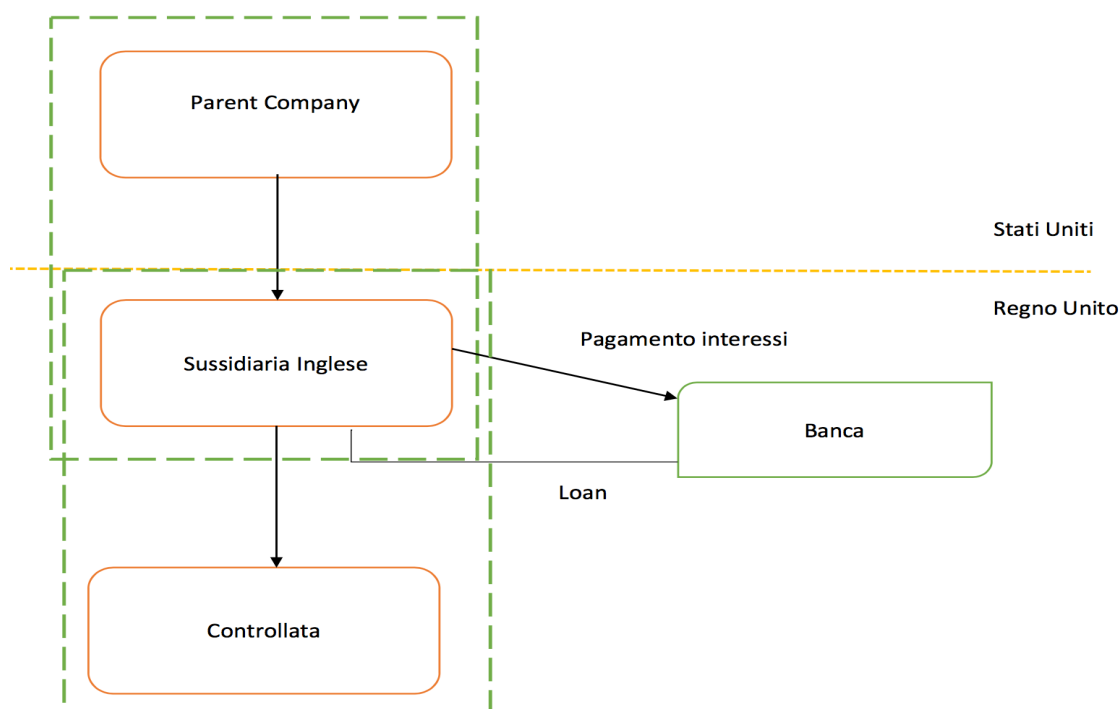
- i. *“nella capacità per l'entità dual-resident di convertire una componente negativa di reddito in una doppia deduzione in quanto sarebbe in linea teorica possibile dedurre una perdita fiscale sfruttando il regime di consolidato fiscale in entrambi gli Stati di residenza”*¹⁹² come desumibile dall'analisi della figura 13 di cui di seguito;

¹⁹² E. Pinetz, E. Schaffer, “*Limiting Base Erosion: Schriftenreihe IStR Band 104*”, Linde Verlag GmbH, Vienna 2017, pag 81.

- ii. nel caso in cui la dual resident entity realizzasse profitti, la capogruppo sarebbe in linea teorica in grado di sfruttare la protezione contro le doppie imposizioni prevista dal Trattato;

Per quanto riguarda la situazione i.) si procede con l'analisi della figura sottostante.

La giurisdizione statunitense determina la residenza di un'entità nello Stato in cui essa viene costituita mentre l'ordinamento tributario inglese determina la residenza fiscale sulla base della sede della direzione effettiva.



3.4 Misure di riforma proposte dall'OCSE

3.4.1 Raccomandazioni relative a misure di diritto interno

A dispetto delle miriadi di forme pratiche e giuridiche che, come si è avuto modo di analizzare nel presente paragrafo sono potenzialmente in grado di assumere, gli hybrid mismatch arrangements basati su strumenti o trasferimenti ibridi sono riconducibili ad un unico denominatore comune ravvisabile nella volontà per il contribuente “*consistente*

nel permettere ad uno dei soggetti coinvolti di dedurre interessi [o pagamenti assimilabili] in alcuni casi anche solo figurativi”¹⁹³.

L’OCSE per tali fattispecie critiche raccomanda sostanzialmente due tipologie di interventi:

- a) misure puramente unilaterali da ricondursi alla predisposizione di norme volte alla negazione dell’esenzione di imposta sui dividendi, o su manifestazioni di capacità contributiva assimilabili, nel caso in cui sia prevista una qualsivoglia forma di deducibilità degli stessi in capo all’erogante.

Altra direttrice di intervento riconducibile all’adozione di provvedimenti unilaterali risulta essere l’adozione di norme che vadano a limitare i crediti per imposte estere in funzione del reddito netto imponibile del percipiente residente. Appare evidente come la soluzione di limitare i crediti per imposte estere, almeno nell’ottica delle varie Amministrazioni Finanziarie, sia di più semplice implementazione se non altro per il fatto che le misure incentrate sul diniego del regime PEX in caso di componenti già deducibili per l’ente erogante necessitano quantomeno di un seppur minimo coordinamento tra gli Stati coinvolti;

- b) azioni che, seppur da concretizzarsi in disposizioni giuridiche interne ai singoli Stati, derivano da un coordinamento ex ante tra gli ordinamenti tributari coinvolti.

L’OCSE raccomanda l’adozione di tali “*regole di collegamento*” ogniqualvolta i fenomeni di D/NI non siano attribuibili ad una scorretta applicazione delle normative PEX.

Si tratta in quest’ultimo caso di implementare le così definite ***linking rules*** cioè di interventi normativi interni, ad automatica applicazione al ricorrere di determinate fattispecie, in grado di “*limitare o quantomeno riequilibrare il fenomeno della doppia non imposizione risultante dal disallineamento*”¹⁹⁴.

¹⁹³ C. Garbarino, A. Turina, “*Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement”*: un esame del relativo “*Deliverable*”” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015 pag 24.

¹⁹⁴ R. deBoer, O. Marres, “*BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*” in *Intertax*, Volume 43/2015 Issue 1, pag 20.

3.4.2 Raccomandazioni relative a norme convenzionali

E' evidente, alla luce soprattutto delle considerazioni esposte in precedenza in merito alla sensibilità della materia fiscale in un'ottica di salvaguardia della sovranità nazionale, che un approccio basato su raccomandazioni da implementare tramite disposizioni di diritto pattizio renderebbe il programma BEPS meno esposto a critiche in punto di legittimità democratica: con l'elaborazione di raccomandazioni destinate ad essere recepite nel diritto interno dei vari Stati e con *“l'elaborazione delle linking rules [l'OCSE] pare volere indossare un'inedita veste di standard setter con impatto diretto sul diritto interno degli Stati”*¹⁹⁵.

Va inoltre osservato come il ricorso a soluzioni da attivare tramite Trattati di diritto internazionale renderebbe l'efficacia delle disposizioni meno dipendente dall'attività dei singoli ordinamenti, difficilmente coordinabile e controllabile, nonché di più rapida applicazione dal momento che l'attività di modifica al Modello di Convenzione rientra di diritto nelle prerogative dell'OCSE.

Nonostante ciò *“i maggiori risultati derivanti dall'implementazione delle raccomandazioni contenute nell'Action Plan 2 ci si aspetta che derivino dalle misure incentrate sul diritto interno dei singoli Stati”*¹⁹⁶ se non altro perché l'Organizzazione si rifà alla considerazione che le possibilità di international tax arbitrage derivino per la maggior parte da disallineamenti e gaps tra i vari ordinamenti tributari nazionali.

Le disposizioni dell'OCSE in tema di diritto pattizio si concentrano sostanzialmente sulla risoluzione di due problematiche principali: i) quelle relative ai di entità dual resident; ii) quella poste da entità trasparenti.

Per quanto riguarda il primo obiettivo, l'Action Item 2 raccomanda, in alternativa all'adozione di una norma anti abuso generale che risulterebbe sì ad ampio spettro ma allo stesso tempo rischierebbe di essere insufficientemente efficace, l'adozione di una sorta di *“linking rule in base alla quale lo Stato, a cui non viene attribuita la residenza*

¹⁹⁵ C. Garbarino, A. Turina, *“Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement” : un esame del relativo “Deliverable”*” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015, pag 30.

¹⁹⁶ R. deBoer, O. Marres, *“BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements”* in *Intertax*, Volume 43/2015 Issue 1, pag 31.

sulla base delle regole pattizie, adottati automaticamente tale esito anche a fini interni”¹⁹⁷.

Con riferimento alle questioni critiche che originano da società trasparenti, in sostanza l’OCSE propone che *“un’entità trasparente possa essere considerata come una persona fisica ai fini dell’applicazione di una convenzione contro le doppie imposizioni”*¹⁹⁸; il Modello OCSE prevede infatti che il reddito prodotto da un soggetto persona fisica sia considerato come imponibile da almeno uno degli Stati contraenti.

Viene proposto infine di includere uno specifico paragrafo all’articolo 1 del Modello di Convenzione OCSE sulla base del quale venga previsto che, ai fini dell’applicazione di un Trattato fiscale, il reddito prodotto o conseguito tramite una entità considerata in tutto o in parte come trasparente ai sensi dell’ordinamento di uno degli Stati contraenti, sia considerato come reddito di un soggetto residente in uno degli Stati contraenti ma solo nella misura in cui il reddito venga assoggettato ad imposizione in capo ad un soggetto residente di quello Stato.

¹⁹⁷ OECD, *“Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2: 2014 Deliverable”* OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing 2014, pag 82.

¹⁹⁸ C. Garbarino, A. Turina, *“Il Progetto BEPS e gli “hybrid mismatch arrangement”: un esame del relativo “Deliverable”*” in *Fiscalità & Commercio Internazionale*, Fasc.5/2015, pag.30.

3.5 Normativa di contrasto agli hybrid mismatch arrangements nel contesto europeo: ATAD I e ATAD II

Nell'ambito del contesto europeo, il Consiglio UE implementa le raccomandazioni OCSE elaborate nell'ambito del Progetto BEPS attraverso lo strumento giuridico della Direttiva¹⁹⁹.

In particolare, “*al fine di rendere effettivo il principio per cui ogni società è tenuta a pagare le imposte nel luogo in cui gli utili e il valore vengono generati*”²⁰⁰, nell'ambito del cosiddetto Pacchetto Antielusione²⁰¹ presentato dalla Commissione Europea, il Consiglio UE ha adottato la cosiddetta *Anti Tax Avoidance Directive*²⁰² (ATAD 1) nel Luglio 2016.

Oltre a prevedere normative specifiche, al fine di recepire in principi OCSE elaborati in seno al Progetto BEPS, in tema di deducibilità degli interessi, di predisposizione di un

¹⁹⁹ È vero che, in materia di imposizione diretta, obiettivo principale non è quello di armonizzazione delle politiche fiscali degli Stati membri dal momento che, come dispone l'art.115 TFUE, “*il Consiglio, deliberando all'unanimità, [...] stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative*” sulla base quindi di un approccio incentrato su un ragionevole grado di conformità tra i vari Stati su aspetti particolari dell'imposta.

Nonostante quanto appena affermato, è evidente come lo strumento della Direttiva permetta in ogni caso di perseguire uno degli obiettivi principali più volte esplicitato nell'ambito del Progetto BEPS e cioè quello di coordinare e armonizzare le politiche fiscali degli Stati coinvolti nel Programma; come afferma l'art.288 paragrafo 3 TFUE infatti, “*la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi*” assicurando uniformità di applicazione ma lasciando allo stesso tempo possibilità di manovra ai legislatori nazionali al fine di adattare il recepimento delle norme alle specificità dei vari contesti nazionali.

Gli Stati membri avranno tempo fino al 1° gennaio 2020 per recepire la Direttiva in oggetto; 1 Gennaio 2022 per le disposizioni sui disallineamenti da ibridi inversi.

²⁰⁰ F. Vicentini, F. Pecorari, “*Disallineamenti da ibridi con Paesi Terzi: nuove regole contro l'elusione fiscale*” in Il Quotidiano IPSOA del 6 Giugno 2017 reperibile al sito:

<http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalitainternazionale/quotidiano/2017/06/06/disallineamenti-da-ibridi-con-paesi-terzi-nuove-regole-contro-l-elusione-fiscale>.

²⁰¹ Si intende la “Proposta di Direttiva del Consiglio recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno” del 28 Gennaio 2016 [COM (2016)/26].

²⁰² Mi riferisco alla Direttiva UE 2016/1164 del Consiglio del 12 Luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno; pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 19 Luglio 2016.

exit tax²⁰³ e di una norma generale anti abuso, l'articolo 9 della Direttiva ATAD 1 disciplina nello specifico i casi di disallineamento da ibridi; esso afferma sostanzialmente che *“la qualificazione giuridica attribuita [...] dallo Stato di origine del pagamento venga presa in considerazione, ai fini fiscali, dall'altro Stato membro coinvolto”*²⁰⁴ in modo tale da eliminare sul nascere le problematiche analizzate di doppia deduzione e di deduzione non inclusione.

Per effetto di tale principio dunque:

- a) Nel caso in cui il mismatch normativo vada ad epilogare nella fattispecie di doppia deduzione l'articolo 9 paragrafo 1 dispone *“che la deduzione si applica unicamente nello Stato in cui il pagamento ha origine”*;
- b) Nel caso in cui il disallineamento determini una fattispecie di deduzione non inclusione, lo Stato membro del pagatore deve prevedere meccanismi normativi in grado di negare la deduzione del pagamento;

Si è fin da subito assunta la consapevolezza però che *“anche i contribuenti dell'Unione Europea impegnati in strutture transfrontaliere che coinvolgono Paesi terzi, beneficiano di disallineamenti da ibridi”*²⁰⁵ e dunque le disposizioni contenute in ATAD 1 risultano alquanto inefficaci a contrastare gli effetti negativi derivanti da hybrid mismatch dal momento che non è applicabile, a livello extra europeo, l'uniformità di qualificazione di strumenti finanziari prevista dall'articolo 9.

Già nel luglio 2016 il Consiglio ECOFIN asserì l'inadeguatezza delle disposizioni della Direttiva ATAD 1 in tema di hybrid mismatch chiedendo alla Commissione Europea *“di avanzare [...] una proposta sui disallineamenti da ibridi che coinvolgono paesi*

²⁰³ L'articolo 5 della Direttiva ATAD 1 prevede infatti che al fine di assicurare, in caso di trasferimenti di attivi al di fuori della giurisdizione fiscale di uno Stato, l'effettivo assoggettamento ad imposizione delle eventuali componenti reddituali positive generate dal trasferimento, detto Stato provveda ad assoggettare ad imposta il valore economico di qualsiasi plusvalenza sorta nel suo territorio.

²⁰⁴ F. Vicentini, F. Pecorari, *“Disallineamenti da ibridi con Paesi Terzi: nuove regole contro l'elusione fiscale”* in Il Quotidiano IPSOA del 6 Giugno 2017 reperibile al sito: <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalitainternazionale/quotidiano/2017/06/06/disallineamenti-da-ibridi-con-paesi-terzi-nuove-regole-contro-l-elusione-fiscale>.

²⁰⁵ Ibidem.

terzi”²⁰⁶.

È questo il motivo per cui il 29 maggio 2017 il Consiglio, al fine di impedire la riduzione del debito d'imposta complessivo che i Gruppi riescono a raggiungere attraverso lo sfruttamento delle disparità tra due o più giurisdizioni fiscali extra europee, ha adottato la cosiddetta **Direttiva ATAD II**²⁰⁷.

La nuova formulazione dell'articolo 9, rubricato “Disallineamenti da ibridi”, individua tre distinte metodologie di contrasto a secondo della tipologia di effetto che scaturisce dal disallineamento:

- a. Nel caso in cui il mismatch normativo vada ad epilogare nella fattispecie di doppia deduzione, la Direttiva ATAD II prevede che la primary response spetti allo Stato membro in cui risiede fiscalmente l'entità investitrice il quale deve implementare normative in modo da negare la deduzione del componente reddituale; l'articolo 9 paragrafo 1 dispone infatti “*che la deduzione si applica unicamente nello Stato in cui il pagamento ha origine*”.

Nel caso in cui la deduzione non venga negata dalla giurisdizione tributaria dell'investitore, questa dovrà essere negata nello Stato membro corrispondente alla giurisdizione del pagatore.

A fronte di situazioni per cui, nel periodo d'imposta di riferimento o successivi, si assista allo sviluppo di situazioni di doppia inclusione di una stessa componente reddituale, la Direttiva ammette che uno Stato possa ammettere alla compensazione la componente reddituale di cui è stata negata la deduzione.

- b. In caso di deduzione non inclusione, l'art. 9 stabilisce una disciplina che varia in funzione dell'origine del pagamento
 - I. Se il pagamento ha origine in uno Stato membro, detto Stato membro nega la deduzione;

²⁰⁶ Tale proposta emerge esplicitamente nel considerando numero 5 della proposta di Direttiva UE 2017/952.

²⁰⁷ Mi riferisco alla Direttiva UE 2017/952 del Consiglio del 29 Maggio 2017 recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi; pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 7 Giugno 2017. La Direttiva è stata adottata senza discussione durante una sessione del Consiglio Competitività in seguito ad un accordo raggiunto in una sessione del 21 febbraio 2017. Il Parlamento Europeo ha presentato il parere favorevole al progetto di riforma il 27 aprile 2017

- II. se il pagamento ha origine in un paese terzo, lo Stato membro interessato esige dal contribuente l'inclusione di detto pagamento nella base imponibile, salvo che il paese terzo abbia già negato la deduzione o abbia richiesto l'inclusione del pagamento

- c. Nel caso di fattispecie di disallineamenti da residenza fiscale, la Direttiva ATAD II prevede che nella misura in cui una deduzione di pagamenti di un contribuente residente a fini fiscali in due o più giurisdizioni sia deducibile dalla base imponibile in entrambe le giurisdizioni, lo Stato membro del contribuente nega la deduzione nella dimensione in cui l'altra giurisdizione consente che la doppia deduzione sia compensata.
Nel caso in cui entrambi gli Stati di residenza fossero Stati membri dell'Unione Europea, è lo Stato membro in cui il contribuente non è considerato residente ai sensi della convenzione contro la doppia imposizione tra i due Stati membri a dover negare la deduzione.

In conclusione è importante considerare il fatto che le norme sui disallineamenti da ibridi, così come implementate tramite ATAD II, si applicano automaticamente ai pagamenti transfrontalieri senza dover dimostrare la volontà del contribuente di perseguire, tramite la costruzione negoziale, l'obiettivo di minimizzazione del carico fiscale complessivo.

CONCLUSIONI

RIFLESSIONI CONCLUSIVE CRITICHE SULL'EFFICACIA ATTUALE DELLE RACCOMANDAZIONI BEPS

Il contrasto alle pratiche BEPS, che l'omonimo Progetto intrapreso dall'OCSE pone come obiettivo fondamentale, è senza dubbio uno *“dei principali problemi dei nostri tempi come dimostrano le notizie di cronaca fiscale”*²⁰⁸: si tratta di una tematica fortemente complessa, trasversale a numerosissime questioni di fiscalità internazionale e che interessa non solo imprese dell'economia digitale ma altresì gruppi multinazionali di settori più tradizionali²⁰⁹ per i quali valgono le medesime considerazioni sugli effetti negativi derivanti dalle pratiche di aggressive tax planning proposte nel corso della trattazione.

Si è potuto osservare inoltre come il fenomeno dell'elusione fiscale internazionale, e della delocalizzazione dei profitti che ne deriva, abbia valicato i confini tecnici della materia fiscale divenendo a tutti gli effetti una tematica etica e sociale soprattutto in un periodo storico di crisi economica qual è quello attuale: *“le pratiche BEPS non solo privano i vari Stati di preziose risorse economiche necessarie per agganciare il treno della ripresa [...] ma soprattutto abbattano la fiducia dei cittadini nell'equità complessiva del sistema tributario”*²¹⁰.

Se dunque complessa è la questione, i meccanismi di contrasto non possono certo risultare elementari; alcuna dottrina rileva addirittura come i nuovi principi elaborati in

²⁰⁸ A. Contrino, *“Brevi Osservazioni Sulla (In)Efficacia Delle Attuali Azioni di Contrasto Alle Politiche Fiscali di Delocalizzazione del Reddito”*, Heinonline Bocconi legal papers 2016, pag. 45.

²⁰⁹ A titolo esemplificativo si rimanda a E.D. Kleinbard, *“Through a Latte, Darkly: Starbuck's Stateless Income Planning”* in Legal Studies Research Paper Series, 2013, n°13(10), per una disamina approfondita delle tecniche di pianificazione fiscale aggressiva intraprese dalla multinazionale Starbuck's.

²¹⁰ Discorso del Segretario Generale dell'OCSE Angel Gurría del 5 Ottobre 2015 in occasione della presentazione del *“BEPS 2015 Final Report”*.

Il discorso completo è reperibile al webcast del canale ufficiale YouTube dell'OCSE al seguente indirizzo:

<https://www.youtube.com/watch?v=dVRVfIz9c64>.

seno al progetto BEPS rappresentino, “*se non proprio una <<rivoluzione copernicana>>, un significativo cambiamento di paradigma*”²¹¹ rispetto al quadro prevalente di fiscalità internazionale.

Una delle caratteristiche più innovative del Progetto BEPS è stata probabilmente l’assunzione di consapevolezza a livello sovranazionale del fatto che la problematica della delocalizzazione di materia imponibile verso Paesi a bassa fiscalità non può essere affrontata autonomamente dai singoli Stati: le grandi multinazionali sono ormai contribuenti globali da non considerarsi più a livello tributario come una “*costellazione di società connesse ma [piuttosto] come un’entità unica*”²¹² che, lecitamente da un punto di vista giuridico, tenta di sfruttare le diversità, i mismatch tra i vari ordinamenti tributari nonché le falle nei Trattati fiscali bilaterali al fine di minimizzare il carico tributario complessivo a livello di gruppo.

Tuttavia il vero problema risulta essere non tanto il perseguimento dell’obiettivo di ridurre il costo fiscale complessivo in sé, quanto piuttosto il fatto che nel legittimo tentativo di ridurre il carico fiscale spesso le imprese multinazionali creano situazioni di doppia non imposizione da cui derivano le già ampiamente discusse conseguenze negative in termini di gettito fiscale, di drenaggio fiscale e di impatto negativo sull’equilibrio macro economico generale e sull’equità complessiva dei sistemi impositivi.

Come si è avuto modo di analizzare nei capitoli precedenti “*sono stati necessari circa due anni per realizzare il pacchetto finale del Progetto BEPS e dunque, a maggior ragione, sarà necessario un altrettanto ampio lasso temporale per apprezzarne pienamente le conseguenze sui contribuenti e sulle Amministrazioni Finanziarie*”²¹³; nonostante questa doverosa premessa, che non consente agli studiosi di arroccarsi né sulla posizione di un eccessivo ottimismo sul buon esito della riforma ne permette di

²¹¹ S. Mayr, G. Fort, “*Il progetto BEPS ed i beni immateriali*” in *Corriere Tributario*, Fascicolo 7/2014, pag. 549.

²¹² S. Cipollina, “*I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*” in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Milano, Fasc. 1/2014, pag. 36.

²¹³ X. Daluzeau, “*BEPS and Transfer Pricing: What Do We Do Now?*” in *Tax Planning International Review*, Vol. 43/2016 n. 1, pag. 8.

muovere critiche radicali al Progetto, chi scrive protende verso un velato pessimismo circa l'efficacia degli interventi raccomandati nei 15 Action Plan che si è avuto modo di esaminare nonché sui risultati che scaturiranno, e che ad oggi sono derivati, dall'implementazione di tali raccomandazioni.

Si tenterà perciò, in questo capitolo conclusivo, di illustrare le motivazioni a fondamento della considerazione per cui le raccomandazioni prodotte in seno al Progetto BEPS siano da considerarsi nella sostanza delle “*armi spuntate*”.

La tesi di una non scontata ed efficace implementazione delle raccomandazioni OCSE se si vuole risulta sostenuta anche da un punto di vista empirico: “*se si pone l'Italia al cospetto del Progetto BEPS emerge che, in quanto ai mezzi di contrasto ai fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, l'ordinamento tributario risulta già <<coperto>> su tutti i fronti*”²¹⁴; addirittura già dal 2008 la Corte di Cassazione aveva elaborato quel divieto di carattere generale di abuso del diritto poi recepito legalmente nell'articolo 10-bis dello Statuto del Contribuente.

La normativa fiscale e le prassi amministrative inoltre, già ben prima della pubblicazione definitiva dei 15 Action Plan avevano implementato disposizioni specifiche riguardanti ad esempio la disciplina e la disclosure inerenti il transfer pricing o le CFC rules.

Anche in tema di disallineamenti da ibridi, soprattutto con riferimento alle situazioni in cui il mismatch è generato da una diversa qualificazione giuridica del flusso di pagamento, “*la normativa italiana [anticipando addirittura le disposizioni della Direttiva ATAD II], appare già idonea a prevenire situazioni elusive*”²¹⁵.

Il riferimento va ricercato in particolare all'art. 44, comma 2, lettera a), del TUIR il quale dispone che sono da considerarsi similari alle azioni, e perciò potenzialmente soggetti al regime di participation exemption, solo gli strumenti che prevedono una

²¹⁴ A. Contrino, “*Brevi Osservazioni Sulla (In)Efficacia Delle Attuali Azioni di Contrasto Alle Politiche Fiscali di Delocalizzazione del Reddito*”, Heinonline Bocconi legal papers 2016, pag 48.

²¹⁵ C. Montinari, A. Sandalo, “*Verso il recepimento della direttiva anti-elusione*”, in Il quotidiano IPSOA del 30 Agosto 2017, reperibile al seguente sito internet: <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2017/08/30/verso-il-recepimento-della-direttiva-anti-elusione>.

remunerazione indeducibile dal reddito imponibile dell'emittente.

Disposizione speculare, applicabile all'emittente società italiana, è l'art. 109, comma 9, lettera a), TUIR.

Nonostante ciò appare evidente, dalle notizie di odierna cronaca fiscale, come tali disposizioni di contrasto non abbiano impedito che il contesto italiano subisse fenomeni consistenti di dirottamento della ricchezza prodotta nel territorio soprattutto da parte di imprese dell'economia digitale; ci si chiede pertanto come l'implementazione delle raccomandazioni contenute nel Progetto BEPS possano permettere di conseguire risultati in termini di contrasto a pratiche elusive in quegli Stati che sono chiamati per la prima volta a sperimentarle se i medesimi strumenti hanno avuto esiti negativi in un contesto economico dove già erano state sperimentate le stesse disposizioni.

Tuttalpiù è possibile affermare che *“i rapporti BEPS potranno costituire un valido supporto [alle Amministrazioni Finanziarie] nel momento in cui i principi generali dovranno essere coniugati con le esigenze specifiche”*²¹⁶ dei contesti economici di riferimento.

Già si è affermato che intuizione nodale dell'intero Progetto BEPS è stata la presa di coscienza del fatto per cui, dal momento che le tecniche di pianificazione fiscale aggressiva trascendono i confini nazionali di residenza delle imprese che le pongono in essere, i meccanismi di contrasto non possono che venire elaborati ed implementati a livello sovranazionale; malgrado ciò appare lampante dall'analisi delle raccomandazioni contenute nei 15 Action Plan che la maggior parte degli interventi raccomandati per il contrasto delle pratiche BEPS siano stati rimessi alle singole Amministrazioni Finanziarie dei vari Stati.

Tale considerazione emerge in particolare con riferimento ai documenti consultivi OCSE emessi successivamente alla presentazione dell'Action Plan 2 nei quali esplicitamente si afferma che *“l'aspettativa sui maggiori risultati per la risoluzione dei disallineamenti da ibridi sono attesi dall'implementazione delle raccomandazioni relative agli ordinamenti interni”*²¹⁷; dall'analisi poi dei restanti Action Item, ed in

²¹⁶ M. Greggi, *“Coordinamento fiscale e doppie deduzioni internazionali nel quadro dell'iniziativa BEPS”* in Rivista di Diritto Tributario Internazionale, Fasc. 3/2013, pag.25.

²¹⁷ 2014 OECD *“Consultation on Recommendations on Treaty Issues”*, pag. 4.

particolare quelli relativi alla disciplina CFC, alla normativa sulla stabile organizzazione e sul transfer pricing, emerge in modo evidente che gli interventi di contrasto nelle diverse aree del diritto tributario internazionale vengano rimesse prevalentemente ai singoli Stati i quali sono chiamati a predisporre norme di contrasto, a seconda dei casi e delle necessità, specifiche o generali.

L'efficacia di un tale approccio è assai limitata in quanto risente inevitabilmente del fatto che, anche all'interno della stessa Unione Europea ad esempio, vi siano Paesi che in ossequio al paradigma della *tax competition* agiscono da *free-riders fiscali* attuando regimi di tassazione preferenziale per specifiche manifestazioni di capacità contributiva; sono questi interventi unilaterali e scoordinati che realizzano, come si è visto, le condizioni in grado di consentire alle imprese multinazionali di abbattere il carico fiscale di gruppo attraverso tecniche di delocalizzazione dei profitti.

Allargando il perimetro di analisi va osservato, sempre con riferimento alla imprescindibile necessità di coordinazione tra i vari Stati per l'implementazione di una riforma efficace in termine di prevenzione di fenomeni elusivi, che anche nel momento in cui l'OCSE ha assunto su di sé le leve di riforma, come effettivamente è stato con la predisposizione dello strumento multilaterale MLI descritto approfonditamente analizzando l'Action Plan 15, gli Stati firmatari hanno sfruttato la possibilità di scegliere quali Trattati bilaterali, e soprattutto quali specifiche disposizioni di questi, far rientrare nel perimetro di applicazione della MLI.

Va osservato inoltre che le varie Amministrazioni Finanziarie, anche qualora firmatarie della Convenzione multilaterale, hanno nella maggior parte dei casi fruito della facoltà di imporre le cosiddette clausole di riserva attraverso le quali far prevalere in via unilaterale i singoli Trattati bilaterali sulle disposizioni dello strumento multilaterale a loro più sfavorevoli.

Emblematica è inoltre l'analisi della politica fiscale dell'Amministrazione statunitense la quale, oltre a non aver optato per la firma del Trattato MLI, non solo ha scelto di mantenere all'interno del proprio ordinamento tributario la previsione della già ampiamente menzionata *check-the-box rules*, vanificando gran parte degli obiettivi del Progetto BEPS in tema di CFC, ma ha addirittura previsto una riduzione dal 35% al 14%

dell'imposta sui dividendi nella prossima riforma fiscale^{218;219}.

Alla luce di quanto affermato appare dunque improbabile, o quantomeno inefficace per un singolo Stato, osteggiare efficacemente le pratiche BEPS in un contesto competitivo in cui i gruppi multinazionali sono in grado di regolare a livello globale il carico fiscale e gli altri Stati, anche qualora non agissero esplicitamente da free riders fiscali dirottando verso i loro territori la ricchezza tassabile, continuano comunque a *“legiferare in modo autonomo e scoordinato sulla base del detto <<ognuno per sé e che il diavolo si prenda l'ultimo>>”*²²⁰.

Ulteriore considerazione critica risiede nella circostanza per cui l'approccio riformatore scelto dall'OCSE è stato quello di suggerire interventi volti ad aggredire le grandi imprese strutturate su scala globale le quali sono individuate in seno al Progetto BEPS come uniche colpevoli delle partecche di delocalizzazione dei profitti per il fatto che, come in realtà è consueto che sia nell'ambito di un ordinario rapporto Fisco-contribuente, interpretano le disposizioni fiscali in un'ottica ad esse favorevole spesso divergente da quelle delle Amministrazioni Finanziarie.

È chiaro invece come *“i gruppi multinazionali [...] non fanno altro che applicare le norme fiscali interne o convenzionali previste dai vari Stati e in particolare da quelli*

²¹⁸ Si rimanda a tal proposito all'articolo di M. Valsania, *“Pronta la riforma fiscale di Trump, per le aziende aliquota al 20%”* ne IlSole24 ore del 27 Settembre 2017 reperibile al sito internet: <http://www.ilsole24ore.com/art/mondo/2017-09-27/pronta-riforma-fiscale-trump-le-aziende-aliquota-20percento-172644.shtml?uuid=AE5M1iaC>.

²¹⁹ Va osservato infatti che il motivo per cui gli Stati Uniti concedono alle imprese multinazionali residenti di delocalizzare all'estero i propri profitti attraverso la predisposizione di tecniche di pianificazione fiscale aggressiva, anche non troppo sofisticate sfruttando ad esempio la check-the-box-rules, risiede nella considerazione per cui gli extra utili accumulati all'estero derivanti dal risparmio d'imposta realizzato tramite le succitate tecniche di pianificazione fiscale saranno in ogni caso soggetti ad imposizione negli Stati Uniti nel momento della distribuzione dei dividendi alla capogruppo americana; è evidente però che in tal modo viene amplificato il problema del *“tax deferral”* cioè la questione legata all'accumulazione di dividendi e capital gains privi di imposizione finché l'investitore non li preleva e ne prende possesso che potenzialmente genera gli stessi squilibri macroeconomici e le stesse conseguenze negative in termini di equilibrio economico generale tipiche della doppia non imposizione.

²²⁰ H. Van den Hurk H., *“Starbucks versus the People”* in Bulletin for International Taxation, Volume 68/2014, Fascicolo 1, pag.28.

*che si comportano come free riders fiscali*²²¹ che sono dunque i veri incentivatori, o quantomeno i corresponsabili, delle pratiche di delocalizzazione delle basi imponibili. Non appare dunque corretto demonizzare il comportamento delle imprese multinazionali e non risulta applicabile, in termini di equità dei sistemi impositivi, l'implementazione di normative che andrebbero a sovraccaricare le imprese che operano su scala globale di eccessivi ed onerosi costi di compliance senza essere in grado di prevenire adeguatamente le pratiche BEPS.

Sarebbe stato senza dubbio più efficace, in termini di contrasto alle pratiche BEPS, scegliere la soluzione di aggredire solo, o quantomeno anche, gli Stati colpevoli della *unfair tax competition* di cui si è discusso nei capitoli precedenti: sono infatti sotto gli occhi dell'intera comunità internazionale gli ottimi risultati raggiunti nella lotta ai paradisi fiscali i quali sono stati costretti ad abbandonare le proprie leve di free riding fiscale attraverso strumenti di pressione internazionale.

Va osservato a tal riguardo inoltre come gli Stati da considerarsi *free riders* fiscali non siano molti e, con ordinari interventi di moral suasion e di pressione politica nei loro confronti, essi potrebbero essere costretti a modificare in maniera rapida quelle disposizioni tributarie che rendono possibili tecniche di pianificazione fiscale aggressiva da parte di imprese multinazionali.

Al contrario, collegandosi alla critica precedente, gli Stati che subiscono fenomeni di delocalizzazione di ricchezza, e che sono chiamati ad implementare le raccomandazioni di contrasto previste in seno al Progetto BEPS, sono molti e passerà molto tempo prima che tutti realizzino in modo coordinato, o quantomeno si mettano nelle condizioni di realizzare, le raccomandazioni OCSE.

E' palese inoltre che le soluzioni proposte dall'OCSE siano destinate a colpire solo le forme BEPS più evidenti e dunque solo quei contesti economici maggiormente esposti. Soluzione alternativa, la quale però non emerge dalla lettura delle raccomandazioni contenute nei 15 Action Plan, potrebbe essere quella di riprendere il progetto di **Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)** già vagliato in sede

²²¹ A. Contrino, "Brevi Osservazioni Sulla (In)Efficacia Delle Attuali Azioni di Contrasto Alle Politiche Fiscali di Delocalizzazione del Reddito", Heinonline Bocconi legal papers 2016, pag 49.

europea²²²: si tratta di una formula assimilabile al concetto di “*formulary apportionment*” cioè “*un sistema di imposizione incentrato sulla ripartizione dei redditi conseguiti su scala globale [...] qualora non fosse possibile un’allocazione personalizzata*”²²³ e puntuale tra le diverse entità componenti il gruppo multinazionale. La proposta CCTB prevede la definizione di regole comuni per la determinazione della base imponibile dei gruppi societari ed in particolare la suddivisione di tali profitti tra i diversi Paesi in cui operano le entità del gruppo in base a metodi che tengano conto dei vari fattori che concorrono a creare ricchezza quali, a titolo esemplificativo, l’ammontare degli assets fisici o il numero dei lavoratori collocati in un determinato Stato; la proposta CCCTB prevede però di lasciare libertà alle singole Amministrazioni Finanziarie di determinare le aliquote d’imposizione sulla quota di profitti ad esse allocate.

Questo sistema, dal momento che avrebbe la conseguenza di sostituire sia il criterio della tassazione nello Stato di residenza sia quello della tassazione nello Stato della fonte, permetterebbe in ultima analisi di rendere inefficaci le politiche di pianificazione fiscale aggressiva e di delocalizzazione dei redditi da parte di gruppi strutturati su scala globale in quanto consentirebbe di tassare i profitti conseguiti nei Paesi in cui le attività hanno avuto luogo e dove il valore aggiunto è stato effettivamente prodotto.

Sarebbe in tal modo possibile il raggiungimento dell’esplicitato obiettivo di ricongiungere l’imposizione al luogo in cui si colloca la sostanza economica delle operazioni lasciando però ai vari Paesi, allo stesso tempo, ampia libertà di gestione delle leve di politica fiscale attraverso la definizione delle aliquote impositive.

È evidente che “*una variazione nella ripartizione della materia imponibile tra gli Stati incontrerebbe notevole resistenza da parte degli Stati i quali dovrebbero cedere base imponibile a favore di altri*”²²⁴; soprattutto nel contesto europeo nel quale “*in materia*

²²² Il 16 marzo 2011 la Commissione Europea propose l’introduzione di una base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società poi accantonata per l’opposizione di alcuni Stati quali l’Irlanda, il Lussemburgo e Malta.

il 25 ottobre 2016 il commissario agli affari economici e finanziari, Pierre Moscovici rilancia l’idea di una nuova CCCTB di cui si discuterà in Parlamento Europeo a dicembre 2017.

²²³ M. Koomen, “*Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle - Part I*” in *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 22/2015 n°. 3, pag. 142.

²²⁴ S. Mayr, G. Fort, “*Il progetto BEPS ed i beni immateriali*” in *Corriere Tributario*, Fascicolo 7/2014, pag. 548.

*di imposizione diretta, il Trattato prevede che le norme europee derivate debbano essere approvate all'unanimità ed ogni Stato avrebbe, dunque, una sorta di potere di veto*²²⁵, l'egoismo fiscale da parte di alcuni Stati rischierebbe di far arenare le proposte di riforma sopra descritte.

In conclusione appare evidente che gli obiettivi perseguiti tramite il Progetto BEPS sono pienamente meritevoli di tutela ma la strategia non appare molto positiva e la speranza che le raccomandazioni previste vengano correttamente applicate non sono delle più rosee; va detto però che il progetto BEPS è più che altro un viaggio, un progetto di riforma in itinere lastricato di intralci, piuttosto che una risposta a singole problematiche fiscali.

Come però insegnano le regole del discernimento ignaziano, gli ostacoli lungo il percorso indicano che la strada che si sta percorrendo è quella giusta.

²²⁵ A. Contrino, “*Brevi Osservazioni Sulla (In)Efficacia Delle Attuali Azioni di Contrasto Alle Politiche Fiscali di Delocalizzazione del Reddito*”, Heinonline Bocconi legal papers 2016, pag. 52.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

- Algostino A., “*La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*” in “costituzionalismo.it”, Fascicolo 3-2016, pag.256.
- Altshuler R., “*Inter-Nation Competitiveness: A discussion Paper on Base Erosion and Profit Shifting*” in Bulletin of International Taxation, N°6/7, 2014.
- Ault H.J., “*The Importance of International Cooperation in Foreign Tax Policy*” in Brooklyn Journal of International Law, N°26-2001, pag.1693.
- Ault H.J., “*Some Reflections on the OECD and the Sources of International Tax Principles*” in Tax Notes International Vol.70/12 del 17 Giugno 2013, pag.1195.
- Ault H.J., Schon W., Shay S.E., “*Base Erosion and Profit Shifting: a roadmap for reforms*” in Bulletin for International Taxation, Volume 68/2014 n.6/7, pag.275 e ss.
- Avi Yonah R., Clausing K.A., Durs M.C., “*Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*”, in Florida Tax Review, N. 5/2009, pag.504.
- Avolio D., “*La stabile organizzazione e il Progetto BEPS dell’OCSE*” in Corriere Tributario, Fascicolo 19/2014, pag.1473.
- Bagnoli L., “*Responsabilità sociale e modelli di misurazione*”, Franco Angeli Editore, 2010, pag.28.
- Baker P., “*Is There a Cure for BEPS?*” in British Tax Review, Fasc. N.5/2013, pag.605.
- Baker P., “*The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes*”, Intertax, Vol.43, Issue 1, 2015, pag.85-90.
- Bartelsman E. J., Beetsma R., “*Why pay more? Corporate tax avoidance through transfer pricing in OECD countries*”, Tinbergen Institute Discussion Paper 2000-054/2. Contributo reperibile al sito: www.tinbergen.nl
- Bauman Z., “*Liquid life*”, Cambridge 2005. Traduzione italiana di M. Cupellaro, ed. Laterza, Roma 2008, pag. VII-IX.
- Beghin M., “*Diritto Tributario. Per L’università e per la preparazione alle professioni economico giuridiche*”, CEDAM 2015, pag.28.
- Bin R., “*La scarsa neutralità dei neologismi. Riflessioni attorno a soft law e governance*” all’interno del manuale AA. VV a cura di Somma A., “*Soft law e hard law nelle società postmoderne*”, G. Giappichelli Editore 2009, pag.31.
- Brauner Y., “*What the BEPS?*” in Florida Tax Review Vol. 16/2014 Fasc. 2, pag. 55-115.

- Brauner Y., “*BEPS: An Interim Evaluation*” in *World Tax Journal*, n.6/2014, Fasc.1, pag. 10-39.
- Brown K., “*Taxation and development-A comparative study*”, Springer 2017, pag.XVI.
- Christians A., “*BEPS and the New International Tax Order*”, in *Brigham Young University Law Review*, Issue 6/2016, pag.1632.
- Cipollina S., “*I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*” in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Fascicolo 1/2014, pag.34-42.
- Clausing K.A., “*Multinational Firm Tax Avoidance and Tax Policy*”, in *National Tax Journal* Vol. LXII-2009 n. 4.
- Contrino A., “*Brevi Osservazioni Sulla (In)Efficacia Delle Attuali Azioni di Contrasto Alle Politiche Fiscali di Delocalizzazione del Reddito*”, Heinonline Bocconi legal papers 2016, pag.46.
- Contrino A., “*BEPS: Is International Tax Planning Over?*” in *Tax Notes International*, Vol. 75/2014 n. 10, pag. 842
- Crazzolara A., “*Il trattato multilaterale BEPS è self-executing?*” in *Rivista di Diritto Tributario* supplemento online, Pacini Giuridica, 24 Maggio 2017.
Reperibile al sito internet:
<http://www.rivistadirittotributario.it/2017/05/24/trattato-multilaterale-beps-self-executing/>
- Damiani M., “*BEPS, 21 clausole di riserva*”, in *IO quotidiano economico, giuridico e politico* del 10 Giugno 2016, reperibile al sito internet:
https://www.italiaoggi.it/solofisco/solofisco_dett.asp?id=201706092054567203&titolo=Beps,%2021%20clausole%20di%20riserva
- de Boer R., Marres O., “*BEPS Action 2: Neutralizing the Effects on Hybrid Mismatch Arrangements*” in *Intertax* Vol.43/2015, Issue 1, pag.14-41.
- de Melo Rigoni J.M., “*The International Tax Regime in the Twenty-First Century: The Emergence of a Third Stage*”, *Intertax*, Volume 45, Issue 3, 2017, pag. 205-218.
- Dell’Anese L., “*Tax Arbitrage and the Changing Structure of International Tax Law*”, *EGEA* 2016, pag. 67.
- Contrino A., “*BEPS: Is International Tax Planning Over?*” in *Tax Notes International*, Vol. 75/2014 n. 10
- AA.VV “*Abuso del diritto ed elusione fiscale*” a cura di della Valle E, Ficari V., Marini G., G. Giappichelli editore, Torino 2017, pag.315-317.

- Deodato C., “*Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?-La crisi del sistema delle fonti*” pubblicato sul portale Giustizia Amministrativa il 29 Aprile 2016, pag.2.
- Dixon M., “*Textbook on international law*” Oxford University Press, 1993, pag.21.
- Dorigo S., Mastellone P., “*L’evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell’ambito del progetto BEPS*”, in Rivista di Diritto Tributario, fasc. 3/2015, pag.37-54.
- Dourado A.P., “*Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6*”, Intertax, Vol.43, Issue 1, 2015, pag.42-57.
- Dragonetti A., Piacentini V., Sfondrini A., “*Manuale di fiscalità internazionale VII ed*”, IPSOA 2016, pag.3-205.
- Frasoni G., “*La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*”, in Rivista di diritto tributario, Vol.25, Fasc.2/2015, pag.133.
- Gallino L., “*Prospettive della responsabilità sociale delle imprese. Il contesto internazionale, le aree di intervento*”, relazione presentata al forum 2007 “Multi-stakeholder” sulla responsabilità sociale delle imprese, promosso dal Ministero per la Solidarietà Sociale, pag.10.
- Gallo F., “*Ancora in tema di uguaglianza tributaria*” in Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze, fasc. 4/2013, pag.327.
- Garbarino C., A. Turina, “*Il Progetto BEPS e gli hybrid mismatch arrangement: un esame del relativo Derivable*”, in Fiscalità & Commercio Internazionale n.5/2015, pag.21-23.
- Galgano F., “*Lex mercatoria*”, il Mulino 2010, pag.235.
- Gomez R.S., “*The OECD’s Nexus Approach to IP boxes. An European Union law prospective*” in WU International Taxation Research Paper Seris, N° 2015-12, pag.7.
- Guerra R.C., “*Diritto Tributario Internazionale. Istituzioni*”, CEDAM 2012, pag.2-17.
- Henn M., “*Tax Havens and the Taxation of Transnational Corporations*”, Friedrich Ebel Stiftung Publishing 2013, pag.II.
- Hines J.R., “*How Serious Is the Problem of Base Erosion and Profit Shifting?*”, in Canadian Tax Journal, 2014, Fasc.62/2, pag. 443-453.
- Janssens P., Ledure D., Vandepitte B., Loos J., “*The End of Intra-Group Financing...or Not Just Yet? Part 1*” in European Taxation, 2015 Vol. 55 Fasc. 7, pag.279.
- Janssens P., Ledure D., Vandepitte B., Loos J., “*The End of IntraGroup Financing or Not Just Yet? Part 2*” in European Taxation, Vol. 55/2015 Fasc. 8, pag.344.

- Kahlenberg C., “*Prevention of Double Non-taxation: An Analysis of Cross-Border Financing from a German Perspective*”, Intertax, Vol.43, Issue 3, 2015, pag. 218-244.
- Koomen M., “*Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle - Part I*” in International Transfer Pricing Journal, Vol. 22/2015 n°. 3.
- Koomen M., 2015, “*Transfer Pricing in a BEPS Era: Rethinking the Arm's Length Principle - Part II*” in International Transfer Pricing Journal, Vol. 22/2015 n. 4.
- Lagarden M., “*New Transfer Pricing Documentation Requirements for companies: Routes to Simplification?*” in International Transfer Pricing Journal, Vol. 23 n.1 2016, pag.53.
- Malherbe J., “*Double Taxation and National Fiscal Interests*”, in Rivista di Diritto Tributario, Fascicolo 2/2015, pag. 3-23.
- Miller A., Oats L., “*Principle of international taxation III ed*”, Bloomsbury professional 2012, pag.22.
- Niboyet J.P., “*Les double impositions au point de vue juridique*”, in Recueil des Cours, Vol 31, n.1/1930, pag.13 e ss.
- Panay C.HJI, “*Advanced issues in international and european tax law*”, Bloomsbury Publishing, 2015, pag.84-135.
- Pastore B., “*Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*” in Lavoro e Diritto, XVII/2003, pag.1.
- Robillard, R. “*BEPS Action 3 Missing in Action: CFC Rules or Global Apportionment?*” in Tax Management Transfer Pricing Report, Vol. 24/2015, n. 3, pag.2.
- Roin J., “*Taxation Without Coordination*”, in Journal of Legal Studies 31/2001, pag.61.
- Ruchelman S.C., “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements: The New OECD Discussion Drafts Regarding Base Erosion and Profit Shifting*”, in Journal of Taxation and Regulation of Financial Institutions, Vol.27 n°5, Maggio/Giugno 2014, pag 26.
- Sacchetto C., “*Principi di diritto tributario europeo ed internazionale II ed.*”, G. Giappichelli Editore 2016, pag.4-53.
- Saint-Amans P., Russo R., “*The BEPS Package: Promise Kept*” in Bulletin for International Taxation, Vol. 70/2016 Fasc. 4, pag.236-241.
- Scapa A., L.A. Henie “*Avoidance of Double Non-Taxation under the OECD Model Tax Convention*” in Intertax Vol.33/2005, Issue 6/7, pag.266.
- AA. VV a cura di Somma A., “*Soft law e hard law nelle società postmoderne*”, G. Giappichelli Editore 2009, pag.31.

- Spencer D., “*OECD BEPS Project: Transfer Pricing (Part 1)*” in *Journal of International Taxation*, Vol. 11/2013, pag.25.
- Sperduti G., “*Il dominio riservato*”, A. Giuffrè 1970
- Tabellini P.M., “*L’elusione fiscale*”, A. Giuffrè 1988, pag.20.
- Ting V., “*iTax - Apple's Internatinal Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue*”, in *British Tax Review*, N. 1, 2014.
- Tremonti G., “*Bugie e verità, la ragione dei popoli*”, Arnoldo Mondadori Editore, Milano 2014, pag.13.
- Uckmar V., Corasaniti G., De’ Capitani di Vimercate P., Oliva C.C., “*Diritto Tributario Internazionale. Manuale*”, CEDAM 2012, pag.3.
- Valacca P., “*Il regime di deducibilità degli interessi passivi nella Direttiva anti-BEPS*”, *Rivista di Diritto Tributario (supplemento on line)* del 27 Maggio 2016 reperibile al sito internet:
<http://www.rivistadirittotributario.it/2016/05/27/regime-deducibilita-degli-interessi-passivi-nella-direttiva-anti-beps/>
- Valente P., “*Manuale di governance fiscale*”, IPSOA 2011, pag.8.
- Valente P., “*Rapporto OCSE 2011: tax planning aggressivo e legittimo*” in *Corriere Tributario* 28/2011, pag.2304.
- Valente P., “*Base Erosion e Profit shifting L’Action plan dell’OCSE*”, in *il Fisco* 37/2013 Fascicolo 1, pag.5745.
- Valente P., “*Erosione della base imponibile e “profit shifting”*: “focus” sugli aggiornamenti dell’OCSE” in *Corriere Tributario* 41/2014, pag.3180.
- Valente P., “*Erosione della base imponibile e profit shifting nei Paesi in via di sviluppo*”, in *il Fisco*, Vol. 35/2014, pag. 3466.
- Valente, P. “*Elusione fiscale internazionale*”, IPSOA 2014, pag.49.
- Valente P., “*Attuazione misure BEPS, criticità e prospettive*” in *www.strumentifinanziariefiscalità* del 29/2016, pag.43.
- Valente P., “*Transazioni finanziarie e strumenti ibridi. Profili elusivi*” in *www.strumentifinanziariefiscali* n.22/2016, pag.49.
- Valente P., Caraccioli I., “*Treaty shopping e beneficiario effettivo: profili penal-tributari*” in *Il fisco* 10/2016, pag.935.
- Valente P., “*La pianificazione fiscale internazionale nell’era BEPS*”, in *IPSOA Quotidiano* del 31/10/2016.

- Valente P., “Rilevanza dello strumento multilaterale ai fini dell’implementazione delle misure BEPS” in *il Fisco*, Fasc.47-48, 2015, pag.
- Van De Vijver A., “*International Double (Non-)taxation: Comparative Guidance from European Legal Principles*” in *EC Tax Review 2015-5*, Kluwer Law International, pag.247.
- Vicentini. F, Pecorari.F, “*Disallineamenti da ibridi con Paesi Terzi: nuove regole contro l’elusione fiscale*” in *Il Quotidiano IPSOA* del 6 Giugno 2017 reperibile al sito: <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalitainternazionale/quotidiano/2017/06/06/disallineamenti-da-ibridi-con-paesi-terzi-nuove-regole-contro-l-elusione-fiscale>.
- Volpi F., “*Lezioni di Economia dello Sviluppo*”, Franco Angeli editore 2016, pag.38 e ss.
- Weber M., “*Wirtschaft und Gesellschaft*” 1922, trad. it. 1974, 1° Vol, pag.53.
- Zagrebelsky G., “*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*”, Einaudi, 1992.
- Zester A., “*Can the Most Favoured Nation Principle Influence the Use of Limitation on Benefits Clauses in Tax Treaties*”, in *Intertax* Vol.34 (2006), Issue 3, pag.143.
- Zucman G., “*The Hidden Wealth of Nations*”, Chicago University Press, 2015

ALTRA DOCUMENTAZIONE

- Kennedy J.F., “*Special Message to the Congress on Taxation*” (20 Aprile 1961) reperibile in www.presidency.ucsb.edu
- Discorso del Segretario Generale dell’OCSE Angel Gurría del 16 Settembre 2014 a Parigi.
Il discorso completo è reperibile al seguente indirizzo:
<http://www.oecd.org/about/secretary-general/launchofthebeps2014deliverables.htm>
- Discorso di Denis Healey, Cancelliere dello Scacchiere inglese dal 1974 al 1979.
Il discorso è reperibile in “*The Economist*” Volume 354/2000 pag.186
- “*Dichiarazione dei leaders del Summit G20 di Los Cobos*” .
Reperibile al seguente sito:
<http://bancadati.italialavoro.it/bdds/ViewScheda.action?product=DOCUMENTA&uid=21caee1f-8221-4a0d-a3e2-9ebdeea0d1e6&title=scheda#>
- Carmody M., “*Ethics and Taxation*”, Speech to the Edmund Rice Business Ethics Forum, Sidney 28 Ottobre 1999.
- Discorso del Presidente Barack Obama “*Remarks by the President on the Economy*” del 5 Aprile 2016.
Il discorso complete è reperibile al sito: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/04/05/remarks-president-economy-0>.

- OECD, 2011 “*OECD Guidelines for Multinational Enterprises-I. Concepts and Principles*”, OECD Publishing, Paris, punto 4.
- OECD, 2012, “*Hybrid Mismatch arrangements: Policy and Compliance Issue*”, 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, 2014, “*Discussion Draft on Transfer Pricing Documentation and CbC Reporting- Public Comments Received*”, OECD Publishing, Paris.
- OECD, 2014, “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, OECD/G20 Base Erosion And Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris
- OECD, 2014, “*Part 1 of Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*”, OECD Publishing.
-
- OECD, 2015, “*Adressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1: 2015 Final Report*”, in OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Parigi.
- 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, Action 8-10: 2015 Final Report*”, 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, “*Guidance on 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.
- Brown M., TP Senior Advisor presso l’OECD, in occasione della Mazars International Tax Conference tenutasi a Londra il 13 Ottobre 2016
- Presentazione della Prof.ssa K. Sadiq sottoposta all’attenzione dei presenti in occasione della conferenza “*Fiscal Sustainability and the Role of the International Tax Regime*” presso il dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi di Ferrara il 22 Settembre 2017
- Beda R., “*La Ue: Apple deve risarcire 13 miliardi per vantaggi fiscali illegali in Irlanda*” in il Sole 24 ore del 30 Agosto 2016.
- “*New rules, same old paradigm*”, in The Economist del 10 Ottobre 2015, pag.61
- <http://www.ansa.it/sito/notizie/economia/2017/09/26/web-tax-i-big-ue-chiedono-di-cambiare-il-sistema-di-tassazione.html> del 27 Settembre 2017
- Rigato C., Lazzarato G., “*Stabile organizzazione*”, articolo del 6 Febbraio 2017 reperibile al seguente sito internet: <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatiImpresa/2017-02-06/stabile-organizzazione-172328.php>;
- Veronese L., “*In Ungheria la prima tassa su internet: cinquanta centesimi per gigabyte*” ne ilSole24ore del 23 Ottobre 2014
- Report to G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries
- Servizio del Bilancio del Senato della Repubblica, 2015, Nota breve, "Il Progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)", da www.senato.it/documentazione/bilancio
- Documenti tecnici relative all’ Ottawa Taxation Framework Conditions del 2001
- Code of Conduct Progress Report del 25 maggio 2010, documento n°10033/10 paragrafo 31

- *“Summary Report of the Responses Received on the Public Consultation on Factual and Possible Ways to Tackle Double Non-Taxation Cases”* del 2012.

NORMATIVA ANALIZZATA

- Legge 1830 del 14 Luglio 1864.
- L.23 Dicembre 2014 n.190.
- Direttiva 2016/1164 adottata dal Consiglio europeo il 20 Giugno 2016. Si tratta della così definita Anti Tax Avoidance Directive (ATAD I).
- Circolare n.21/E del 5 Giugno 2012.
- Direttiva UE 2016/1164 del Consiglio del 12 Luglio 2016 recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono direttamente sul funzionamento del mercato interno; pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 19 Luglio 2016.
- Direttiva UE 2017/952 del Consiglio del 29 Maggio 2017 recante modifica della direttiva (UE) 2016/1164 relativamente ai disallineamenti da ibridi con i paesi terzi; pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea del 7 Giugno 2017.
- Sentenza C-196/04 Cadbury Schweppes.