

PREFAZIONE

Il presente volume scaturisce da un lavoro di approfondimento e di confronto condotto dalla Commissione di studio di Diritto Tributario Nazionale e Internazionale, dell'Associazione dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Treviso, nel corso degli ultimi due anni, un lavoro che si è articolato nell'analisi e nella discussione sui contenuti delle 15 *Actions* di cui si compone il Piano di azione elaborato dall'OCSE per il contrasto dei fenomeni di *base erosion and profit shifting* (BEPS).

Il lettore troverà, per ogni singola *Action*, un report che ne illustra i contenuti salienti e i profili di maggiore interesse, attenendosi fedelmente ai testi elaborati dall'OCSE, e potrà così acquisire una base informativa utile per svolgere eventuali approfondimenti e per comprendere meglio la *ratio* e la portata delle modifiche normative che – a tutti i livelli, sia convenzionale, sia comunitario e sia interno – proprio nel piano di azione dell'OCSE trovano la loro origine e la loro matrice.

Ancorchè il volume derivi da un'attività a cui hanno contribuito e partecipato tutti i membri della Commissione di studio, un plauso particolare meritano coloro che si sono dedicati alla funzione di *discussant* nel corso dei diversi incontri, illustrando i contenuti delle singole *Actions* e conducendo i dibattiti, e che hanno infine redatto i report che compongono questa pubblicazione. Sono i dottori Marta Biasotto, Letizia Vendrame, Stefano Brunello, Fabio Cavallino, Federico Contessotto, Michele Fiorese, Filippo Giacomazzi, Filippo Lorcet, Alberto Visentin e Marcanonio Zago.

Da ultimo, un ringraziamento deve essere rivolto ai dottori Marta Biasotto, Letizia Vendrame e Filippo Giacomazzi per il lavoro di raccolta, revisione e coordinamento della pubblicazione.

Treviso, ottobre 2019

Il curatore

INTRODUZIONE

Il c.d. *Action Plan BEPS* costituisce il risultato di un'opera di studio e di elaborazione realizzata dall'OCSE nell'intento di mappare i comportamenti più pericolosi dal punto di vista fiscale, in termini di capacità di elusione o di erosione delle basi imponibili, e di individuare possibili soluzioni di contrasto che gli Stati dovrebbero attuare, anche nella prospettiva di scongiurare politiche di *harmful tax competition*.

Tali comportamenti – come noto – si articolano in diverse modalità operative, che per lo più mirano allo spostamento di basi imponibili dai Paesi a fiscalità più pesante a quelli che offrono regimi fiscali privilegiati, per mezzo di politiche tendenti ad alterare i prezzi di trasferimento intragruppo rispetto ai valori di mercato ovvero attraverso la localizzazione, più o meno effettiva, di *assets*, specie se intangibili, in Paesi a fiscalità ridotta e la contestuale canalizzazione di redditi in dette giurisdizioni, la costituzione di strutture societarie in Paesi a fiscalità privilegiata alle quali far affluire c.d. *passive incomes*, lo sfruttamento delle asimmetrie esistenti tra i singoli ordinamenti per quanto concerne il trattamento di flussi reddituali *cross border*, ecc.

Ebbene, il piano di azione muove dalla considerazione, condivisa da molti Paesi, che le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva poste in essere a livello internazionale dalle imprese, specie di maggiori dimensioni, abbiano raggiunto livelli non più tollerabili e giustificabili.

Non v'è dubbio che tale conclusione sia stata accentuata dalla crisi economica che, verso la fine della prima decade degli anni 2000, ha colpito molti Paesi sviluppati, tradizionalmente caratterizzati da livelli di tassazione più alti e, dunque, maggiormente esposti a fenomeni di erosione degli imponibili, e ha reso più urgente la necessità di reperire risorse finanziarie adeguate per il mantenimento degli equilibri di bilancio.

Ma è auspicabile che, accanto alle esigenze finanziarie, il processo avviato sia stato in qualche modo ispirato anche da obiettivi di maggiore giustizia ed equità diretti a ricondurre la tassazione dei grandi gruppi multinazionali a livelli adeguati, in linea con quelli sopportati dagli altri contribuenti che pure operano negli stessi mercati.

Il piano di azione si regge, dunque, su tre pilastri (*pillars*), i quali contengono quindici Azioni che mirano al contrasto di diverse pratiche attraverso le quali spesso si realizzano i fenomeni di erosione delle basi imponibili e di spostamento dei profitti verso giurisdizioni fiscali più favorevoli, sopra accennati.

Il primo pilastro concerne le Azioni che dovrebbero realizzare la coerenza dei regimi fiscali, attraverso l'eliminazione delle asimmetrie, nella qualificazione e nel trattamento di taluni componenti reddituali, che consentono l'ottenimento di salti d'imposta (*Actions 2 e 4*), ovvero attraverso l'applicazione del c.d. *economic nexus approach*, nel momento del riconoscimento di agevolazioni e incentivi fiscali, e lo

scambio di informazioni sui ruling transfrontalieri (Action 5), o ancora attraverso il contrasto all'utilizzo delle c.d. *Controlled Foreign Companies* (Action 3).

Il secondo pilastro comprende le Azioni dirette a riallineare la tassazione alla realtà economica, secondo il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma, al fine di ricondurre la tassazione nel Paese di produzione della ricchezza. Vi rientrano le *Actions* 8, 9 e 10, che riguardano l'area dei prezzi di trasferimento, con una particolare attenzione agli *intangible assets*, alla loro definizione, all'individuazione dei meccanismi di allocazione dei profitti e della remunerazione delle funzioni e dei rischi. Vi rientra poi l'*Action* 7, diretta a contrastare i fenomeni di elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione, realizzati tramite tecniche di frammentazione delle attività fra diverse entità del gruppo ovvero attraverso i c.d. *commissionaire arrangements*. E vi rientra, infine, l'*Action* 6 che riguarda gli strumenti finanziari ibridi e, più in generale, le entità ibride, attraverso cui è possibile ottenere un duplice beneficio in termini di esenzione dalla tassazione in uno Stato e deduzione del costo in un altro.

Il terzo pilastro riguarda, infine, le Azioni tese a garantire maggiore trasparenza e certezza del diritto, attraverso misure quali il *Country by Country Report* (di cui si occupa l'*Action* 13) ovvero le regole di *disclosure* sugli schemi di pianificazione fiscale aggressivi (Action 12) e quelle in tema di risoluzione delle controversie (Action 14).

Ci troviamo dunque di fronte ad un piano articolato e coordinato che dovrebbe realizzare un processo di armonizzazione del sistema fiscale internazionale nella prospettiva di contrastare comportamenti fiscalmente dannosi, un piano le cui probabilità di successo dipendono naturalmente dalla volontà politica dei singoli Paesi di implementare nei rispettivi ordinamenti giuridici le regole che sono state elaborate nelle singole *Actions*.

Non si deve dimenticare, infatti, che le raccomandazioni dell'OCSE si collocano a livello di *soft law*: esse non recano, dunque, precetti giuridici vincolanti nei confronti dei soggetti che operano sul mercato o degli Stati che pure hanno partecipato allo loro stesura, ma individuano piuttosto possibili regole o modelli di norme dirette a regolare ipotetici conflitti o situazioni, la cui positivizzazione richiede uno sforzo ulteriore da parte degli Stati di recepimento e di traduzione all'interno dei singoli ordinamenti secondo le regole di produzione normativa proprie di ciascuno di essi.

Nondimeno, il forte e generalizzato consenso a livello internazionale che si è catalizzato intorno al Progetto BEPS – sia pure con qualche reticenza, anche di Stati importanti, su alcune misure – dovrebbe indurre a guardare con un certo ottimismo alla fase dell'attuazione del Piano di azione.

In effetti, è significativo che alcuni Paesi (tra i quali l'Italia) si siano attivati per adeguare la normativa interna ad alcuni degli standard previsti dal piano, ma soprattutto è significativo che l'Unione Europea abbia deciso di intervenire con due Direttive (le c.d. ATAD 1 e 2) attraverso le quali ha recepito – e, conseguentemente, ha imposto agli Stati membri di recepire – alcune raccomandazioni contenute nelle

Actions 2, 3, 4 e 6, in tema di disallineamento da ibridi, di strumenti finanziari ibridi, di CFC e di deduzione degli interessi.

Dall'altro lato, per la modifica alle norme convenzionali, resa necessaria per realizzare la coerenza dei diversi ordinamenti e il coordinamento tra gli Stati quanto al trattamento di flussi reddituali transazionali, è stato concepito lo strumento della convenzione multilaterale, con lo scopo di evitare la rinegoziazione bilaterale di ogni accordo in vigore e di giungere in tempi celeri all'adeguamento di tutti i trattati in essere tra i Paesi firmatari. E così, nel novembre del 2016, è stata approvata da oltre 100 giurisdizioni la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS* (MLI), attraverso la quale i Paesi firmatari si vincolano a rispettare, e ad introdurre nelle proprie convenzioni, un certo standard minimo (consistente nelle clausole contenute negli artt. 6, 7 e 16 della MLI, concernenti la finalità dei trattati, la prevenzione dell'abuso dei trattati e il diritto del contribuente all'instaurazione delle procedure amichevoli), pur mantenendo la possibilità di operare delle riserve su talune clausole ovvero di esercitare delle opzioni tra le diverse soluzioni prospettate dalla MLI.

È chiaro che si tratta di una soluzione di compromesso tra le esigenze di celerità nel recepimento delle raccomandazioni e di salvaguardia della sovranità dei singoli Stati, una soluzione che inevitabilmente determinerà un aumento del livello di complessità del sistema normativo, atteso che, per individuare la clausola applicabile nei rapporti bilaterali tra gli Stati, si dovrà necessariamente effettuare un incrocio tra le riserve e le opzioni esercitate da ciascuno, dal momento che le singole convenzioni potranno considerarsi modificate solo allorquando vi sia una convergenza tra le volontà manifestate da entrambi gli Stati contraenti (di ciascuna convenzione) in sede di sottoscrizione e di ratifica della MLI.

Ma non è questo l'unico profilo di criticità che connota il Piano di azione BEPS.

Un aspetto particolarmente delicato – sulla cui soluzione non sembra essersi coagulato un sufficiente consenso tra gli Stati – è quello che attiene alla tassazione della c.d. *digital economy*.

A dispetto della rilevanza dei fenomeni di erosione attuati, e documentati, da parte di alcune multinazionali del settore, l'Azione elaborata dall'OCSE (la numero 1) sembra piuttosto timida nell'individuare e nel caldeggiare agli Stati l'adozione di specifiche misure di contrasto.

Non v'è dubbio che ciò dipenda, in certa misura, dalla difficoltà di isolare delle caratteristiche peculiari che consentano di giustificare l'elaborazione di soluzioni *ad hoc* per la tassazione di certi tipi di business ai quali difficilmente si attagliano i tradizionali criteri d'imposizione (*worldwide* e *source principle*), che presuppongono la presenza fisica di un soggetto nel territorio di uno Stato.

Di qui il tentativo di enucleare un concetto di “significativa presenza economica” che possa fungere da criterio di collegamento con il territorio di uno Stato, pur in mancanza di una presenza “materiale”, il quale criterio a sua volta presuppone che vi sia convergenza tra gli Stati in ordine agli elementi indicativi di “presenza economica” (che possono essere *revenue-based factors* o anche *users-based factors*) ed alle rispettive soglie che attribuiscono significatività a detta presenza.

Di qui altresì l'elaborazione di altre soluzioni dirette ad introdurre particolari modalità di tassazione (tramite ritenuta alla fonte) ovvero particolari tipologie di imposte (la c.d. *equalization levy* parametrata alla quantità di ricavi generati in un determinato territorio o alla quantità di dati raccolti in un determinato territorio).

Si tratta, tuttavia, di soluzioni che possono creare disparità di trattamento tra le imprese difficilmente giustificabili, giacchè le modalità di conduzione del business o le stesse caratteristiche del business non dovrebbero essere elementi tali da consentire l'introduzione di tributi diversi o aliquote maggiori, rispetto a quelli che ordinariamente colpiscono le attività economiche poste in essere in modo "tradizionale".

Mentre non v'è dubbio che proprio quelle particolari modalità operative – basate sostanzialmente sulla dematerializzazione delle attività, sulla capacità delle aziende di esercitare la propria attività da remoto, sul contributo apportato dagli utenti online nei processi di creazione di valore e sull'importanza assunta dagli *intangible assets* nel capitale aziendale – creino le condizioni per consentire alle imprese del settore di porre in essere massicce politiche di erosione delle basi imponibili e di spostamento dei profitti in Paesi a fiscalità privilegiata. Politiche che gli Stati faticano a contrastare, anche a causa delle difficoltà di intercettare e controllare flussi enormi di operazioni prive di una consistenza fisica.

Sicchè viene da chiedersi se, accanto ai meritevoli tentativi di individuare nuovi criteri di collegamento (legati alla c.d. presenza digitale significativa) e di adeguare il concetto di stabile organizzazione con riferimento alla nozione di attività preparatorie e ausiliarie, considerata la criticità che si è venuta a creare (almeno stando ai dati ufficiali sui livelli di imposizione di certi soggetti), una misura per contrastare certi fenomeni non possa essere ravvisata nella strumentazione anti-erosione imperniata sull'inversione dell'onere della prova, prevedendo meccanismi di ritenuta alla fonte sulle transazioni *on line* (ammesso che, dal punto di vista tecnico, si possano isolare dalle altre operazioni commerciali), con il coinvolgimento degli intermediari finanziari attraverso i quali passano i flussi dei pagamenti, da applicarsi in tutti i casi in cui gli operatori non si identifichino presso le amministrazioni fiscali dei Paesi da cui provengono i pagamenti e non dimostrino di essere ivi residenti o ivi localizzati con una stabile organizzazione ovvero non dimostrino di essere assoggettati ad imposizione in un Paese a fiscalità non privilegiata.

Ciò potrebbe determinare un'alterazione delle regole e dei principi internazionali che governano la tassazione, nella misura in cui certi soggetti potrebbero finire per essere tassati in un Paese diverso da quello in cui risiedono fiscalmente o da quello in cui hanno stabilmente prodotto il reddito, ma si tratterebbe di un'alterazione, da un lato, giustificabile alla luce della gravità di certi fenomeni di erosione; dall'altro lato, superabile attraverso l'assolvimento di un onere dimostrativo che appare proporzionato rispetto agli obiettivi e alle oggettive difficoltà in cui si trovano gli Stati nel contrastare detti comportamenti, un onere che, peraltro, ricalca uno schema logico già sperimentato con riferimento alle *controlled foreign companies*, nelle quali, come noto, l'attrazione del reddito all'imposizione nel Paese del/della

controllante può essere evitata fornendo la prova della c.c. *substantive economic activity*.

Va da sé, comunque, e le tensioni manifestatesi di recente tra alcuni Paesi lo stanno a confermare, che qualsiasi misura gli Stati intendano adottare non potrà prescindere dalla formazione di un più diffuso consenso a livello internazionale sull'opportunità di trovare un bilanciamento tra l'esigenza di ricondurre ad un'adeguata tassazione i profitti generati dalle imprese della c.d. *digital economy* e quella di evitare atteggiamenti punitivi rispetto ad imprese e modelli di business sempre più diffusi ed importanti per l'economia globale.

L'auspicio è che proprio i cambiamenti, sempre più repentini, che stanno interessando l'economia mondiale, costituiscano uno stimolo per gli Stati per trovare punti di coesione onde giungere a formulare risposte condivise ed efficaci anche sul terreno della tassazione, facendo sì che l'impulso al "multilateralismo fiscale" che ha animato il Progetto BEPS non perda la sua spinta propulsiva in una duplice direzione, sia nell'elaborazione di strumenti contingenti di contrasto e di repressione di fenomeni evasivi e abusivi, sia nell'individuazione di soluzioni normative strutturali, che coinvolgano i principi cardine della tassazione internazionale e che consentano di adeguare i meccanismi dell'imposizione ai mutamenti tecnologici, imprenditoriali ed economici, verso soluzioni più equilibrate, ispirate a principi di giustizia, solidarietà ed equità fiscale.

Prof. Antonio Viotto
Ordinario di Diritto Tributario
Università Ca' Foscari Venezia
Presidente della Commissione di Studio di Diritto Tributario Nazionale e Internazionale