

Gli Autori

FABRIZIO AMATUCCI

Professore ordinario di diritto tributario nella Università degli studi Federico II di Napoli

FEDERICO AQUILANTI

Dottore di ricerca in diritto tributario nella Università degli studi di Bologna

ANDREA BALLANCIN

Ricercatore di diritto tributario nella Università degli studi del Piemonte orientale

MARCO BARASSI

Professore associato di diritto tributario nella Università degli studi di Bergamo

ANDREA CARINCI

Professore ordinario di diritto tributario nella Università degli studi di Bologna

ANGELO CONTRINO

Professore ordinario di diritto tributario nella Università degli studi L. Bocconi di Milano

LORENZO DEL FEDERICO

Professore ordinario di diritto tributario nella Università degli studi G. D'Annunzio di Chieti-Pescara

STEFANO FIORENTINO

Professore ordinario di diritto tributario nella Università degli studi di Salerno

ALBERTO FRANCO

Dottore di ricerca in diritto tributario delle società nella Università degli studi Luiss G. Carli di Roma

SERENA GALEAZZI

Dottoranda di ricerca in Business, Institutions, Markets nella Università degli studi università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara

F. ALFREDO GARCÍA PRATS

*Catedrático de Derecho financiero y tributario (professor of Financial and Tax Law).
Facultad de Derecho (Faculty of Law) – Universitat de València*

MARIO GRANDINETTI

Ricercatore di Diritto tributario nella Università degli studi di Torino

ORIANA LOMBARDI

Dottore di ricerca in Rapporti giuridici tra principi comunitari, costituzionali ed internazionalizzazione del mercato nella Università degli studi di Salerno

ANTONIO MARINELLO

Ricercatore di diritto tributario nella Università degli studi di Siena

PIETRO MASTELLONE

Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea nella Università degli Studi di Bergamo

CLAUDIO SACCHETTO

Professore emerito di diritto tributario nella Università degli studi di Torino

CARLO SALLUSTIO

Dottore di ricerca in diritto tributario nella Università degli studi Luiss G. Carli di Roma

NICOLA SARTORI

Ricercatore di diritto tributario nella Università degli studi Bicocca di Milano

GIUSEPPE VANZ

Professore associato di diritto tributario nella Università degli studi di Torino

ALESSANDRO VICINI RONCHETTI

Ricercatore di diritto tributario nella Università degli studi di Torino

GIUSEPPE ZIZZO

Professore ordinario di diritto tributario nella Università degli studi Carlo Cattaneo di Castellanza

Prefazione

Il D.Lgs. 14 settembre 2015, n. 147, in attuazione della L. delega 11 marzo 2014, n. 23, ha introdotto numerose modifiche – di carattere procedimentale e sostanziale – alla disciplina della tassazione delle imprese.

In particolare, il provvedimento è volto a rendere l'Italia maggiormente attrattiva e competitiva per le imprese italiane e straniere che intendono operare nel suo territorio. Il decreto, come messo in evidenza nella relazione illustrativa, ha come finalità la semplificazione “tributaria” dei processi di globalizzazione.

Il legislatore ha inteso ridurre i vincoli fiscali alle operazioni transfrontaliere nonché creare un quadro normativo più certo e trasparente per gli investitori.

È un provvedimento legislativo a contenuto tutt'altro che omogeneo. Questo volume ne esamina e illustra tutti i contenuti, avendo riguardo alla evoluzione della fiscalità internazionale e dell'UE.

In particolare, sono esaminati, oltre ai temi procedurali della collaborazione tra amministrazione finanziarie e dello scambio di informazione, i diversi aspetti della disciplina sostanziale, sia con riguardo alla tassazione in Italia dei redditi conseguiti dall'estero dai residenti, sia con riguardo alla tassazione in Italia dei non residenti. Sono inoltre trattati l'eliminazione degli ostacoli fiscali al trasferimento di residenza e diversi aspetti della tassazione del reddito d'impresa.

Diversi contributi sono specificamente rivolti all'esame dei rapporti con i Paesi a fiscalità privilegiata.

I temi sono trattati rilevando le implicazioni di fiscalità dell'UE e internazionale e considerando che il legislatore si è proposto di creare un contesto di maggiore certezza fiscale, eliminare alcune lacune, semplificare gli adempimenti fiscali delle imprese riducendone i costi e adeguare la legislazione italiana alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE.

Francesco Tesauro

SEZIONE PRIMA
L'EVOLUZIONE DELLA FISCALITÀ
INTERNAZIONALE

Capitolo I
*Spunti di riflessione sull'evoluzione
della fiscalità internazionale*

CLAUDIO SACCHETTO

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. I principali caratteri della evoluzione fiscale internazionale. – 3. L'evoluzione fiscale nella Unione europea. – 4. Evoluzione della normativa interna italiana in materia di fiscalità internazionale. – 5. Conclusione.

1. Premessa introduttiva

La fiscalità internazionale è sempre stata caratterizzata da grandi cambiamenti e questa sintesi potrebbe trovare subito conferma anche in relazione agli effetti fiscali legati al recente evento noto come la Brexit di cui la stampa si è occupata in questi ultimi mesi e il cui esito incerto è legato ad una negoziazione di cui non si prevede il compimento oltre che le modalità. A tacere della cruenta battaglia scatenata recentemente dagli Stati Uniti in materia di dazi.

Trattare della evoluzione della fiscalità internazionale pone lo studioso in una posizione atipica essendo egli chiamato istituzionalmente a descrivere e spiegare il presente. I tempi attuali non sono di facile lettura per il profilo che a noi interessa, non solo per la difficoltà intrinseca di prevedere il futuro soprattutto in una fase economica che viene connotata dagli economisti finanziari ancora come di crisi ma che parrebbe, nel momento in cui si scrive, intravedere una possibile graduale inversione di tendenza se i grandi fenomeni epocali in corso andranno in via di composizione.

Vi sono infine ragioni di metodo e di rigore che impediscono allo studioso di delineare scenari con valore di absolutezza e generalità atteso che

L'ordinamento internazionale si presenta con realtà molto difformi basti por mente alla contrapposizione tra Paesi sviluppati e paesi in via di sviluppo, per cui una diagnosi corretta impone di specificare che l'evoluzione fiscale a livello propriamente internazionale si articola con modalità differenti ma non generalizzabili ; l'evoluzione inoltre ha proceduto e procede in tempi e modalità differenti in ragione del livello di integrazione politica ed economica raggiunto da determinate aree del pianeta (es. USA e UE). Si può parlare anche di evoluzione della fiscalità *internazionale con riguardo* agli assetti di disciplina interna degli Stati che hanno come finalità specifica quella di regolare le fattispecie dal punto di vista soggettivo ed oggettivo con elementi di extraterritorialità come la tassazione dei non residenti per attività economiche svolte all'interno del territorio dello Stato e le attività economiche svolte all'estero dai residenti. Questa impostazione giustifica una trattazione per ciascuna specifica realtà e tenendo fermo che tra di esse vi è continua interazione ponendo i noti da tempo problemi di coordinamento dei criteri di collegamento e di gerarchia delle rispettive fonti normative che ha perso di rigidità a favore di un equilibrio di bilanciamento dei principi e degli interessi sostanziali anche se in via molto generale. Si percepisce una tendenziale anche se non continua tendenza a livello globale verso principi, forme e procedure aventi elementi comuni riguardanti il fenomeno impositivo. E ciò come effetto sia della adesione sempre più ampia a strumenti di uniformità come i trattati ma anche come esito di un processo spontaneo da parte degli Stati attraverso il fenomeno conosciuto dagli studiosi del diritto tributario comparato della veicolazione dei modelli giuridici, a sua volta effetto della internazionalizzazione o globalizzazione dell'economia che gli Stati tendono a favorire alla ricerca di nuovi spazi di ricchezza e ad attrarla nel proprio territorio; sia dall'esigenza predisporre strumenti interni ed internazionali volti a combattere le forme illecite (*harmfull tax competition*) come l'elusione e l'evasione.

2. I principali caratteri della evoluzione fiscale internazionale

Come premesso in introduzione l'evoluzione fiscale internazionale – qui il termine inteso come fiscalità dell'ordinamento internazionale – presenta caratteri tutti propri rispetto ai sistemi integrati USA e EU e a quelli interni statali a cominciare dal sistema di produzione delle regole fiscali che sono di origine consuetudinaria o principi generali o di origine convenzionale.

Posto che l'ordinamento internazionale è ancora composto da Stati indipendenti e sovrani è possibile affermare che tale ordinamento non presenta i caratteri tipici degli ordinamenti interni nel senso che manca un ordinamento sovranazionale con una potestà autonoma tributaria e con diretti destinatari di tale potestà. Quanto dire che le soluzioni di natura fiscale che si realizzano a livello internazionale sono l'esito di trattati internazionali, raramente di consuetudini in senso tecnico anche se si registra a livello internazionale, e questo è un dato conoscitivo di grande rilevanza per l'evoluzione, l'affermarsi di comportamenti standard da parte degli Stati come effetto di accettazioni di regole da parte di Enti od organizzazioni di carattere internazionale es. OCSE, FMI, ecc. le cui guidelines o indicazioni, se pur prive di efficacia coattiva, sono recepite come regole giuridiche dando così conferma di quel fenomeno giuridico noto agli studiosi, non solo tributari, di *soft law*. In questa linea l'analisi del processo di evoluzione della fiscalità internazionale non può non fare menzione di un fenomeno che pure si iscrive nel processo di armonizzazione e standardizzazione dei principi fiscali internazionali costituito dalle decisioni della Corte europea dei Diritti dell'uomo. Essa forse travalicando dalle competenze come assegnatele a termini di trattato istitutivo del 1° giugno 2010, ha espanso la propria competenza ben oltre i diritti fondamentali come collegati alla materia penale per invadere anche quelli della tutela del contribuente in sede amministrativa.

Ciò precisato e guardando in retrospettiva si può dire che il secolo precedente si è caratterizzato come quello del tentativo di porre rimedio al fenomeno della doppia imposizione internazionale a partire dai lavori della Società delle Nazioni, nell'intento di creare i presupposti per una ripartenza dell'economia degli Stati del mondo occidentale devastati dagli effetti della prima guerra mondiale. Obiettivo poi ripreso dopo la seconda guerra mondiale dall'OCSE e, in particolare, dalla Sezione Fiscale. Organizzazione governativa che ha svolto ed ancora svolge una funzione fondamentale di sviluppo e armonizzazione per gli Stati aderenti ma con influssi indiretti anche per i Paesi non aderenti elaborando specifici modelli razionali per la eliminazione della doppia imposizione internazionale. Ancorché si tratti di organizzazione di cooperazione internazionale l'OCSE ha assunto una posizione di autorità a livello interpretativo dei modelli standard di convenzione e di fatto ponendo regole e principi fatti propri anche dalle singole giurisprudenze nazionali al punto che oggi si riconosce a tali indicazioni il ruolo di vera e propria fonte del diritto internazionale sia pure in quella nuova categoria che, come detto, va sotto l'anglicismo di *soft law*. Si tratta di uno stadio di evoluzione che si può considerare una tappa fondamentale

nel processo di armonizzazione dei principi fiscali internazionali e che, salvo improbabili mutamenti radicali dello scenario internazionale, è destinato a durare in futuro perché il fenomeno della doppia imposizione internazionale ha trovato nel tempo continuità di soluzioni ed affinamenti ma è ben lungi dall'essere completamente eliminato sia pure in una fase storica che dal punto di vista economico e politico presenta caratteri di grande apertura e che va sotto il nome di globalizzazione. Termine, quest'ultimo, che sta ad indicare un processo di interdipendenze economiche, sociali, culturali, politiche e tecnologiche i cui effetti positivi e negativi hanno una rilevanza planetaria, tendendo ad uniformare il commercio, le culture, i costumi e il pensiero. L'economia in tutte le sue forme ha superato, grazie anche all'avvento di nuove tecnologie (in particolare quella informatica), i rigidi confini degli stati nazionali e può essere definita come il contesto economico e sociale della nostra epoca a cui si ascrive il merito dello sviluppo crescente delle economie occidentali e la via d'uscita del superamento della crisi, messo in pericolo da alcune emergenti tendenze protezionistiche¹.

Quanto sopra spiega anche alcune delle grandi linee di evoluzione della fiscalità internazionale come la rapida espansione delle convenzioni contro le doppie imposizioni nella forma multilaterale anziché di quella bilaterale.

La globalizzazione si pone come un processo irreversibile; almeno così è oggi percepita. Un test decisivo sarà l'approvazione, seppure tra grandi difficoltà, del trattato TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*), un trattato di liberalizzazione commerciale che ha l'intento dichiarato di modificare regolamentazioni e standard (le cosiddette "barriere non tariffarie") e di abbattere dazi e dogane tra Europa e USA e, per quanto ci riguarda, di rilevante incidenza in materia fiscale. Ma sui dazi e dogane, come detto, *mala tempora currunt*. La globalizzazione economica impone un modo diverso di leggere ed interpretare anche i fatti fiscali. Affermazione che trova conferma dal fatto che nessun operatore economico internazionale si può oggi permettere di fare una pianificazione fiscale internazionale senza valutare gli effetti sulla propria attività e di prevedere gli effetti che

¹ Si veda intervento di M. Draghi dal titolo *La crescita globale ha bisogno di economie aperte*, nell'incontro del 25 agosto 2017 a Jackson Holl con la rappresentante della FED Janet Yellen. Per una lucida diagnosi dello stato attuale del rapporto tra globalizzazione e misure protezionistiche si rinvia a: PANKAJ GHEMAWAT, *The truth about Globalization. Globalization in the age of Trump*, in *Harvard Business Review*, July, August, 2017, 112 ss.

producono i tre sistemi di norme internazionali: europea ed interna anche nel loro reciproco rapporto. Ma egualmente nessuno Stato oggi da un lato si accinge ad introdurre leggi o misure anche esclusivamente interne senza valutare gli effetti sul proprio commercio estero, dall'altro lato senza valutare se tale tipo di misura sia stata già adottata da altri Stati e con quali effetti. Un confronto ed una comparazione che va sotto il nome come detto di *veicolazione* dei modelli giuridici, un processo di adeguamento da un lato per acquisire modelli di tassazione più perfezionati e collaudati e dall'altro per ragione di competitività fiscale.

L'ordinamento internazionale nasce e si perpetua tuttavia ancora oggi come ordinamento di stati sovrani e in quanto tali in principio titolari non solo della potestà legislativa tributaria potenzialmente illimitata, ma anche gelosi difensori dello spazio in cui far valere l'effettività e l'efficacia delle proprie leggi (c.d. *principio di territorialità*); la sovranità fiscale degli Stati e l'esigenza di globalizzazione hanno trovato una soluzione di compromesso nello strumento delle convenzioni contro le doppie imposizioni, in assenza di norme internazionali generali in materia tributaria limitative di tale potere. L'aumento dell'interdipendenza economica e sociale nonché la maggiore omogeneità dei modelli di composizione della doppia imposizione implicano maggiore attenzione verso specifici trattati multilaterali, come concretamente ha previsto l'Azione 15 del BEPS *action plan* che disciplina l'introduzione di un accordo multilaterale *Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*. Una pietra miliare nella evoluzione della fiscalità internazionale perché si tratta di una modalità che si è resa necessaria per risolvere un limite oggettivo dei trattati contro la doppia imposizione in quanto bilaterali: le loro profonde differenze causa non solo del *treaty shopping* ma anche ostacolo alla cooperazione fiscale internazionale. Il Trattato "Multilateral Convention" ha come finalità specifica quella di dare attuazione coordinata e coerente delle misure relative alle Convenzioni fiscali adottate nel quadro del progetto BEPS. Il trattato multilaterale previsto dall'Azione 15 è stato negoziato da oltre 100 Stati, tra novembre 2015 e novembre 2016, ed è stato adottato il 25 novembre 2016 (ad eccezione degli Stati Uniti). Il trattato è aperto alle sottoscrizioni dall'1 gennaio 2017. Nella misura in cui infatti la globalizzazione economica si è posta come il contesto per la crescita della economia è altrettanto vero che in un assetto di Stati sovrani e a forti differenziali di incidenza fiscale (si allude in particolare ai c.d. paradisi fiscali) essa, sia pure in astratto, ritenuta positiva e favorita dagli Stati, ha creato i presupposti per il concorrente fenomeno della evasione/elusione fiscale in-

ternazionale ad opera prevalentemente delle grandi imprese multinazionali specialmente nella tipologia della doppia non imposizione. Tutto ciò proprio attraverso un uso improprio delle stesse convezioni nate per combattere la doppia imposizione (c.d. *treaty shopping*)² con grave nocimento delle economie interne statali e soprattutto di quelle dei paesi in via di sviluppo, oltre a violare il principio della neutralità fiscale nel commercio internazionale. Questo spiega perché il fenomeno descritto relativamente sottovalutato in passato, è diventato in ragione dei rilevanti effetti macroeconomici destabilizzanti non solo per gli Stati ma anche per un corretto, giusto e stabile assetto delle regole di mercato, il target in crescendo della policy fiscale degli Stati con misure di tipo convenzionale e misure interne di cui ancora una volta si sono fatte promotrici le organizzazioni internazionali e non ultima l'OCSE con la copertura politica dei vari G7 e G20, e di cui l'ultima rilevante esempio è rappresentato dal già citato progetto BEPS. Un progetto di contrasto all'evasione fiscale internazionale a cui hanno aderito più di 70 Stati modulato in 15 sottoprogetti o azioni c.d. Action Plans che, stando al timing presentato nel report, dovrebbe vedere gran parte della sua implementazione entro i prossimi due anni. Ma il condizionale è d'obbligo attese le numerose riserve ed eccezioni di cui gli stati si sono riservati il diritto ma che ha già avuto concrete attuazioni come ha riportato anche la stampa non specializzata.

Il Progetto ha trovato approvazione e consenso anche nell'ambito dell'Unione europea sia pure con possibili eccezioni come ad esempio nel settore del *transfer pricing* ove non si esclude di operare un scelta radicale a favore di un diverso metodo di ripartizione della materia imponibile tra Stati contraenti e che trova consensi presso dottrina anche autorevole noto come *Formulary Apportionment*³; imposizione unitaria e metodo per assegnare il profitto guadagnato (o la perdita sostenuta) da una società o da un gruppo aziendale ad una particolare giurisdizione fiscale in cui la società o il gruppo hanno una presenza imponibile in alternativa al metodo oggi vi-

²Oggi questo fenomeno dell'uso improprio dei Trattati è contrastato dal c.d. Principal Purposes Test (PPT) previsto dall'Action.6, BEPS, che prevede la inclusione di una apposita clausola nei trattati Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, vale a dire che è rifiutata l'applicazione del trattato quando è riconosciuto che la sola ragione è quella di evadere le imposte.

³Per una analitica descrizione di tale metodo si rinvia a: CLAUSING-KIMBERLEY A.-AVI-YONAH-REUBEN S., *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment (PDF)*, The Hamilton Project, Brookings Institution, archived from the original (PDF) on 2012-01-27 June 2007.

gente dell'*arm's length* e l'attribuzione a ciascuna giurisdizione di parte del profitto globale (o la perdita) della società, basato su fattori quali la percentuale delle vendite, delle attività o del libro paga in quella giurisdizione.

Il progetto BEPS rappresenta quindi una tappa fondamentale nella evoluzione della fiscalità internazionale non solo per gli obiettivi che si propone e per la sua filosofia ispiratrice racchiusa nei termini di *coherence, substance, transparency* ma anche per le misure e schemi innovativi proposti che si segnalano non solo per la loro potenziale efficacia ma anche per la novità sia sul piano pratico che teorico. Infatti, all'origine del fenomeno della doppia imposizione e della corrispondente doppia non imposizione vi è stata l'asimmetria legislativa nei criteri di collegamento sia personali sia quelli legati al presupposto. Sotto questo aspetto emblematica e rilevante per importanza è la nozione di stabile organizzazione storicamente ancorata ai criteri di materialità e presenza fisica del soggetto produttore di reddito e oggi non più funzionale a intercettare e colpire gli scambi delle multinazionali soprattutto quelle che operano nel commercio elettronico ed in forma digitale che possono fornire beni e servizi oltre confine senza manifestare una presenza fisica e quindi tassabile nei Paesi in cui si generano i profitti. Non a caso tale questione è oggetto dell'ACTION plan n. 1 del BEPS.

Per il settore economico digitale diventa rilevante il problema di stabilire il luogo in cui emerge il valore aggiunto, le funzioni svolte e l'assunzione di rischi e la nascita del bene immateriale e quindi il presupposto rilevante da assoggettare a tassazione. Le difficoltà connesse all'individuazione dello Stato nel quale si è prodotto il margine economico (economia virtuale) ha indotto gli Stati, in questa prima fase, ad applicare al settore digitale normative sostanziali e procedurali interne con una estensione analogica della nozione di stabile organizzazione o del criterio della significativa presenza economica bastando una presenza digitale significativa come nel caso della c.d. stabile organizzazione virtuale e così alterando i caratteri strutturali tradizionali nati e pensati in passato per tassare realtà economiche fisiche e materiali (sede fissa di affari). L'esito insoddisfacente di tale adeguamento ha ora indotto gli Stati a prevedere e prefigurare forme specifiche ed autonome di tassazione dei servizi e prodotti digitali estendendo come detto al settore digitale il metodo del c.d. *Formulary apportionment*⁴ oppure prevedendo una specifica imposta per il settore. Ci si riferisce in

⁴ In tal senso si orienta: O. SALVINI, *La strategia anti-BEPS nell'economia digitale: il necessario cambio di rotta sul criterio di collegamento*, in *Rass. trib.*, n. 3, 2017.

particolare alla *Web Tax* che non ha ancora trovato una definitiva e condivisa configurazione posto che sotto tale etichetta allo stato convivono forme diverse di tassazione sostanziali e soluzioni solo procedurali. Solo recentemente l'Italia ha introdotto uno specifico regime di tassazione dedicato al "web" con la legge di stabilità 2018. Regime che, ad una prima analisi, appare non sufficiente e sicuramente meritevole di miglioramenti. A livello internazionale, la tassazione della "web economy" al momento pare non riscuotere ampio consenso da numerosi stati europei la cui definizione è stata oggetto di discussione in una riunione del consiglio europeo a Tallin nel settembre 2017 proprio con la finalità di elaborare, come auspicato, un modello di tassazione comune a livello europeo tra tassazione del profitto o del fatturato, in attesa di una presa di posizione dello stesso OCSE che si è fatto sostenitore in via ufficiale nel recente convegno IFA di Rio de Janeiro nel 2017, di una proposta per un'imposta con caratteri simili all'Iva per il settore digitale definita "ALAS acronimo di *Alternative Levy on Sales* da introdurre entro il 2020 o, in alternativa, una imposta sulla pubblicità online con ritenuta alla fonte che già trova parziale applicazione in India dal 1° giugno 2016 applicata sulle vendite elettroniche con una aliquota del 6% su ogni vendita on line da parte di soggetti non residenti.

Nodo della questione sarà ancora una volta il criterio di collegamento *id est* lo Stato presso il quale si verifica il presupposto per la tassazione: se quello della sede-residenza della multinazionale o quello dove si conseguono i profitti e così portare certezza in un settore sinora dominato dalle contrapposte valutazioni delle multinazionali e dalle agenzie delle entrate come evidenziato dal recente caso di conflitto tra uffici fiscali e Google chiusosi senza vincitori e vinti con una transazione fiscale. Ma il compito non sarà facile in sede europea stante il vincolo del voto alla unanimità in materia fiscale e lo scarso "entusiasmo" di stati come Irlanda, Olanda e Lussemburgo che hanno sinora offerto trattamenti privilegiati ai colossi del web.

Altro settore in cui si registrano prospettive di rilevanti modificazioni è quello del *transfer pricing*; anch'esso collegato alla problematica dei criteri di collegamento e da sempre terreno di scontro tra operatori e Fisco, ove il principio tradizionale del c.d. *separate entity approach* non sempre si è rivelato efficace nel contrastare i fenomeni di elusione denunciati soprattutto ancora per il comparto dei c.d. *intangibles*. In attesa che si definiscano le opzioni strategiche, si sono introdotti più analitici ed accurati mezzi documentali anche telematici, nella finalità di contrastare l'evasione ed elusione fiscale internazionale come l'adozione del Country-by-Country Report valutato sinora il maggior concreto successo del rapporto BEPS e a

cui viene data particolare rilevanza anche nella l'Unione europea. Basti por mente che dal primo settembre 2017 molti paesi già considerati a fiscalità privilegiata daranno attuazione allo scambio di informazioni "in modo adeguato" proprio seguendo le indicazioni del CRS OCSE⁵.

È facile comunque prevedere che la problematica sui criteri di collegamento soprattutto nella dialettica tra residenza e/o luogo di origine della ricchezza come nel passato è destinata anche in futuro a rimanere aperta nell'intento sempre sottinteso di arrivare alla, per ora utopica, connessione tra pretesa impositiva e reale attività economica. Intendendo con quest'ultima locuzione il luogo là dove il valore è stato creato, atteso che le opzioni che esso implica sono collegate con interessi politici e valoriali dei singoli Stati tenuto anche conto del connesso principio della tassazione universale o più nota nell'anglicismo di *world wide principle*.

Ma fermo quanto appena detto sul piano sostanziale e con riserva di verificare quanto e come i principi elaborati nel progetto BEPS saranno tradotti in pratica in modo omogeneo, l'ambito che nella prospettiva della lotta alla evasione fiscale internazionale è destinato a offrire le maggiori aperture e novità sarà quella della *cooperazione fiscale internazionale* essendo ormai acquisito a livello teorico quanto espresso nella perfetta sintesi di J. Y. Mercier e B. Plagnet secondo i quali: "premissa e fondamento della cooperazione fiscale internazionale est l'information, la clé du controle fiscale"⁶ estesa anche in materia penale atteso che sul piano operativo l'esperienza ha dimostrato come un efficace contrasto all'evasione ed elusione meno dipenda da misure unilaterali interne tipicamente misure sanzionatorie di tipo amministrativo e penale e più dalla conoscenza e cooperazione tra Stati.

Ormai pare acquisito ed adottato da tutti gli Stati il criterio assorbente per la qualificazione di paradiso fiscale in quanto Stato non cooperativo nello scambio di informazioni con effetto sanzionatorio rappresentato dall'inclusione del Paese nelle liste c.d. *black list*. Da un punto di vista operativo, la lotta alla evasione fiscale è affidata con sempre maggiore frequenza ad una più diffusa adozione di trattati multilaterali che rappresentano un salto dal

⁵Uno degli effetti più rilevanti sarà la inapplicabilità della normativa interna sul raddoppio dei termini di accertamento che la CGCE con la sentenza C-317 /15 ha ritenuto in violazione della libera circolazione dei capitali anche al di fuori della Comunità Europea, venendo meno il presupposto che prima lo giustificava vale a dire l'indisponibilità di indizi in merito all'esistenza di capitali all'estero tali da consentire l'invio di una indagine.

⁶Cfr. J.Y. MERCIER-B. PLAGNET, *Les impôts en France*, Ed. F. Lefevre, 15^a ed., 2003, 532.

punto di vista genetico e qualitativo perché oltre al vantaggio della armonizzazione delle discipline sostanziali e procedurali, risolve il problema della compatibilità dei vigenti concorrenti trattati bilaterali. Si sottolineano, in questa sede, le modalità della cooperazione in via automatica direttamente tra amministrazioni soprattutto nella forma di scambi in via telematica ed automatica al dichiarato fine di *anticipare* l'informazione allo stato interessato indipendentemente dalla sua richiesta e così superare la prassi defatigante del passato delle cooperazioni su richiesta e di coordinare le prassi non sempre trasparenti dei *rulings* preventivi e, con la stessa finalità, predisporre una miglior disciplina dei c.d. *mutual agreements procedures* MAP (Action 14). Un obiettivo che può già contare su alcuni risultati di successo.

Questo processo di "purificazione" dell'economia internazionale procede anche con il progressivo smantellamento dei paradisi fiscali e con la abolizione del segreto bancario che ha ricevuto un attacco probabilmente decisivo a seguito della approvazione dei c.d. trattati FATCA (*Foreign Account Tax Compliance Act*) elaborati dal Governo Obama proprio per combattere i paradisi fiscali e sottoscritto dall'Italia nel 2014 e di cui l'esempio più illustre è rappresentato dai mutati rapporti di *disclosure* con la Svizzera e Montecarlo, seguita da altri stati del centro sud America ed Asia che daranno la collaborazione anche bancaria dal 2108.

Se la strada pare tracciata ed irreversibile, rimane da chiarire come saranno compensati gli Stati ex paradisi a fronte della rinuncia alle pratiche dannose, cosa faranno gli Stati non appartenenti all'OCSE ed UE. Trattandosi di un problema planetario non si può escludere, a priori, che, paradossalmente, la battaglia contro i paradisi fiscali potrebbe finire per premiare quelli non collaborativi che diventeranno i più esclusivi beneficiari della lotta contro la concorrenza fiscale (vedi caso Panama).

Resta ancora il limite connesso alla difficoltà di definire in modo omogeneo e condiviso le nozioni di frode fiscale, elusione ed abuso di diritto; termini con contenuti di non facile delimitazione e tuttora assunti con accezioni differenti nelle legislazioni e giurisprudenze nazionali.

In sintesi il futuro fa presagire che fermo il contesto di una economia globalizzata e l'assenza di misure restrittive di natura politica internazionale, è fondato e ragionevole prevedere che il processo evolutivo della fiscalità internazionale non avrà soluzioni di continuità rispetto al passato nel senso che continuerà lo sforzo degli Stati di adeguamento a principi comuni e politiche di cooperazione soprattutto nella forma multilaterale ma anche contemporaneamente perseguendo l'obiettivo della competizione fiscale attraverso normative interne di attrazione tributaria sia pure *fair*.

Resteranno ancora aspirazioni utopiche le forme di tassazione a livello sopranazionale sino a quando l'ordinamento internazionale manterrà l'attuale struttura di organizzazione di Stati indipendenti e sovrani.

3. L'evoluzione fiscale nella Unione europea

La evoluzione della fiscalità nella Unione europea (UE) richiede una specifica riflessione in ragione, come accennato all'inizio, del particolare contesto istituzionale, politico ed economico che la contraddistingue ; cui si aggiunge la circostanza che il diritto comunitario si impone come diritto con efficacia prevalente non solo nei confronti dei diritti degli Stati membri ma anche nei confronti del diritto internazionale fiscale, tipicamente nei confronti delle convenzioni contro le doppie imposizioni. Da un punto di vista generale, l'evoluzione della fiscalità europea presenta nell'attuale momento una fase di stasi, dopo aver registrato e conseguito in passato significativi e fondamentali obiettivi di armonizzazione prevalentemente nel settore delle imposte indirette, dogane, accise, imposte sugli scambi (IVA) o di tassazione dei capitali (Direttiva 69/335, che regola le imposte indirette sulla raccolta dei capitali) in ragione della loro pregiudizialità alla realizzazione del mercato unico o comune questo ritenuto per l'UE l'unico e fondamentale parametro di giustificazione di azioni fiscali convergenti, atteso che la competenza in materia tributaria e più in generale la politica fiscale, diversamente dalla politica monetaria, rimaneva e rimane in principio, per scelta dei Trattati, in capo agli Stati membri e salvo eccezioni di cessioni parziali di disciplina giustificate dalla necessità di conseguire meglio ed in modo più efficace, gli obiettivi comunitari in particolare nel settore degli scambi di beni e nel settore della tassazione ambientale divenuto oggetto di grande attenzione da parte della UE non solo perché collegato con quello delle energie e quindi con il mercato *tout court* ma per le connessioni che sono state prefigurate come strumento di promozione dell'occupazione e di alleggerimento della tassazione sul lavoro.

Più specificamente, per l'imposta IVA con le modifiche apportate con il c.d. "*Vat package*" del 2008, essa ha raggiunto una relativa stabilità. Le più recenti direttive comunitarie in materia di IVA si pongono in linea di continuità con l'impianto originario del sistema soprattutto sotto il profilo della garanzia di neutralità dell'imposta con una evoluzione che parte dall'ultimo decennio. La Commissione ha orientato la propria strategia

recente in materia di IVA verso la tassazione nel paese di destinazione e quindi con la volontà di sottolineare più la sua natura di tributo sul valore aggiunto che come imposta sui consumi. Un ulteriore misura tecnicamente rilevante di ciò è l'adozione del *reverse charge* generalizzato, in funzione anti frode. Tale meccanismo, che non prevede i pagamenti frazionati obbligando al pagamento dell'intera imposta l'ultimo soggetto passivo d'imposta, e non il consumatore, trasforma di fatto l'IVA più in una un'imposta sulle vendite che non un'imposta sul valore aggiunto. Obiettivo comune e costante delle proposte legislative della Commissione degli ultimi anni è stato infatti quello di migliorare il funzionamento del mercato interno e di rimuovere gli ostacoli ancora presenti alla neutralità dell'IVA e l'ammodernamento delle regole IVA per tener conto delle evoluzioni tecnologiche e del mercato (di cui l'ultima direttiva 2014/55/UE sulla fatturazione elettronica).

La razionalizzazione delle regole IVA è finalizzata a ricondurre ad una logica unitaria disposizioni stratificate nel tempo e non sempre coerenti. Da qui anche l'emanazione di una disciplina di gruppo IVA di carattere opzionale che si applica in modo rigido ai rapporti tra tutte le società del gruppo con il principio dell'*all in all out*.

Più in generale, l'azione della Commissione nei prossimi anni sarà orientata nella prospettiva di perseguire una semplificazione del sistema con un riguardo particolare al commercio elettronico e al settore delle PMI che dovranno fungere da volano per lo sviluppo e la crescita dell'intera Unione. Ulteriori rilevanti obiettivi della Commissione sono stati intrapresi verso la riduzione delle esenzioni in ottemperanza al principio di neutralità e di fronteggiare i rischi di frode, di favorire quindi la cooperazione tra amministrazioni e la revisione del sistema delle aliquote IVA. Il settore che, ad onta della sua importanza, ha registrato sin dall'inizio e tuttora registra minori successi, è quello dei tributi diretti incluso anche il settore delle tassazione delle attività finanziarie per ragioni fondate su motivazioni diverse nel tempo ma aventi causa comune assorbente nella stretta relazione che esse hanno con le politiche economiche e sociali interne degli Stati. In effetti ad onta del fatto che proceda il processo societario di armonizzazione per il settore civilistico (ultimo esempio è l'elaborazione di un testo Unico di diritto delle società di capitali con direttiva 2017/1132 del 14 giugno 2017 in GUCE del 30 giugno) è ancora in stallo una disciplina comune in materia fiscale soprattutto nella forma di uno statuto fiscale comune della base imponibile consolidata secondo i c.d. approcci globali. In particolare, il progetto della *Home State Taxation (HST)* per le piccole medie imprese e

quello della *Consolidated Corporate Tax Base (CCTB)*⁷ per i gruppi societari elaborati dai servizi studi della Commissione Europea e che rappresentano la maggiore novità rispetto agli studi precedenti della Commissione Europea. Il progetto della *CCTB* è suscettibile di essere maggiormente approfondito rispetto a quello della *HST*. La motivazione principale è che la *CCTB* può definirsi un progetto di armonizzazione fiscale che incide sulla base imponibile del tributo societario, ma in conformità ad un unico modello, non di tipo nazionale come previsto dalla *HST*, ma europeo, creato appositamente per lo scopo cui si intende raggiungere.

Un progetto quello delle imposte dirette ancora in itinere malgrado la sempre manifestata volontà (dal Rapporto Ruding del 1992) di pervenire anche ad una armonizzazione *tout court* delle imposte sugli enti societari nazionali, oltre che per le società transnazionali con normative comuni sulle regole di bilancio (principi IAS) e della base imponibile armonizzate e con aliquote comuni. E sempre impedito da ragioni legate alla autonomia delle politiche finanziarie e di bilancio interne giustificate nell'ultimo decennio dal fenomeno della crisi.

Non ultimo fattore di stallo del processo di armonizzazione è da ricollegare all'abbandono del progetto di completare l'evoluzione istituzionale con il passaggio dal modello confederale attuale ad un modello federale in senso proprio come auspicato dai padri fondatori con una costituzione europea ove potevano trovare spazio i fondamentali principi in materia fiscale come recepiti dalle costituzioni degli Stati membri e come modulati e conformati sugli obiettivi comunitari dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee. In particolare un ostacolo decisivo per il processo di armonizzazione consiste nel principio di unanimità in materia fiscale che la Commissione Europea ha più volte proposto di superare con un graduale passaggio verso un sistema decisionale basato sulla maggioranza qualificata, e sia pure attenuato con la procedura della c.d. *cooperazione rafforzata*.

La CGCE con la sua giurisprudenza ha svolto in questi anni meritevolmente un ruolo sostitutivo, forse anche oltre le proprie competenze, nel processo di armonizzazione a cui bisogna affiancare anche il crescente ruolo a volte sinergico, a seguito della ricezione da parte della UE della Carta dei diritti fondamentali di Lisbona, della Corte Europea dei diritti dell'uomo CEDU.

L'assenza di una linea unificante e coordinata in materia fiscale si avverte soprattutto nell'attuale momento in cui si propongono scenari nuovi nel-

⁷ Da cui la proposta di direttiva 2016/0337.

la politica economica mondiale con alcune incertezze sul rispetto del libero scambio, con interlocutori nuovi e sempre più dominanti come la Cina, e i Paesi in via di sviluppo, E non a caso si propone in sede comunitaria la nomina di un ministro per le politiche economiche e finanziarie comune.

In particolare, premesso che i Trattati europei non prevedono una competenza della UE in materia di doppia imposizione tra Stati, andrebbe concretizzato il progetto già proposto in passato, di un modello di trattato comune contro le doppie imposizioni sia per i rapporti tra Stati membri e un modello unico europeo nei confronti dei paesi terzi.

E qui ancora si aprirebbe il problema della uniformità dei criteri di collegamento allo stato attuale ancora divergenti con gli ostacoli di natura politica e tecnica già evidenziati.

Dove per contro si registra sin dall'inizio della esperienza europea e in questi ultimi anni rinforzata, una forte convergenza di intenti e di realizzazioni, è sul tema della lotta alla evasione ed elusione nello specifico ambito dei rapporti intra UE condizione imprescindibile al fine di garantire concretamente i presupposti di un reale libero mercato e che si è tradotta in normative concrete sin dall'inizio in materia di imposte dirette (direttiva 77/799/CEE poi sostituita con la direttiva 2011/16/UE la direttiva 2003/48/CE, sulla tassazione del risparmio che consentiva un migliore accesso alle amministrazioni fiscali delle informazioni sui risparmiatori privati, con l'obiettivo che i pagamenti di interessi effettuati in uno Stato membro e residenti di altri Stati membri fossero soggetti a imposta conformemente alla legislazione dello Stato di residenza fiscale, La direttiva è stata di recente abrogata dal Consiglio il 10 novembre 2015 a seguito della entrata in vigore della direttiva 2014/107/UE operativa dal 1° gennaio 2016 che ha adottato lo standard globale unico elaborato dall'OCSE approvato dal G20 nel 2014 ampliando la portata di tale scambio modificando le disposizioni relative allo scambio automatico obbligatorio di informazioni tra le amministrazioni fiscali.

In materia di IVA (Reg. 27 gennaio 1992, n. 218) è stata prevista la cooperazione tra gli Stati membri per lo scambio di informazioni in via elettronica, sistema noto dal suo acronimo come VIES, (*VAT Information Exchange System*). E la direttiva 2009/69/CE del 25 giugno 2009 (che modifica la direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto) in relazione all'evasione fiscale connessa all'importazione, che ha l'obiettivo di contrastare le frodi in materia di IVA, e con specifiche misure contro le frodi carosello e l'adozione del meccanismo del *reverse charge*, e l'imposizione di nuovi obblighi documentali.

Sul piano delle regole di *soft law* si segnala la creazione di un organismo *ad hoc* come quello del Codice di Condotta che sta in atto perseguendo il monitoraggio delle legislazioni del mondo (ultima monitorata quella delle isole Bermuda) sospette di favorire pratiche abusive al fine di redigere una *black list* dei paesi non collaborativi, unica per tutti gli Stati UE.

Da ultimo, l'adesione UE ad iniziative proposte per finalità antievasive/elusive da parte di altri organismi internazionali come l'OCSE, progetto BEPS, ecc..

In questo attuale quadro, si colloca anche l'esodo (previsto con scadenza il 23 marzo 2019) della Gran Bretagna dalla Unione Europea noto come Brexit, di cui è difficile prevedere gli effetti (non escluso un clamoroso ripensamento da parte degli inglesi) nel breve e nel lungo periodo a causa dello stallo dei negoziati in corso tra UE e UK ostacolati dalla complessità delle questioni politiche da risolvere in termini di diritti e doveri presenti e futuri.

In sintesi l'evoluzione della fiscalità comunitaria è fortemente condizionata da quella istituzionale (con la proposta di creazione di un ministero economico comune, ecc.). La linea della armonizzazione non è abbandonata ma mostra una significativa evoluzione nel senso che procede seguendo un approccio specifico e non generale e cioè che l'enfasi di interesse degli organi comunitari si sposta dal mercato come obiettivo comune agli interessi fiscali degli Stati, alla correzione degli squilibri nella incidenza della tassazione tra fattori ad alta (capitali) o bassa (lavoro) mobilità o a privilegiare altre forme di intervento sul coordinamento delle politiche fiscali degli Stati come ad es. le misure del c.d. *pacchetto Monti* anziché agire sui sistemi normativi uniformandoli.

4. *Evoluzione della normativa interna italiana in materia di fiscalità internazionale*

Una verifica e nello stesso tempo utile parametro di valutazione della evoluzione della fiscalità internazionale ed europea, può derivare anche da una indagine sulle evoluzioni di quelle norme poste dagli Stati che sono, da un punto di vista sistematico, ascritte come diritto tributario internazionale in ragione della diversa fonte normativa. Una valutazione qui per ragioni di economia espositiva limitata con specifico riguardo all'ordinamento italiano anche se il tipo di indagine qui svolta, richiederebbe una comparazione con altri sistemi nazionali.

Orbene l'Italia, come altri numerosi Stati, ha seguito con attenzione nel passato e segue oggi come fisiologica *fiscal policy*, le due linee sopra evidenziate, da un lato di adeguamento alle indicazioni di uniformità che derivano dal diritto internazionale tributario nelle sue varie forme convenzionali e di principi e sia pur con imprescindibili adattamenti ed eccezioni in ragione delle sue specificità interne politiche economiche e sociali, adeguamento sia dal punto di vista sostanziale che di accertamento e riscossione specialmente nelle misure anti evasione. Dall'altro lato mantenendo una propria linea di competizione *lecita* con l'obiettivo di attrarre ricchezze private ed imprenditoriali nel proprio territorio. Di fatto l'Italia è oggi presente in tutte le organizzazioni internazionali rilevanti per la fiscalità come l'OECD, FMI, ONU, ecc. oltre che nelle sedi istituzionali europee. Adeguandosi alle indicazioni via via modificate nel tempo, con l'unica devianza del criterio della attrazione della stabile organizzazione oggi abolito a seguito della entrata in vigore del recente D.Lgs. n. 147/2015 sulla internazionalizzazione che pure si pone in linea di continuità con quanto testé detto.

Il grado di apertura dell'Italia è misurato dal numero di convenzioni contro le Doppie imposizioni internazionali sottoscritte dall'Italia che è prossimo al centinaio. Quanto alle misure interne di attrazione nel recente D.Lgs. n. 147/2015 rubricato "*Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*", si sono infatti adottate una serie di misure fiscali che si ispirano alle indicazioni internazionali nel creare un ambiente per gli investimenti esteri di maggior certezza ed eliminare lacune e incoerenze, con la promessa di riduzione dei carichi amministrativi, adeguare la legislazione interna alla giurisprudenza della CGCE, per eliminare le distorsioni rispetto agli altri Stati membri. In attuazione di quanto appena detto si stabilisce l'adozione della procedura del *rulings* resa indispensabile per la soluzione dei casi di *transfer pricing*. la predisposizione di agevolazioni e semplificazioni fiscali di varia natura e finalità attuando quella che è da sempre una linea di politica fiscale degli Stati moderni ma che cambia nel tempo in funzione degli obiettivi e delle tecniche e di cui è emblematica la adozione della disciplina della *branch exemption* in applicazione delle raccomandazioni degli organismi internazionali e dell'Unione europea, per tassare le stabili organizzazioni di gruppi internazionali e già praticata da tempo dalla normativa nord americana. Si è così introdotto nel D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), l'art. 168-ter, che attribuisce la facoltà, alle imprese residenti nel territorio dello Stato, di optare per l'esenzione degli utili e delle perdite attribuibili a tutte le proprie stabili or-

ganizzazioni all'estero. Una forma di tassazione che ancorché non priva di dubbi applicativi da un lato semplifica gli operatori internazionali e riduce i rischi di doppia imposizione e dall'altro prende atto di quella che è da tempo una delle regole della fiscalità internazionali (non sempre rispettata) per cui è legittimato a tassare in principio solo lo Stato in cui si produce il reddito anche se giuridicamente la stabile organizzazione non si possa considerare un soggetto autonomo e quindi formalmente la S.O. agisca come parte del soggetto non residente che mantiene la propria soggettività passiva nello stato di costituzione/residenza. In questa linea di politica fiscale di competizione si iscrive anche l'altra misura del decreto internazionalizzazione che prevede nell'art. 24-*bis* TUIR un regime opzionale di vantaggio per le persone fisiche c.d. neo domiciliate sull'esempio di quello dei *resident non domiciled* vigente in UK, ed altri Stati, regimi che assoggettano a tassazione solo il reddito di fonte interna e quello di fonte estera nella misura in cui esso viene trasferito nello Stato, c.d. *remittance*, ma con una aliquota fiscale agevolata.

Non minore attenzione è stata data dall'Italia alle indicazioni internazionali per quanto riguarda il processo globale di lotta alla evasione ed elusione internazionale sottoscrivendo quanto prescritto a suo tempo dal Consiglio d'Europa e dell'OCSE, *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (c.d. "Convenzione MAAT) e oggi dai modelli di convenzione TIEA, FATCA, ecc. e dai progetti BEPS, ratificando trattati multilaterali e modificando le disposizioni convenzionali in adeguamento alle nuove richieste di cooperazione sia in materia amministrativa di scambio di informazione e di riscossione che penale soprattutto nella forma di scambio multilaterale automatico, adeguando le norme interne in materia di *black and white list* per la identificazione dei paradisi fiscali con norme più restrittive quanto alla deduzione dei costi, la limitazione dell'esenzione *participation exemption* sui dividendi, l'inapplicabilità del regime *branch exemption*, oltre all'adeguamento alle Direttive europea ultima la n. 16 del 2011 in materie di cooperazione in materia di imposte dirette.

5. Conclusione

Citando il titolo di un articolo di un noto studioso di fiscalità internazionale M. PIRES, *Quo vadis international tax Law?*, in *Intertax*, vol. 29, Issue, 12, 2001, 394 – si può sinteticamente concludere che in positivo la fi-

scaltà internazionale e quella degli Stati e tampoco quella europea non hanno ostacolato il processo di globalizzazione della economia favorito anche dall'allineamento ed armonizzazione a livello globale di regole e principi condivisi degli organismi internazionali ancorché non basati su convenzioni anche se rimangono molti ambiti di perfezionamento soprattutto nella elaborazioni dei criteri di nuovi collegamento più adeguati alle forme di economia virtuale e digitale e negli adempimenti certificativi e burocratici e soprattutto nella posizione di regole comuni in ambito convenzionale a tutela dei contribuenti. Non mancano opinioni che sottolineano forse troppo enfaticamente come il fenomeno della globalizzazione abbia favorito la evasione/elusione internazionale e ridimensionato la sovranità fiscale degli Stati e questo spiega come la fase attuale e quella futura a breve, saranno caratterizzate dalla adozione di misure di contrasto alla pratiche di pianificazione fiscale illegittime attraverso una maggior cooperazione tra amministrazioni fiscali, cooperazione che di fatto si sta trasformando in una cripto amministrazione fiscale sovranazionale . La vera rivoluzione nella prospettiva che stiamo esaminando è rappresentata proprio dalle convenzioni multilaterali.

Aperto rimane lo scenario dei rapporti fiscali tra paesi sviluppati ed in via di sviluppo alla luce anche della entrata alla ribalta di colossi planetari come Cina e Africa al fine di riequilibrare posizioni anche di redistribuzione di materia imponibile e quindi di maggior equità fiscale posto che oggi tale obiettivo deve essere inteso in senso mondiale. Un tema che mette alla prova politici e studiosi e comuni cittadini e che sarà al centro delle discussioni dei prossimi anni.

Capitolo II
*Permanent Establishment after BEPS –
A more appropriate allocation of taxing rights?*

F. ALFREDO GARCÍA PRATS

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. A disappointing and provisional outcome on Action 1 of the BEPS action plan. – 3. The new PE status after action 7 of the BEPS action plan. – 4. Is the new approach coherent? – 5. Is there international consensus?

1. Introduction

In this brief formulation, I would like to discuss the general premises and context under which the OECD and other international organisations led to the adaptation of pre-existing international tax standards in order to accommodate them to the special tax challenges that the new economic models generate.

In doing so, I would like to raise some general comments on the outcome of Action 1 of the BEPS action plan of the OECD, in order to continue with some of the critical analysis of the new approach taken to the permanent establishment concept that results from action 7 of the BEPS action plan as it has led to the actual formulation of the Multilateral Convention (articles 12-15). I would like to comment some concerns regarding the coherence of the new approach and how this may affect cross-border economic operators and legal certainty, to end up with some considerations on the lack of international consensus on the matter and the risks of transforming the Permanent Establishment category (or status, as named by the BEPS action plan) as an anti-abuse mechanism to tackle BEPS situations.

2. *A disappointing and provisional outcome on Action 1 of the BEPS action plan*

The Final Report on the Digital Economy ended up with a basic, although disputable, outcome: there was no need to ring-fence digital economy through the establishment of a specific and/or new threshold criteria. Moreover, the permanent establishment threshold in article 7 DTC could be maintained as a tax treaty threshold despite the fact that new business models could be developed without physical presence in a country.

Several alternatives were considered and formulated to deal with the threats of digital economy for the actual international tax standards. Among them, they were mentioned the possibility to use data collection as a nexus for tax purposes, the establishment of the significant digital presence nexus, the establishment of a withholding tax, or a bit tax, to name a few.

Instead, in order to tackle BEPS situations, it was considered sufficient, for the moment, to rely on the work developed under other actions of the BEPS action plan, and more specifically on action 7, to adapt and adjust the recognition of tax jurisdiction of different countries to the 'new economy' by simply amending the permanent establishment concept/status in cases of artificial avoidance.

This outcome has been both criticised and applauded, but it should be taken into account that the OECD itself has recognized this outcome as a first step in an ongoing process that may see new developments and proposals in the Report to come in the next few years.

Moreover, and interestingly, some States have decided not to wait until further consensus is reached and have taken the initiative to establish new tax figures that clearly depart from the consensus reached at the international level. In that sense, the last years have seen the appearance of a new tax figure, the diverted profits tax in some jurisdictions (UK and Australia being the most significant, but also France introduced a similar figure, despite the fact that it was declared unconstitutional in December 2016; some others, like New Zealand, are considering its feasibility); other reactions include the establishment of the equalization levy by India, the establishment of new indirect-like taxes such as the google tax, or some administrative approaches to the PE concept such as the 'operative complex settlement' theory in Spain.

The generalization of this situation clearly results in lack of coordination among countries, a greater legal uncertainty and a process of setting

aside tax treaties, since the States involved consider that these new figures, taxes or approaches are not affected by the primacy of tax treaties over domestic tax laws.

3. The new PE status after action 7 of the BEPS action plan

Coming back to the reliance on the outcome of action 7 of the BEPS action plan, I would like to stress the main trends, in my opinion of the evolution of this outcome:

1. The lack of a minimum standard rule (in comparison with other actions) for action 7 of the BEPS plan results in greater uncertainty, diversity, and disparities of treatment regarding the threshold for taxing business income at source.

2. The impossibility to formulate a coherent, global approach, taking together the results of actions 7 and actions 8-10 in order to produce ‘in time’ a proposal that would solve the criteria for attribution of profits to the ‘new PE situations’ that arise from article 7. The ‘new Permanent Establishment concept’ will be incorporated in the new Multilateral Convention (hereinafter, MLC) without a clear consideration of the effects and consequences on article 7 of the affected tax treaties, since article 7 is not amended in the MLC and the OECD has only taken into consideration some partial consequences of the new PE concept and the updated TP guidelines on the authorized OECD approach (hereinafter, AOA) supporting the new article 7 of the Model Convention.

3. The debate seems to have ended without a basic or sufficient international consensus, since unilateral actions have been taken apart from the recommendations of the OEC.D. Some other organizations – especially the United Nations – have neither endorsed the AOA as a complementary tool to the prevention of the avoidance of the PE status, and is promoting, in a parallel way, a new threshold criteria with the introduction of a new article 20 in the UN MC to establish a limited/capped withholding tax at source on certain cross-border services.

4. Moreover, there is a risk of developing the permanent establishment institution not as a simple threshold for taxation of non-resident business income, but as an anti-abuse mechanism/figure to tackle undesired tax results for the tax administration (which is one of the reasons for its declara-

tion of unconstitutionality in France). The recent developments of the institution under the umbrella of the ‘diverted profits tax’ show that it is not that treaty permanent establishments are ‘artificially avoided’ but, instead, permanent establishments are ‘legally created’ – deemed – to tackle some tax planning structures that produce insufficient tax burden for the groups using them.

The consideration of this measure as an anti-abuse measure makes it in principle compatible with the primacy of tax treaties, but reinforces unilateral discretion to tax cross-border business profits, in a direction that departs from coordinated international action.

Considering the text of the multilateral convention (articles 12 to 15) the lack of a minimum standard in the implementation of action 7 of the BEPS action plan may result in the lack of homogeneous treatment of the personal permanent establishment threshold; the lack of homogeneous consideration of the meaning of the exceptions of fixed place of business permanent establishments; and, finally, lead to a fragmented interpretation of the fragmentation rule for temporal permanent establishments.

For instance, as regards the representative or personal PE, States participating in the MLC may establish a full reservation of the new suggested article and maintain the classical/previous understanding and reading of the provision in their treaties; they may establish a partial reservation, either for article 5.5 or for article 5.6 (articles 12.1 and 12.2 of the MLC); or, finally, they may exclude some treaties from the general agreement.

A similar situation will face the ‘exclusion PE clause’ contained in article 5.4 of the OECD MC. The suggested changes contain little additional clarification of the meaning of the expression ‘auxiliar and preparatory activity’, but its ‘generalization’ and more restrictive approach derives in the formulation of three options for the clause (A, B and none). Apart from the possibility of making reservations entirely (none clause), it is possible to make reservations to the option A, or simply to a new anti-fragmentation rule, which may, at the end, lead to a very defragmented tax treaty scenario.

Moreover, it has to be seen whether the necessary agreement on the changes for both contracting states in order to amend the existing treaty by the multilateral convention determines a variation of the meaning of the clause in one country of the similar clause – depending on the position of the other contracting state –; or, on the contrary, there is a risk that the different initial position will lead to a diverse interpretation of a treaty by

each contracting State in conformity with that previous general position. This is a result that could be done under the previous common tax model, but may not disappear and even aggravate in a situation of a multiple-choice treaty alternative. Some States, for instance, already consider that the results of action 7 of the BEPS action plan could be achieved without any provision amendment of the treaty, so it is expected that the position will be maintained regardless of the agreed common alternative with the other States of its treaty network.

One should wonder whether the benefits of tacking ‘artificial avoidance of PE status’ are greater than losing homogeneous understanding of a basic international tax treaty threshold. The Multilateral Convention will bring us with updated tax treaties but will lose the possibility of a common international understanding of the basic thresholds and international tax institutions. A further enhancement of greater coordination at an international level may derive at the end in expansion of unilateral approaches to previous common international institutions.

A minor variation is found as regards the clause on splitting up of contracts and its relevance for temporal PE clauses (article 14) – a clause that can be appropriately considered a counter-artificial provision –. There are no options, but it is possible to make a partial or full reservation to the clause. It is debatable whether, in absence of such a specific anti-abuse clause (SAAR) one State cannot apply its domestic anti-avoidance mechanisms to tackle such ‘artificial’ situations. Therefore, the lack of inclusion of the specific anti-avoidance clause in tax treaties as a result of the MLC may still result in a similar result thanks to the application of domestic anti-avoidance mechanisms.

4. Is the new approach coherent?

Regarding this situation, and moving into the idea of the coherence of the proposal it has to be seen, first, what is the scope of the foreseen changes in the Multilateral Convention regarding the concept of PE.

From a contextual and purposive interpretation, the changes in the MLC have a clear goal to tackle artificial arrangements, as the title of the action and several paragraphs reiterate: preventing the artificial avoidance of PE status. Action 7 of BEPS had not in mind a change of the threshold broadening the definition of PEs in every case and situation, but only in

cases that the structure foreseen was designed to prevent an artificial avoidance. It is doubtful whether this will be the approach taken by some States when applying the 'new' threshold to be included in the tax treaty network as a result of the MLC exercise.

In that sense, it must be criticised the implementation process of the new PE threshold as far as the interaction with article 7 of the tax treaties or the Model and the attribution of profits to the 'new un-avoided PEs being generated as a result of articles 11-14 of the MLC'.

On the one hand, there will be a broadening of the PE concept without clearly knowing the implications for article 7, which is what it really matters in terms of reattribution of profits among the different tax jurisdictions that could somehow escape fair and allocated taxation before the amendments.

What seems clear is that the new PE threshold does not imply a change in the rules that determine the attribution of profits under article 7. However, many criticisms have arisen to the Draft report presented by the OECD in that regard, seeking for greater clarity, relevance of the examples suggested, coverage of the examples – no cases on fragmentation –, ... etc.

An additional remark must be made. Since the new threshold is going to be included in tax treaties (with the different variations), the Guidelines should include the implications of the new threshold not only for the actual article 7 of the OECD MC (changed after 2010), since no amendment of this article is included in the MLC and a great majority of tax treaties still follow a pre-2010 OECD MC version of article 7. Despite the fact that, as a general basis, the MLC has been drafted to formulate the consequences of the MLC in the tax treaties based on the actual Model Tax Convention, the Commentaries of the MLC should also include further guidance on the implications of the articles on tax treaties that are not based on the last approved version of the Model Tax Convention – both pre – and post – 2010 amendments for clarification –. This is one alternative that could further prevent cases of double taxation and double non-taxation derived from a different consideration and understanding of the effects of the broadened PE status regarding by both Contracting States.

Additionally, there are some examples in the Draft Report that should be reconsidered. The most relevant is the so-called 'PE of 0 taxable base' (example 1). In this sense, it is hard to understand how, after tremendous efforts and international discussions among different countries to prevent profit shifting by using avoidance of PE status, the outcome of the reformulated and expanded PE definition may lead to a lack of attribution of

profits. There is no sense to make a difficult and complicated amendment to existing tax treaties with no practical effect for tax collection possibilities but greater legal tax uncertainty.

If, on the contrary, the conclusion of the analysis is that in this case no attribution of income can arise in favour of the ‘new-PE situation’, a more coherent conclusion should follow. In my opinion, since the case indicates that no profits can be attributed, no PE should arise to the extent that no profits are attributable to it, and it should be considered to carry on auxiliary or preparatory activities. The wording of the MCL still recognizes that the development of auxiliary and preparatory activities in the territory of the other contracting State, being those that do not lead to attribution of profits to this jurisdiction, should not lead to the generation of a PE for the affected taxpayer in this jurisdiction. Therefore, the conclusion should be that no PE exists in such an example, and not that there is a PE with no attributable profit.

For this reason, if the example represents a general situation a reconsideration of the new DAPE concept should be made, the new broadened PE concept should be reformulated; if, on the contrary, the example cannot be considered of a general character, it should not appear as a relevant example.

Another issue that I would like to raise is the ‘international consensus’ on the new PE threshold as derived from action 7 of the BEPS and its formulation in the MLC. It is evident that the BEPS action plan has become a great and unexpected success that has gained major political support for most of the countries in the international community.

5. Is there international consensus?

But when it turns to the consolidation as the new valid tax treaty threshold for taxing cross-border business income, especially when generated as a result of BEPS strategies, the ‘success’ must be somehow reconsidered, at least if it is taken into account in relationship with the taxation of MNE in the digital economy area, on the one hand, and the acceptance by a majority of States and the different international Tax Models, on the other.

As I mentioned before, some States have reacted to the outcome of tax shifted business profits through the introduction of new tax measures,

mainly associated with the so-called diverted profits tax. Up to now, the model cannot be considered to be generalized, since it has only been adopted by a few countries – namely United Kingdom, Australia and France –, but in some countries – France – it has been declared unconstitutional because of excessive powers of configuration of the tax base being granted to the tax administration, contrary to the requirements of the principle of legality in tax matters; in some others – New Zealand – it is under study and proposal for consideration. The tax measure has slight different scope and formulation in different countries and a clear preventive or dissuasive measure, with some coercive mechanisms against MNEs plans to divert profits or erode tax bases in some jurisdictions.

However, and despite these singularities, the new tax figure represents a clear evolution towards the formulation of a new ‘legal-deemed’ PE, which enables the States that have introduced it to overcome the legal requirement of exercising tax jurisdiction on business profits generated by enterprises not physically present in a territory.

This outcome represents a clear departure from the internationally accepted threshold standards – at least up to now – and opts for a new legal basis for taxation of cross-border business income that, in our view, may lead to certain relevant risks.

The first one implies leaving tax treaties aside. Most of the countries that have introduced the diverted profits tax consider that this tax is not ‘affected’ by existing tax treaties, and, therefore, unilateral reaction is seen as a valid tool to tackle with BEPS situations – leading to a lack of coordination at an international level as a result –.

Even if the diverted profits tax was considered as an income tax covered by existing tax treaties, its formulation as an anti-abuse measure would allow States to overcome the primacy of the treaty, since unilateral anti-abuse measures are accepted as a valid reaction in front of the primacy of tax treaties to tackle with tax abuse and evasion.

However, this tendency represents a move towards the unknown in the consideration of PEs at an international tax level, whatever its content and/or concept. As a result, PE threshold cannot be considered as an outdated threshold to tax business income in cross-border situations covered by a tax treaty that needs to be updated to prevent artificial structures that avoid its tax treaty consequences. The ‘new legal-deemed’ PE becomes the tool designed by some States to tackle abusive situations, by transforming the (new) PE institution in an anti-abuse measure in itself.

On the other hand, it is still to be seen the impact of the new broadened

PE concept arising as a result of the MLC, considering that the UN Tax Committee is decided to take a different parallel approach. Despite the joint efforts of OECD and UN to support the BEPS action plan, the UN Tax Committee has decided to move forward towards a different direction, with the introduction of a new article 20 in the UN Model Convention. The new suggested article foresees and enables a capped withholding tax on service payments, which reflects an alternative – clearly different and additional – to the classical taxation of business profits according to the separate and independent enterprise principles, and departs from the internationally accepted threshold for taxing cross-border business income under article 7 of the Model. It is to be seen, however, whether and to which extent this new article will be considered and accepted to be included in the tax treaties signed or renegotiated from now on.

SEZIONE SECONDA

LA COLLABORAZIONE
TRA LE AMMINISTRAZIONI FINANZIARIE
E TRA AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA
E CONTRIBUENTE

Capitolo III
Lo scambio di informazioni
e il coordinamento con i Paesi black list

LORENZO DEL FEDERICO-SERENA GALEAZZI *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il sistema delle liste. – 3. L'individuazione dei regimi fiscali privilegiati: evoluzione normativa e superamento della c.d. *black list*. – 4. I regimi fiscali speciali. – 5. Il concetto di livello nominale di tassazione. – 6. Profili critici. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa*

Gli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi anni nell'ambito della fiscalità internazionale ruotano tutti sul perno del contrasto alla localizzazione dei redditi negli Stati o territori c.d. a regime fiscale privilegiato.

Prima dell'elaborazione del Progetto BEPS, il Rapporto "*Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue*" (approvato il 9 aprile 1998 dal Consiglio dell'OCSE), considerava lo scambio di informazioni tra i criteri di riferimento per l'individuazione dei *tax havens*, intesi non solo quali paradisi fiscali "puri" (ovvero giurisdizioni considerate dannose per le economie nazionali e per il mercato globale), ma anche quali "regimi preferenziali" dannosi (rappresentati da singole disposizioni contenute negli ordinamenti giuridici di Stati non qualificabili come paradisi fiscali).

A seguito dei numerosi accordi sullo scambio di informazioni, siglati,

* Lorenzo del Federico è autore dei paragrafi 1, 2, 6 e 7; Serena Galeazzi è autrice dei paragrafi 3, 4, 5.

sia a livello multilaterale che bilaterale, da Paesi in precedenza non cooperativi, l'opacità che prima favoriva l'occultamento dei capitali in tali Paesi si è progressivamente ridotta ed il predetto criterio è risultato inadeguato quale fondamento per contrastare pratiche di evasione ed elusione internazionale, tanto che nell'*Action 3 – final report* del Progetto BEPS (pubblicato in data 5 ottobre 2015) l'OCSE ha manifestato la necessità di modificare la strategia di contrasto ai paradisi fiscali, tramite la revisione della disciplina delle *Controlled Foreign Companies* in modo da valorizzare il livello effettivo di tassazione delle controllate estere.

Si tratta di un cambiamento rilevante poiché in passato l'assenza di tassazione o la presenza di un livello effettivo di tassazione particolarmente basso era sempre stata considerata una condizione necessaria, ma non sufficiente per classificare uno Stato o un regime fiscale tra quelli privilegiati.

Tali indicazioni sono state recepite dal legislatore nazionale che ha progressivamente depotenziato il criterio della mancanza di un adeguato scambio di informazioni nell'ambito dei parametri per l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati, sino ad abbandonarlo del tutto con l'art. 1, comma 142, L. 28 dicembre 2015, n. 208 ("Legge di stabilità 2016"): in effetti, a partire dal periodo d'imposta successivo a quello in corso al 31 dicembre 2015, l'individuazione dei regimi fiscali privilegiati (da cui sono esclusi gli Stati UE e quelli aderenti all'accordo sullo Spazio Economico Europeo con i quali l'Italia abbia stipulato un accordo sullo scambio di informazioni¹ sarà basata esclusivamente sul criterio del livello nominale di tassazione con definitivo superamento della c.d. *black list*.

Preme da subito evidenziare come il nuovo dato normativo appaia poco allineato all'*Action 3* del Progetto BEPS ed alla direttiva 2016/1164/UE in materia di CFC, poiché le istituzioni internazionali ed europee da un lato ritengono preferibile fare riferimento al livello effettivo di tassazione (e non a quello nominale adottato dalla Legge di stabilità 2016), dall'altro non escludono a priori (anzi, raccomandano) la predisposizione di una *white list* che individui gli Stati esclusi dall'ambito di applicazione della normativa.

Il superamento del metodo delle liste si deve anche al fatto che alcuni Paesi, come ad esempio Panama, hanno avanzato dubbi sulla sua compatibilità con il diritto internazionale poiché visto come strumento di discriminazione-coartazione nei confronti degli Stati non aderenti all'OCSE.

¹ Fanno parte dello SEE i Paesi dell'UE, l'Islanda, la Norvegia ed il Liechtenstein.