

Ottobre 2013

I Tax Agreements. Analisi dell'istituto. Risultati conseguiti. Proposte per il loro potenziamento.

Corrado Rosano, Socio Fondatore, Studio Legale Nunziante Magrone

1. La misura nel progetto “Destinazione Italia”

Il recente provvedimento varato in via provvisoria dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri con il titolo “Destinazione Italia”, contiene, tra le altre, importanti indicazioni riguardo alla riforma dei *Tax Agreements* e alla stabilizzazione degli effetti delle norme tributarie, ciò nell’ambito del pacchetto di misure volte a favorire gli investimenti in Italia da parte delle aziende straniere.

Di seguito riassumiamo i termini della Misura #1 (dedicata, appunto, agli accordi fiscali), analizzando nel dettaglio lo stato dell’arte in Italia, con riferimenti alla produzione normativa nell’UE e alcune proposte di lavoro nell’ambito delle Organizzazioni Internazionali.

Infine, nell’ambito del dibattito aperto agli operatori dell’internazionalizzazione, sono formulate, rispetto agli scopi del provvedimento Destinazione Italia, alcune brevi considerazioni *de iure condendo*.

Al riguardo, il provvedimento così si esprime:

Misura #1. UNA COLLABORAZIONE PIÙ STRETTA TRA FISCO E INVESTITORI. ACCORDI FISCALI (TAX AGREEMENTS) E DESK DEDICATO

Problema/opportunità:

Chi investe ha bisogno di un sistema certo e prevedibile. Occorre favorire un’interlocuzione rapida e in grado di garantire certezze agli investitori interessati al nostro Paese, basata su accordi ex ante.

Soluzione: *Introdurre, nel rispetto della disciplina dell’Unione europea in materia di pari trattamento degli investitori nazionali ed esteri e di aiuti di Stato, una pratica di accordi fiscali (tax agreements) per investimenti superiori a una certa soglia, con cui l’impresa e l’Agenzia delle Entrate concordano in via preventiva e non modificabile le*

modalità fiscali per un periodo definito (ad esempio, i primi cinque anni dall'investimento), dando certezza sugli oneri tributari in capo agli investitori. Il nuovo regime sarà definito anche a partire dal progetto pilota del "Regime di adempimento collaborativo per i grandi contribuenti" (cooperative compliance) avviato dall'Agenzia delle Entrate.

Presso l'Agenzia è istituito un Desk dedicato agli investitori esteri, per facilitare e velocizzare la comunicazione, risolvere ex-ante potenziali controversie interpretative e indirizzare il contribuente verso gli strumenti di cooperazione con l'Amministrazione Finanziaria già previsti nell'ordinamento, come la presentazione di istanze di interpello o di ruling internazionale.

Si introdurranno inoltre forme di comunicazione e di cooperazione rafforzata tra le imprese e l'amministrazione finanziaria, anche per favorire nelle imprese di grandi dimensioni la diffusione di modelli della funzione fiscale basati su una vera e propria gestione del rischio di assolvimento degli obblighi tributari. A questo scopo, le imprese devono porre in essere meccanismi di gestione e di controllo dei medesimi rischi e definire una chiara attribuzione delle responsabilità, nel quadro del complesso sistema dei controlli interni e di governance aziendale. Alle imprese che potranno in essere questi meccanismi di controllo interno potranno essere concessi incentivi sotto forma di minori adempimenti e di riduzioni delle eventuali sanzioni.

- *Ottenere le autorizzazioni*

Per potersi dispiegare sul territorio, un investimento ha bisogno di ottenere le necessarie autorizzazioni da parte delle Amministrazioni responsabili. La lunghezza e la certezza dei tempi con cui queste autorizzazioni vengono rilasciate sono un elemento decisivo per garantire l'attrattività di un territorio.

Nel provvedimento si specifica anche che gli interventi in materia di Tax Agreement dovrebbero andare di pari passo con quelli relativi al c.d. abuso del diritto. Come noto, tale istituto non trova attualmente una collocazione esplicita all'interno dell'ordinamento tributario, sebbene sia stato fonte di vivo dibattito e di copiosa produzione in sede giurisprudenziale, tanto comunitaria¹ che nazionale².

La sovrapposizione dell'abuso del diritto con le norme c.d. anti-elusive, ha di fatto creato lo svuotamento delle ultime a favore di un'impostazione più restrittiva delle operazioni volte a conseguire un indebito vantaggio tributario mediante l'aggiramento

¹ Si suole fare riferimento, per risalire all'origine comunitaria dell'istituto, alla cosiddetta Sentenza "Halifax" : cfr., Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, nel procedimento C-255/02 Halifax plc e altri c. Commissioners of Customs & Excise, in Rivista di Diritto Tributario, 2007, 17 e ss.

² Cfr., Corte di Cassazione, sez. trib., 5 maggio 2006, n. 10353, in Dialoghi di dir. trib., 2006, 741. Benché già in altre occasioni la Suprema Corte si fosse indirettamente pronunciata in materia, con la sentenza in parola si è recepita appieno l'impostazione della Corte di Giustizia UE.

di obblighi e divieti. Data l'origine meramente giurisprudenziale dell'istituto, lo stesso necessita di un suo preciso inquadramento normativo e una più chiara indicazione della sua portata e dei suoi limiti, ciò al fine di garantire al contribuente maggiore certezza nella scelta degli strumenti contrattuali utilizzabili, tra più opzioni legittime previste nell'ordinamento, e dunque, consentirgli di individuare il perimetro del legittimo risparmio di imposta non sanzionato.

L'analisi che segue sarà incentrata sull'analisi dei *tax agreements*, rinviandosi ad un successivo contributo l'approfondimento sull'abuso del diritto.

2. La normativa vigente in materia di Tax Agreements

Il nostro Paese conosce e ha già da tempo introdotto diversi istituti legati alla contrattazione di specifici accordi fiscali con le imprese. Si tratta di istituti già in larga presenti in altre giurisdizioni, introdotti allo scopo di stabilire un patto fiscale stabile tra le amministrazioni fiscali di riferimento, da un lato, e le imprese, soprattutto di grandi dimensioni, dall'altro. Il tutto nell'ottica di dare certezza, stabilità ed equilibrio al rapporto d'imposta con quei soggetti che sono, potenzialmente, i maggiori investitori e generatori di ricchezza nei Paesi di destinazione dell'investimento.

In Italia, il *ruling* internazionale, è stato introdotto dall'articolo 8 del decreto legge n. 269 del 30 settembre 2003, convertito con legge n. 326 del 24 novembre 2003 e disciplinato nel dettaglio dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate del 23 luglio 2004 (di seguito, il "**Provvedimento**"). E' stato formalmente attuabile nell'anno 2004, ma ha avuto attuazione effettiva solo a partire dal mese di febbraio del 2005, a seguito del parere favorevole espresso dalla Commissione Europea.

Il *ruling* internazionale si rivolge ad "*imprese con attività internazionale*" che si trovino a voler definire preventivamente con l'Amministrazione finanziaria italiana:

- i metodi di calcolo del valore normale delle operazioni di cui al comma 7 dell'articolo 110 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (di seguito "Testo Unico delle Imposte sui Redditi" o "TUIR");
- l'applicazione, ad un caso concreto, di norme anche di origine convenzionale, concernenti l'erogazione a soggetti non residenti, ovvero la percezione da soggetti non residenti, di dividendi, interessi, *royalties* o di altri componenti reddituali;
- l'applicazione, ad un caso concreto, di norme anche di origine convenzionale, concernenti l'attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione in Italia di un soggetto non residente, ovvero alla stabile organizzazione in un altro Stato di un'impresa residente.

Il *ruling* internazionale è una procedura che si svolge in contraddittorio con il contribuente e non si conclude con una pronuncia unilaterale dell'Amministrazione

finanziaria, bensì con un accordo tra le parti, avente ad oggetto operazioni complesse di carattere transnazionale, nelle materie di cui all'art. 2 del Provvedimento. L'Istituto si innesta a pieno titolo nel processo di *tax compliance*, cioè quel processo, volto a sviluppare il dialogo tra contribuenti ed Amministrazione finanziaria che, consolidandosi negli anni, ha portato a realizzare, in un contesto di trasparenza e collaborazione, una migliore simmetria informativa tra le due parti del rapporto tributario. Il ricorso all'Istituto dovrebbe inoltre contribuire a garantire certezza giuridica nei rapporti tra le parti, prevenendo l'evasione, deflazionando un eventuale contenzioso dall'esito incerto e attenuando il rischio di doppia imposizione internazionale.

Gli scopi-effetto appena descritti dovrebbero poi essere amplificati dall'apertura agli accordi bilaterali e multilaterali, di recente introdotti nella prassi nazionale, con l'obiettivo di conseguire la piena eliminazione del rischio di doppia imposizione. Maggiori approfondimenti relativamente agli accordi bilaterali e multilaterali sono riportati nel seguito.

2.1. Advance Pricing Agreement e ruling di standard internazionale

Il *ruling* di standard internazionale attiene sia alla materia dei prezzi di trasferimento, sia alle altre fattispecie richiamate all'art. 2 del Provvedimento che sono oggetto, a livello internazionale, degli *advance tax ruling*.

Con specifico riferimento al regime dei prezzi di trasferimento, tramite l'attivazione del *ruling* sono stati introdotti nell'ordinamento italiano gli *advance pricing agreement* o "APA"³ che rappresentano uno strumento avanzato di politica fiscale largamente diffuso presso i Paesi aderenti all'OCSE.

L'APA consiste generalmente in un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria del Paese di residenza del contribuente che consente, in via preventiva e per un determinato periodo di tempo, di individuare il metodo di calcolo del prezzo di libera concorrenza riferibile alle operazioni oggetto dell'accordo. Nella prassi internazionale sono presenti APA a carattere "unilaterale", "bilaterale" o "multilaterale" (su cui ved. *infra*).

Il *ruling* di standard internazionale è assimilabile ad un APA unilaterale in quanto, con principale riferimento al comma 7 dell'art. 110 del TUIR, rappresenta nei fatti un

³ Gli APA sono raccomandati dall'OCSE nelle direttive sui prezzi di trasferimento e dalla Commissione Europea nelle linee guida di cui alla *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo relativa ai lavori svolti dal Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento nel settore delle procedure di prevenzione e soluzione delle controversie e agli orientamenti in materia di accordi preventivi sui prezzi di trasferimento nell'UE COM 2007 (71) del 26 febbraio 2007*.

accordo che vincola esclusivamente il contribuente e l'Amministrazione finanziaria italiana.

2.1.1. Introduzione degli APA bilaterali e multilaterali in Italia

Il raggiungimento di un accordo di *ruling* internazionale, in quanto sostanzialmente assimilabile ad un APA unilaterale, attenua sensibilmente, ma non elimina *in toto*, il rischio di doppia imposizione internazionale degli imponibili relativi alle operazioni *intercompany* con carattere di transnazionalità.

Un APA bilaterale o multilaterale, diversamente, mira ad assicurare che il reddito delle imprese associate, derivante dalle operazioni che ricadono nel perimetro dell'accordo, non sia assoggettato a doppia o multipla imposizione, poiché l'APA di tale natura è condiviso e sottoscritto anche dalle Autorità competenti delle giurisdizioni estere interessate.

Pertanto, al fine di rendere più efficace l'azione di contrasto ai fenomeni di doppia imposizione internazionale e di fornire certezza ai gruppi multinazionali in merito alle politiche dei prezzi di trasferimento *intercompany*, con il Provvedimento della Direzione Accertamento dell'Agenzia delle Entrate del 29 settembre 2010, l'Amministrazione finanziaria italiana ha previsto la possibilità, per i contribuenti che ne abbiano interesse, di presentare istanze volte alla conclusione di *Advance Pricing Agreements* di tipo bilaterale o multilaterale.

I riferimenti normativi relativi agli APA di cui si discute sono rappresentati dal combinato disposto:

- 1) dell'art. 8, comma 1, del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla legge del 24 novembre 2003, n. 326, che, come accennato, stabilisce il diritto all'accesso alla procedura di *ruling* internazionale;

e

- 2) dell'art. 25, paragrafo 3, del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni, a tenore del quale "*Le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere attraverso un accordo amichevole le difficoltà ed i dubbi che potranno sorgere in ordine alla interpretazione o all'applicazione della presente Convenzione. Esse potranno altresì consultarsi al fine di eliminare la doppia imposizione nei casi non previsti dalla presente Convenzione*".

3. I risultati dell'esperienza 2004-2012

Nel recente Bollettino dei Ruling di Standards Internazionali, edito dall'Ufficio Ruling Internazionale dell'Agenzia delle Entrate del 19 marzo 2013, sono riportati i risultati dei primi 9 anni di vigenza dell'istituto. E' utile riportare sinteticamente le conclusioni del rapporto, nell'ottica di esaminare se e in che misura gli strumenti sono stati attuati.

Nel rapporto si evidenzia che nel periodo 2004-2012 sono state presentate 135 istanze di *ruling* internazionale; di queste, 123 istanze (di seguito meglio descritte), a seguito della dichiarazione di loro ammissibilità, hanno generato istruttorie attive per la conclusione di accordi.

A tal riguardo, confrontando i dati relativi al periodo 2004-2009 con quelli relativi al periodo 2010-2012, si rileva un notevole incremento delle istanze presentate. Infatti, a fronte di 52 istanze nel primo quinquennio di vita del *ruling* internazionale, nel successivo triennio 2010-2012 sono state presentate 83 istanze, di cui, nel solo anno 2012 sono pervenute all'Ufficio Ruling Internazionale 38. A seguito della menzionata attivazione degli APA bilaterali a fine 2010, nel triennio 2010-2012 sono state presentate 21 istanze di APA bilaterali o multilaterali.

Esaminando i dati in dettaglio, si rileva che, alla data del 31 dicembre 2012, 56 istruttorie si sono concluse con la sottoscrizione di altrettanti accordi e 54 istruttorie sono ancora in corso di svolgimento, mentre solo 13 istruttorie si sono concluse per rinuncia del contribuente o dell'Agenzia delle Entrate.

Con specifico riferimento alle istanze cessate, è interessante da rilevare come, tra le principali cause di cessazione ad iniziativa del contribuente, vi siano le modifiche dei requisiti oggettivi e soggettivi per riorganizzazioni aziendali intervenute nel corso dell'istruttoria; fra quelle ad iniziativa dell'Agenzia si registra invece l'inattività del contribuente in risposta alle richieste avanzate dall'Ufficio Ruling nel corso dell'istruttoria.

Scarsamente significative in termini percentuali appaiono, invece, le dichiarazioni di inammissibilità ascrivibili ad interpretazioni errate da parte del contribuente circa le caratteristiche dell'interpello.

La stima della durata in mesi dell'istruttoria è stata determinata come differenza in mesi tra la data della sottoscrizione dell'accordo e la data di presentazione dell'istanza. Nel computo della predetta differenza non si è tenuto conto del periodo trascorso a causa della sospensione prevista dal provvedimento attuativo, per carenza degli elementi essenziali; viceversa, sono stati inclusi anche eventuali periodi di inattività o ritardi del contribuente nel fornire la documentazione o le informazioni richieste a fini istruttori.

Relativamente al numero complessivo degli accordi raggiunti al 31 dicembre 2012, il Tempo Medio di Sottoscrizione (“TMS”) è risultato essere di poco superiore ai 16 mesi ed è stato calcolato come media semplice dei mesi complessivamente impiegati per la sottoscrizione dei singoli accordi.

A tal riguardo, è necessario evidenziare come il calcolo del tempo possa essere influenzato da elementi fisiologici che causano un allungamento dei tempi di conclusione della procedura di accordo, quali, ad esempio, ritardi del contribuente nella predisposizione e nella presentazione della documentazione richiesta, modifiche del profilo funzionale del contribuente, riorganizzazioni del gruppo, tempi tecnici necessari alla realizzazione di incontri con rappresentanti della Società istante non residenti nel territorio italiano, ecc.

In particolare, nell’ultimo triennio la durata media dell’istruttoria si è ridotta a meno di 15 mesi, evidenziando, rispetto al periodo 2004-2009, un progressivo miglioramento nei tempi di lavorazione delle procedure, passati dai 20 medi mesi iniziali ai 16 mesi del dato complessivo e, infine, meno di 15 mesi nell’ultimo triennio.

Relativamente agli accordi aventi ad oggetto i prezzi di trasferimento, sono stati adottati metodi reddituali nel 79% dei casi, mentre è stato fatto ricorso ai metodi tradizionali nel restante 21% dei casi⁴.

Più specificamente il *Transactional Net Margin Method* (di seguito “TNMM”) ha trovato applicazione nel 56% degli accordi sottoscritti. Con riferimento ai metodi tradizionali sono stati adottati sia il *Cost Plus Method* (di seguito “CPM”) che il *Comparable Uncontrolled Price* (di seguito “CUP”) e il *Resale Price Method* (di seguito “RPM”).

In alcuni casi l’Ufficio, al fine eliminare eventuali differenze (in relazione alle funzioni svolte, ai rischi assunti e agli asset detenuti) tra il profilo attribuibile ai *comparables* individuati nel corso dell’attività istruttoria e quello attribuibile al contribuente, ha proceduto all’effettuazione di opportuni “adjustments” sui dati di bilancio dei parametri di comparazione medesimi.

4 Cfr. Circolare Ministero delle Finanze, n.32 del 22 settembre 1980 la quale indica le varie metodologie di determinazioni dei prezzi di trasferimento. Il documento, distingue fra: il metodo del confronto del prezzo (cup) il quale determina il valore della transazione che imprese del gruppo avrebbero potuto convenire con soggetti terzi, tale approccio, tuttavia, si rende inapplicabile nel caso in cui le transazioni intercorrenti tra imprese libere presentino caratteristiche tali da non essere comparabili con quelle infra-gruppo. In questo caso si deve utilizzare il prezzo di rivendita (resale price) e il costo maggiorato (cost plus), i quali comparano i margini lordi conseguiti nelle operazioni in verifica con quelli realizzati da imprese indipendenti svolgenti le stesse funzioni economiche in termini di assets utilizzati e rischi assunti. In subordine, qualora i metodi succitati non possano essere utilizzati, si farà ricorso ai metodi reddituali, i quali raffrontano i margini netti conseguiti in transazioni infra-gruppo con quelli che avrebbero realizzato le medesime imprese ove avessero operato con soggetti terzi.

La maggior parte dei soggetti che hanno fatto ricorso al *ruling* internazionale è rappresentata, per una percentuale pari ad oltre l'84%, da soggetti di medio-grandi dimensioni. In particolare, tra i soggetti istanti, si presenta una netta prevalenza (68%) delle imprese qualificabili come "grandi contribuenti". Dunque, sotto tale profilo, la norma ha senz'altro raggiunto i destinatari pensati in sede di emanazione del provvedimento.

L'analisi delle informazioni rilevabili circa la tipologia di attività svolta, evidenzia una platea di contribuenti che si è rivolta all'istituto del *ruling* internazionale piuttosto ampia. In ogni caso, è possibile rilevare una distribuzione abbastanza equilibrata – tra i soggetti istanti – di contribuenti che svolgono attività produttiva (pari al 52%) e contribuenti che operano nel settore del commercio e del terziario in genere (48%). Più in dettaglio, tra le imprese che svolgono attività produttive, quasi un terzo opera in settori ad elevata specializzazione ed alto livello tecnologico (quale, ad esempio, il settore IT o elettronico).

Quanto all'oggetto degli accordi, è poi possibile osservare una distinzione tra fattispecie aventi ad oggetto, rispettivamente, i prezzi di trasferimento, l'attribuzione di utili o perdite alla stabile organizzazione, l'applicazione di norme anche di origine convenzionale concernenti l'erogazione o la percezione di interessi, dividendi, royalties ed altri componenti di reddito di natura transnazionale.

Relativamente agli accordi in materia di prezzi di trasferimento, sono osservabili distintamente quelli riferiti al profilo funzionale di un produttore o di un distributore, alle prestazioni di servizi erogate o ricevute, nonché alla corretta valorizzazione delle royalties corrisposte o ricevute. In tal ambito, si evidenziano, inoltre, come tipologia specifica e distinta, gli accordi aventi ad oggetto gli accordi per la ripartizione dei costi (c.d. *cost-sharing agreements*).

E' di tutta evidenza come il quadro delle transazioni oggetto di accordo risulti sufficientemente rappresentativo delle attività economiche esercitate dalle multinazionali sul territorio italiano, con spiccata prevalenza della materia dei prezzi di trasferimento che, nel complesso, rappresenta oltre l'89% del totale degli accordi conclusi. Sono, altresì, presenti fattispecie relative agli accordi per la ripartizione dei costi e alla determinazione di utili o perdite da attribuire a stabili organizzazioni.

4. Il Panorama Internazionale e UE

Da lungo tempo la materia dei Tax Agreements coinvolge non soltanto le Autorità fiscali di molti Stati Esteri, ma anche le diverse organizzazioni internazionali che hanno affrontato il problema, elaborando proprie analisi e documenti.

Ad esempio, i già ricordati APA (*Advanced Prices Agreements*) sono stati oggetto di raccomandazione da parte dell'OCSE in varie direttive sui prezzi di trasferimento⁵ e dalla Commissione Europea⁶.

Tali raccomandazioni hanno trovato attuazione in diversi Stati tra i quali, gli Stati appartenenti all'Unione Europea, gli Stati Uniti e il Canada, ma anche Paesi appartenenti ai cosiddetti BRICS (Brasile, Russia, India, Cina e Sudafrica), a riprova della duttilità e ampia diffusione dello strumento nell'economia globalizzata.

A maggior conferma dell'ormai diffusione globale alla materia, è utile evidenziare come anche in sede ONU la Sottocommissione delle Nazioni Unite sui Prezzi di Trasferimento stia lavorando all'approntamento di un manuale sui prezzi di trasferimento per i Paesi in via di sviluppo.

A livello di Unione Europea, già a partire dal 2002, è stato istituito dalla Commissione un *Joint Transfer Price Forum* ("JTPF"), atto a verificare e risolvere i problemi applicativi della normativa, concentrando in particolar modo l'attenzione sulla risoluzione dei problemi relativi alle PMI, tradizionalmente trascurate nell'approccio al *transfer price*, la cui produzione normativa è stata generalmente pensata e indirizzata verso le grandi imprese.

Nell'ultimo *Report on Transfer Pricing Risk Management*, del 6 giugno 2013, i membri del JTPF mettono in evidenza come la gestione del rischio (fiscale) possa essere migliorata attraverso speciali strumenti che consentano l'effettivo scambio di informazioni fra gli Stati, nonché e procedure di approccio condivise per la verifica; del pari viene evidenziato come un approccio coordinato al problema, l'utilizzo di standard di documentazione comune e un efficace sistema di prevenzione del contenzioso, possano consentire di prevenire i rischi connessi all'utilizzo fraudolento dei prezzi di trasferimento.

Un breve riferimento va fatto all'esperienza dell'Olanda, da sempre all'avanguardia per quello che riguarda gli accordi multilaterali con rilevanza fiscale. Fino al 2001 la normativa in vigore prevedeva che per tutta una serie di servizi immateriali (ad es. royalties) e finanziari (interessi) il loro costo fosse determinato in base ad un percentuale prestabilita del totale delle prestazioni rese. A partire dal 2001⁷ il sistema è diventato più flessibile con la previsione di accordi preventivi con l'Amministrazione Finanziaria locale. Se da una parte il nuovo regime esclude dall'applicazione del regime di *ruling* tutta una serie di soggetti privi di requisiti di operatività sostanziale e materiale, a meno che non si tratti di società holding per le quali tale requisito di operatività non è richiesto, dall'altra il nuovo sistema si rileva più flessibile.

⁵ Cfr *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, ed. 2010

⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea COM 2007 (71) del 26 febbraio 2007, cit..

⁷ Decree of 30 March 2001, No. IFZ2001/292M

Il sistema prevede la possibilità di accordarsi preventivamente con le Autorità (con i c.d. APA, ai quali aggiunge una generale possibilità di negoziazione di un ATR o Advanced Tax Ruling). L'accordo può vertere sui problemi connessi con l'applicazione della c.d. *participation exemption*, sull'individuazione o meno di una stabile organizzazione nel Paese, o ancora, sull'inquadramento giuridico di alcuni strumenti finanziari ibridi. La durata degli accordi non è prefissata, ma il contribuente deve dimostrare la necessità del periodo di tempo di cui si richiede l'applicazione.

5. Quali idee per il potenziamento dei tax agreements?

Il provvedimento Destinazione Italia coglie senz'altro nel segno nell'individuare il potenziamento dei Tax Agreements come uno degli strumenti per incentivare l'ingresso o l'espansione degli investimenti esteri in Italia. E' altresì corretto considerare il progetto di pari passo con la riforma dell'istituto dell'abuso del diritto. Non può non riconoscersi, infatti, che l'instabilità fiscale, in Italia, è dovuta anche (ma non solo) all'incertezza sull'interpretazione delle norme tributarie, che vengono spesso alterate in modo significativo da interpretazioni restrittive dell'Amministrazione Finanziaria e da certa prassi giurisprudenziale che tende a censurare l'elusione fiscale fino a deformarla in abuso del diritto.

E' noto come nei paesi anglo-sassoni, dove il concetto di "elusione tributaria" si è formato in giurisprudenza da molti decenni⁸, vige anche l'idea che la *legitimate avoidance* (cioè la scelta di perseguire la strada meno onerosa fiscalmente) sia meritevole di tutela, sempre, però, ove non si scelga di utilizzare gli strumenti a disposizione del contribuente in modo talmente artificioso da deformare le norme allo scopo esclusivo di risparmiare l'imposta.

Appare ovvio come la successiva produzione giurisprudenziale, soprattutto nei Paesi Europei, tra cui l'Italia, si sia posta in funzione difensiva dell'ordinamento, censurando gli abusi; con ciò facendo, però, è andata al di là del proprio ruolo. E' infatti, altresì vero che il ruolo della giurisprudenza nel colmare le lacune del diritto ha creato non poca incertezza e sfiducia tra i contribuenti, da cui la impellente necessità di produrre armonicamente una legislazione, ci permettiamo di dire "sinallagmatica". Cioè una legislazione che abbia a fondamento uno scambio tra due utilità: a) incentivi fiscali e tassazione certa e stabile (possibilmente -almeno per le imprese- ad aliquota secca, o

⁸ Negli Stati Uniti d'America, i concetti cardine dell'elusione si ritrovano già nella giurisprudenza degli anni '30. In particolare nel caso "Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465" del 1935, ove la Corte Suprema fissa i fondamenti delle due dottrine giuridiche alla base del concetto di elusione fiscale: la "*business purpose doctrine*" e la "*doctrine of substance over form*". In Gran Bretagna le decisioni più rilevanti risalgono ai primi anni '80 (vedasi il caso *W. T. Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, e il caso *Inland Revenue Commissioners v. Burmah Oil Co. Ltd* (entrambi del 1982; ove le statuizioni si concentrano sulla preordinazione di artifici che, in assenza di "*business purpose*" sono volti al **solo scopo** del risparmio fiscale. Decisioni, da cui, in buona parte, sono state mutuatae le norme generali anti-elusive in numerosi Paesi, tra cui l'Italia.

sostituiva) da un lato; b) dall'altro, il confinamento delle politiche fiscali d'impresa entro i limiti dell'utilizzo fisiologico degli strumenti fiscali, richiedendo ai contribuenti, in sede di stipulazione del "patto" (sia esso perfezionato in fase di start-up, ma anche in occasione di sviluppi, riorganizzazioni, o progetti speciali), un certo livello d'investimento in capitale finanziario e umano.

Ci permettiamo di ricordare come le politiche fiscali del Mezzogiorno (dalla Legge n. 65/1986, alla Legge n. 488/1992) traevano spunto da una buona idea (quella incentivare lo sviluppo di aree depresse), ma l'attuarono in modo poco efficace e dispersivo, anche a motivo della scarsa sofisticatezza delle istituzioni dell'epoca nel seguire le fasi di attuazione, controllo e verifica, rendendo di fatto vani gli interventi, e creando anomala dispersione di risorse.

Un'idea, de iure condendo, e trasponendo le esperienze del passato al contesto di crisi strutturale del Paese, potrebbe essere quella di estendere la legislazione sui Tax Agreements agli investitori (anche esteri, ma andando al di là delle materie tipiche del diritto tributario transnazionale⁹). Si potrebbe cioè pensare di estendere gli accordi anche ai progetti d'investimento domestici, alla materia dei progetti speciali, alla realizzazione delle opere di completamento, ai progetti infrastrutturali, all'incentivazione delle attività produttive e a quella degli enti di promozione e co-partecipazione agli investimenti.

Il nuovo patto tra fisco e contribuenti¹⁰ dovrebbe basarsi su principi simili, ma con modalità tutt'affatto diverse da quelle, regionalistiche e accentratrice che caratterizzarono le politiche di incentivo fiscale sul Mezzogiorno. La logica sinallagmatica dell'accordo, dovrebbe cioè prevalere, consentendo di negoziare piattaforme fiscali *ad personam* (ma anche di gruppo) di durata definita e, se del caso, rinnovabili (e revocabili). La visione organica del tema e il monitoraggio nell'attuazione degli accordi dovrebbero altresì consentire di verificare, in via immediata, l'attuazione dello scambio tra fisco e contribuenti, rendendo più agevole e trasparente lo stesso sistema sanzionatorio degli abusi.

In tale ottica, l'acquisita dimensione globale del fenomeno fiscale dei Tax Agreements, come evidenziato *supra* nella trattazione dei profili sovranazionali della tematica, impone però il coinvolgimento di altre entità statuali e sovranazionali. In particolare, le Amministrazioni finanziarie di altri Stati, quanto all'applicazione del principio di reciprocità (onde evitare fenomeni di competizione fiscale tra Stati) e all'opportuno

⁹ Tipicamente indirizzati alla definizione di rapporti tributari in materia di transfer pricing (nella sua declinazione riguardo a dividendi, interessi e royalties) e di tassazione degli utili delle stabili organizzazioni.

¹⁰ La categoria delle grandi imprese non può non essere messa al centro del progetto dei tax agreements, per il volano finanziario di cui dispone e quindi per le maggiori di possibilità di impattare in modo immediato sullo sviluppo.

monitoraggio incrociato, e l'Unione Europea, quanto alla convalida delle norme d'incentivo in una situazione di evidente straordinarietà e urgenza.