

# Assistenza amministrativa, transfer pricing ed erosione della base imponibile

## Il contrasto all'erosione della base imponibile e all'allocazione artificiosa dei profitti da parte dell'OCSE



**Marco Greggi**  
Professore Associato,  
Dipartimento di giurisprudenza,  
Università di Ferrara

### L'OCSE verso un nuovo multilateralismo nel diritto internazionale tributario?

#### 1. "Base Erosion and Profit Shifting": fra nuove priorità e vecchie questioni nella fiscalità internazionale del XXI° secolo

L'iniziativa presa dall'OCSE nel 2013 in materia di "Tax Base Erosion and Profit Shifting" può essere considerata il culmine di un'attenta strategia manifestata formalmente per la prima volta il 12 febbraio 2013 (data di rilascio del primo rapporto "Addressing Base Erosion and Profit Shifting"<sup>[1]</sup>), finalizzata a ripensare profondamente il rapporto fra Paesi aderenti all'associazione e a toccare anche i rapporti fra questi e i Paesi terzi della Comunità internazionale. Si trattava in effetti di un problema che da anni è, sull'agenda dei diversi Governi, sempre in posizione prioritaria: il perseguimento di (e il contrasto a) un'aggressiva pianificazione fiscale da parte di gruppi multinazionali, non disgiunta dall'impiego di strutture societarie localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata, e le conseguenti emorragie di gettito rilevate dai Paesi che soffrono, appunto, di "Base Erosion and Profit Shifting" (di seguito BEPS).

Il tema è stato poi sviluppato attraverso un piano d'azione analiticamente proposto dall'OCSE stessa, e sviluppato (quantomeno) su altri due documenti fondamentali: "Closing tax gaps: OECD launches Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting" del 17 luglio 2013<sup>[2]</sup>, e poi mediante l'intervento del rappresentante dell'OCSE all'ultimo G-20 di San Pietroburgo il 5 settembre dello stesso anno. Non si tratta, a ben vedere, di questioni nuove nella letteratura tributaria internazionale. Da sempre la corretta applicazione della norma tributaria domestica a fattispecie transnazionali viene messa in crisi da possibilità di pianificazione fiscale aggressiva (se non del tutto abusiva) da parte di categorie di contribuenti, le società multinazionali *in primis*, che sfruttano le asimmetrie dei diversi sistemi tributari al fine di realizzare un sensibile abbattimento del prelievo o un suo differimento.

Dal punto di vista metodologico, però, sensibili sono le divergenze con il passato: qui per la prima volta l'OCSE ha abbandonato l'unilateralismo di soluzioni specifiche per altrettanto

puntuali problemi, tentando il coinvolgimento, da subito, dei Paesi in via di sviluppo, o di più recente sviluppo, che ancora non hanno trovato spazio in seno all'organizzazione ovvero che non l'hanno voluto trovare.

Pare dunque emergere, prima ancora di scendere nel merito della questione e delle soluzioni prospettate, un approccio intrinsecamente multilateralista dell'OCSE, nella consapevolezza che soluzioni efficaci, e durature, possano essere conseguite solamente attraverso il coinvolgimento e la responsabilizzazione del massimo numero di soggetti, e che davanti ad operazioni di pianificazione fiscale riguardanti una pluralità di giurisdizioni tributarie, il rimedio non possa che esser fornito da una platea altrettanto composita di Paesi che condividano lo spirito, l'obiettivo e gli strumenti dei quali si propone l'implementazione.



#### 2. Il cuore del problema: la perdita della simmetria fra creazione del valore (del reddito) e criteri di localizzazione (della base imponibile)

Come si è detto, i problemi che sono oggetto dell'intervento dell'OCSE in materia di BEPS, in entrambi i rapporti e nella comunicazione al G-20, non hanno origine recente. Si tratta di questioni che hanno coinvolto lo studio delle CDI, verosimilmente sin dai primi lavori della Lega delle Nazioni.

Seppur ispirate a necessità di evitare le doppie imposizioni internazionali, e come tali inseribili in una logica *lato sensu* riardiana dello sviluppo di un sistema economico (quella per

la quale l'allocazione più efficiente dei fattori di produzione avviene in un contesto internazionale nel quale gli stessi sono distribuiti secondo logiche di prossimità a quelle del libero mercato[3]) le CDI sono diventate anch'esse, da tempo, uno strumento d'abuso e di utilizzazione impropria.

Qui non si tratta tuttavia di contrastare il solo abuso delle CDI. Con gli studi sulla BEPS, si potrebbe forse dire, l'OCSE per la prima volta prende posizione in modo sistematico su un problema del quale, almeno sino a ora, aveva colto (e contrastato) eminentemente la sintomatologia, focalizzando la propria attenzione, nel corso degli anni, su problemi specifici riguardanti la fiscalità internazionale. In questa prospettiva la concorrenza fiscale dannosa, l'abuso dei trattati, l'impiego di entità ibride (o di strumenti finanziari ibridi), di *conduit companies* e di molti altri strumenti prettamente giuridici, altro non sono che l'epifenomeno di qualcosa di diverso e, in un certo qual modo, ben più grave nella prospettiva OCSE.

Tutti gli strumenti sopra elencati, e molti altri ancora[4], mantengono pur nella loro oggettiva diversità un dato costante che li accomuna: la finalizzazione a un abbattimento della base imponibile (il riferimento del *report* OCSE è sempre in ogni caso all'imposta sulle società) nel Paese della residenza, ovvero nel Paese in cui l'attività d'impresa è effettivamente condotta.

Dal punto di vista teorico, quindi la BEPS indica un complesso fenomeno in base al quale la pretesa tributaria viene alterata (minimizzata) rispetto a quello che normalmente dovrebbe accadere, cioè a ciò che conseguirebbe qualora i principi tradizionali di fiscalità internazionale dovessero trovare regolare applicazione. Non è certo questa la sede per ricostruire modalità e strumenti di alterazione nell'allocazione della base imponibile[5].

Sia dal primo rapporto OCSE[6] che dalla guida operativa[7] possono tuttavia essere desunti strumenti di sintesi utili da un lato a ricostruire le linee di *policy* seguite e, dall'altro, a vagliare la possibilità di un loro rapido recepimento da parte degli ordinamenti nazionali su un duplice fronte: di diritto positivo da un lato, d'interpretazione d'istituti giuridici già vigenti, dall'altro.

Concentrare l'attenzione sull'erosione della base imponibile e sul trasferimento dei profitti (e dei redditi imponibili) in giurisdizioni fiscali più favorevoli impone quindi di risolvere due interrogativi, per così dire pregiudiziali, alla piena comprensione del lavoro sulla BEPS: da un lato, se si pone il problema dell'erosione della base imponibile, è necessario chiedersi rispetto a cosa tale erosione abbia luogo. Dall'altro lato, se si entra nell'ottica del trasferimento dei profitti (dei redditi) in un'altra giurisdizione, è necessario chiedersi invece rispetto a dove tale riallocazione abbia luogo.

**3.**  
**Segue: alla ricerca di un termine di raffronto per individuare le situazioni di "Base erosion" e "Profit shifting"**  
L'OCSE nel suo lavoro pone implicitamente due giudizi di relazione alla base della sua nuova *policy*: un giudizio di relazione quantitativo e uno invece territoriale. In sintesi, se si tratta di

erosione di base imponibile è necessario chiedersi "*rispetto a cosa*" essa avvenga, e se invece si pone il problema del trasferimento dei profitti la domanda che esige risposta preliminare è "*rispetto a dove*" tale allocazione si realizzi. Nel richiamare due questioni che sono oggetto dello studio teorico e dell'attività professionale nella fiscalità internazionale da decenni, l'OCSE sembra in un certo qual modo certificare la crisi di un modello impositivo classico[8], dei suoi criteri di collegamento (nel secondo caso) e nel richiamo a una "*giusta imposta*" quasi di "*berliriana*" memoria[9].



Si tratta di questioni particolarmente delicate alle quali l'OCSE sembra voler dare prevalentemente risposta innovativa e divergente rispetto ai tradizionali criteri interpretativi. In effetti entrambi i fenomeni assumono una connotazione patologica quando divergono dalla normalità, dalla fisiologica correlazione che dovrebbe intercorrere fra creazione del valore, della ricchezza (quindi di conseguenza del reddito) ed effettivo assoggettamento a imposta. In termini assoluti, la tassazione nel diritto tributario internazionale assume i connotati di un fenomeno derivativo rispetto alla produzione di ricchezza, in senso, assolutamente atecnico, di plusvalore.

Di qui la predilezione tradizionale per il criterio di collegamento della residenza (del contribuente) e il suo temperamento con quello della stabile organizzazione, almeno per il reddito d'impresa. In passato[10] diversi autori hanno sostenuto la sussistenza di un autentico diritto tributario internazionale consuetudinario, stante la pervasività di questo approccio.

La scelta della residenza è del tutto coerente poi con l'impostazione tradizionale dell'OCSE, laddove nel luogo in cui il contribuente è localizzato avviene la creazione effettiva della ricchezza ed è presso quella giurisdizione che la base imponibile può essere più e meglio apprezzata nella prospettiva dell'assoggettamento a imposta alla luce dei criteri (se applicabili) di capacità contributiva ovvero di concorso alle pubbliche spese.

Le più recenti esperienze nella fiscalità internazionale confermano che la creazione del valore (o del plusvalore, che dir si voglia) ha subito tuttavia una trasformazione quali-quantitativa che ha necessariamente impattato anche sotto il profilo fiscale. Una parte sensibile della ricchezza è creata presso diverse giurisdizioni fiscali, il luogo del consumo del bene è localizzato sovente presso altri Paesi rispetto a quello di residenza[11]. La progressiva dematerializzazione del valore dei beni, e quindi

della produzione della ricchezza, per così dire l'*unbundling* della catena del valore, ha portato alla possibilità di allocare porzioni di questo presso giurisdizioni diverse[12], con quello che ne consegue dal punto di vista fiscale.

Pur descrivendo, in termini asettici e pregiudiziali, un fenomeno particolarmente complesso che è divenuto quantitativamente apprezzabile già due decenni fa, risulta evidente che l'erosione della base imponibile ha luogo quando l'alterazione della catena di creazione del valore avviene, per così dire, in modo asimmetrico rispetto al prelievo fiscale.

L'asimmetria naturalmente si registra quando a fronte di un valore elevato creato presso una giurisdizione fiscale non si registra un altrettanto elevato incremento dell'imponibile. Come si è detto, innumerevoli sono gli strumenti che permettono di perseguire questo risultato: a molti di essi l'OCSE ha già dedicato nel corso degli anni studi *ad hoc*, poi successivamente migliorati ed aggiornati. Il *report* dedicato alla BEPS ha il vantaggio, come si è detto, di un approccio olistico[13] al tema, arrivando a suggerire strumenti di soluzione volti a recuperare quella simmetria perduta. Tutto questo con la consapevolezza che se da un lato la globalizzazione è un fenomeno inarrestabile e anche, in una determinata prospettiva, virtuoso, ad essa non deve conseguire la virtualità del prelievo d'imposta presso quelle giurisdizioni tributarie che, seguendo i criteri ispirati alla logica di effettività più che di diritto formale, ne avrebbero autenticamente diritto.

La recentissima esperienza di pianificazione fiscale, ad esempio nel caso Vodafone/Verizon UK[14], rappresenta meglio di ogni altra esposizione teorica i termini del problema (anche se in una prospettiva prettamente domestica), e la forte discrasia che oggi si registra fra imposta formalmente dovuta ed entità del prelievo che i consociati percepiscono come giusta per quella determinata fattispecie o per quel contribuente (nel caso, una società multinazionale).



In questi casi, tuttavia, a fronte di un'evidente inaccettabilità degli esiti che l'ordinamento nazionale prevede, non sussistono, spesso, valide argomentazioni volte a dare conferma giuridica ad un *idem* sentire dei consociati. Anche i rimedi sin qui messi in campo da parte dell'OCSE, e poi recepiti più o meno fedelmente dai Paesi che fanno parte della stessa organizzazione e non, sono finalizzati tutti a contrastare puntuali operazioni, o specifiche fattispecie, che danno luogo alla BEPS: non risolvono definitivamente il problema. Molti di essi, poi, risentono oggettivamente del passare del tempo e non sono più in grado di far fronte alle nuove sfide della pianificazione fiscale aggressiva internazionale.

#### 4.

#### I "rimedi" OCSE alla BEPS: fra luci e ombre nella loro attuazione in prospettiva

Punto di partenza del *New Deal* proposto dall'OCSE è, come si è detto in apertura di queste brevi riflessioni, quello di fornire una risposta unitaria a un insieme aggregato di problemi condivisi dalla maggior parte delle economie moderne: almeno da tutte quelle che non hanno fatto della pianificazione fiscale e della concorrenza fiscale dannosa nei confronti degli altri Stati un punto qualificante della loro economia.

La necessità di dare una risposta strutturale postula necessariamente una condivisione dei problemi e della volontà di porvi rimedio: in questo senso l'evidenza empirica dimostra che nel corso degli ultimi anni, forse anche a causa della (o grazie alla) crisi finanziaria globale tutti gli Stati hanno maturato una maggiore consapevolezza della concorrenza fiscale dannosa e del ruolo deteriorante che i cosiddetti "*Paradisi fiscali*" comportano sull'effettiva e giusta allocazione del carico fiscale su tutti i Paesi membri della Comunità internazionale[15]. Gli innegabili successi dell'OCSE nell'approccio "*per liste*" ai cosiddetti "*Paradisi fiscali*" devono molto al concorso verso lo stesso obiettivo della volontà di molti Paesi.

Ecco che allora il piano d'azione prospettato dall'OCSE negli anni a venire si propone di riportare a coerenza l'applicazione dell'imposizione sulle società (recuperando quella simmetria perduta) a livello internazionale[16], nel riconsiderare l'assoggettamento a imposta dei *passive income*[17] e soprattutto la deducibilità di interessi e canoni, sovente utilizzati per l'abbattimento improprio dell'imponibile nel Paese a fiscalità "*elevata*"[18].

Allo stesso modo emerge chiara sin dalle linee guida del luglio scorso la necessità di riconsiderare dal punto di vista del *drafting* normativo la tassazione di enti e di strumenti finanziari cosiddetti "*ibridi*" che proprio della loro natura, per così dire giuridicamente anfibia, maggiormente si prestano ad un impiego abusivo[19].

Nella stessa scia, poi, possono essere collocati i progetti di rafforzare il regime CFC, di ripensare alla nozione di stabile organizzazione, di modo da renderla più idonea a intercettare fenomeni di progressiva (o assoluta) dematerializzazione dell'attività produttiva. Non da ultimo, poi, va segnalato anche l'intervento teso a un profondo *restyling* del sistema dei prezzi di trasferimento, finalizzato a una progressiva "*procedimentalizzazione*" della loro applicazione[20] che, senza tradire i principi ispiratori che li informano, permetta al contribuente di meglio argomentare la validità delle sue scelte nel *pricing* di determinati prodotti e servizi, ovvero la normalità delle scelte imprenditoriali.

È proprio il costante e puntuale richiamo alla normalità delle transazioni economiche e alla giustizia ed equità nell'allocazione della base imponibile che finisce forse anche, per contrasto, nel disegnare quelle che sono le (poche) ombre nell'insieme delle tante luci che l'intervento OCSE ha il pregio di garantire alla fiscalità internazionale del XXI° secolo.

Se fino ad ora una reazione per temi e problemi ha permesso con un ragionevole grado di approssimazione di poter individuare i Paesi e le giurisdizioni che di quella misura o di quello strumento facevano abuso, è chiaro che altrettanta certezza non può forse essere raggiunta (nel breve periodo) quando ci si sposta invece a una riflessione a livello aggregato sull'alterazione (percepita come) ingiusta di un'intera base imponibile, ovvero di un solo trasferimento (percepito come) ingiustificato presso un altro Paese.

Ingiustizia della determinazione del *quantum debeatur* e non giustificazione della sua traslazione sembrano introdurre nella riflessione elementi di natura etica e valoriale sui quali la percezione può essere diversa. Oppure, per dirla in modo più semplice ma descrittivamente efficace, far propendere a ritenere che in fin dei conti ingiusti siano sempre gli altri Stati.

**Elenco delle fonti fotografiche:**

<http://images.nzz.ch/app.php/eos/v2/image/view/643/-/text/inset/dc1dfb92/1.18144827.1378313422.jpg> [05.10.2013]

[http://baherkamaleng.files.wordpress.com/2013/02/shutterstock\\_133281821\\_beps.jpg](http://baherkamaleng.files.wordpress.com/2013/02/shutterstock_133281821_beps.jpg) [05.10.2013]

[http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Bilder/\\_Layout/verschiedene-waehrungen.jpg?\\_\\_blob=poster&v=2](http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Bilder/_Layout/verschiedene-waehrungen.jpg?__blob=poster&v=2) [05.10.2013]

**[1]** OCSE, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, Parigi, 12 febbraio 2013 (citato: Rapporto). Questo rapporto è reperibile insieme a tutti gli altri documenti citati in questo contributo su <http://www.oecd.org/ctp/beps.htm> [05.10.2013].

**[2]** OCSE, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, Parigi, 17 luglio 2013 (citato: Piano d'azione).

**[3]** Ad esempio Ricardo David, On the Principles of Political Economy and Taxation, Londra 1821, pagina 131 e seguenti.

**[4]** Si veda OCSE, Rapporto, pagina 73 (Allegato C).

**[5]** De Broe Luc, International Tax Planning and Prevention of Abuse, Amsterdam 2007, pagina 3 e seguenti.

**[6]** OCSE, Rapporto, pagina 47 e seguenti.

**[7]** OCSE, Piano d'Azione, pagina 13.

**[8]** Skaar Arvid A., Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle, Amsterdam 1991, pagina 19 e seguenti.

**[9]** Berliri Luigi Vittorio, La giusta imposta, Milano (rist.) 1975, pagina 341 e seguenti.

**[10]** Avi-Yonah Reuven S., International tax as International law, Cambridge 2007, pagina 1 e seguenti.

**[11]** OCSE, Rapporto, pagina 26.

**[12]** *Ibidem*, pagina 26.

**[13]** Così letteralmente OCSE, Rapporto, pagina 48; Piano d'azione, Allegato A, pagina 29.

**[14]** De la Feria Rita, Why Vodafone did not have

to pay UK Tax on the Verizon deal, 4 settembre 2013, in: <http://theconversation.com/why-vodafone-did-not-have-to-pay-uk-tax-on-the-verizon-deal-17788> [05.10.2013].

**[15]** In questo senso lo *Statement* di chiusura del G-20 di Londra del 2 aprile 2009. Si veda OCSE, The Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes, Parigi 2012, pagina 2.

**[16]** OCSE, Rapporto, pagina 20.

**[17]** *Ibidem*, pagina 34.

**[18]** OCSE, Piano d'azione, pagina 17.

**[19]** OCSE, Rapporto, pagina 40; Piano d'azione, pagina 15.

**[20]** OCSE, Piano d'azione, pagina 22.