



CONFINDUSTRIA

Principi fiscali internazionali e digitalizzazione dell'economia

Giugno 2019

Introduzione	3
1) I PRINCIPI FISCALI INTERNAZIONALI NELL'ERA DIGITALE	4
1.1 L'esercizio della sovranità fiscale.....	4
1.2 L' <i>economic allegiance</i> alla base del riparto dei poteri impositivi	5
1.3 Cenni alla regola del nesso e al principio di libera concorrenza	7
2) DALLA BIT TAX AL PROGETTO BEPS	10
2.1 Gli anni '90 e l'avvento della Rete	10
2.2 La conferenza di Ottawa e l'approccio neutrale	12
2.3 I primi anni 2000 e l' <i>e-commerce</i>	14
2.4 Dalla grande recessione al progetto BEPS.....	16
3) I NUOVI SVILUPPI – SOLUZIONI PER UN'ECONOMIA DIGITALIZZATA	23
3.1 L'interim report del 2018 tra rischi BEPS e revisione sistemica.....	23
3.2 Nuove proposte per affrontare le sfide della digitalizzazione	27
3.2.1 <i>Il primo pilastro</i>	28
3.2.2 <i>Considerazioni sul primo pilastro</i>	32
3.2.3 <i>Il secondo pilastro</i>	33
3.3 Il programma di lavoro	36
3.3.1 <i>I lavori sul primo pilastro</i>	37
3.3.2 <i>I lavori sul secondo pilastro</i>	41
3.3.3 <i>Organizzazione del lavoro futuro</i>	44
4) LA WEB TAX ITALIANA.....	45
4.1 Interventi immediati – prospettiva internazionale	45
4.2 Interventi immediati – prospettiva europea	46
4.3 L'imposta sui servizi digitali in Italia – stato dei lavori.....	47
4.4 Ambito soggettivo	48
4.5 Ambito oggettivo	49
4.6 Territorialità e profili temporali	51
4.7 Aspetti applicativi.....	53

Introduzione

Negli ultimi decenni le spinte trasformatrici della globalizzazione e dell'innovazione digitale hanno rimodellato i processi di creazione del valore all'interno delle imprese. Già a partire dai primi anni '90, in concomitanza con la diffusione dell'ICT nel tessuto economico, le sfide fiscali del digitale hanno iniziato ad essere discusse, tanto nei singoli Stati quanto nella comunità internazionale.

La ricerca di soluzioni per adeguare le regole previgenti al mutato contesto economico è stata tuttavia lenta e condizionata da approcci conservativi, favoriti, da un lato, dal genuino desiderio di non ostacolare lo sviluppo tecnologico e, dall'altro, dalla mancata volontà delle economie più avanzate, vere culle dell'innovazione, di sacrificare posizioni di relativo vantaggio.

I problemi fiscali delle reti globali dell'informazione e del commercio elettronico sono così divenuti i problemi fiscali della digital economy e più recentemente dell'economia digitalizzata nel suo complesso, senza che, ai mutamenti lessicali, seguissero azioni risolutive.

La revisione della fiscalità transazionale d'impresa avviata dopo la crisi economica del 2008, su input del G20 e dell'OCSE mediante il progetto BEPS, non ha tralasciato la digitalizzazione, ma a distanza di sei anni dalla ripresa serrata dei lavori internazionali sul tema continua l'attesa per risultati tangibili.

I più recenti sviluppi evidenziano tuttavia un'accelerazione. Sono in discussione nei consessi internazionali soluzioni di compromesso, volte a ridisegnare i principi e gli standard della fiscalità internazionale in funzione di nuovi equilibri geo-economici. Sotto il segno del digitale, sembrerebbe dunque riaprirsi il fondamentale dibattito sulla redistribuzione dei poteri impositivi degli Stati, caratterizzato dalla continua contrapposizione dei principi della fonte e della residenza.

Il presente documento mira ad aggiornare il lettore sullo stato di tale dibattito. Nella prima sezione vengono esposti alcuni concetti, già noti agli addetti ai lavori, relativi all'esercizio della sovranità fiscale e ai paradigmi alla base del sistema fiscale internazionale; sono successivamente ripercorse le tappe dei lavori condotti a partire dagli anni '90 dai principali organismi internazionali sulle sfide fiscali del digitale, fino ai giorni nostri.

Nell'attesa di risposte globali sono aumentate le pressioni, nazionali e internazionali, per l'introduzione di contromisure che tamponino urgentemente le carenze, sempre più visibili, delle regole vigenti. La seconda sezione del documento fornisce pertanto una descrizione dei lavori relativi alle cd. short term o interim measures, soffermandosi in particolare sulla disciplina italiana dell'imposta sui servizi digitali, introdotta con la Legge di Bilancio 2019.

1) I PRINCIPI FISCALI INTERNAZIONALI NELL'ERA DIGITALE

1.1 L'esercizio della sovranità fiscale

Gli Stati esercitano la propria sovranità fiscale sulla base di legami di natura territoriale (potere su un territorio) e personale (potere su un gruppo di soggetti). Tale natura duale della sovranità, che riguarda tutti i contribuenti (persone fisiche o imprese), da un lato delimita la sfera d'azione di ciascuno Stato e dall'altro supporta la natura coercitiva della pretesa impositiva, assicurandone l'effettività.

Quando l'azione imprenditoriale assume una dimensione sovranazionale possono crearsi due distinti scenari: il potere impositivo è esercitato su soggetti che, pur operando al di fuori della giurisdizione territoriale, hanno un legame personale con lo Stato o, viceversa, su soggetti che, non avendo un legame personale con lo Stato, operano all'interno del suo territorio.

Il legame personale in questione è stabilito essenzialmente dal diritto interno e dai criteri di individuazione della residenza fiscale. Il concetto di residenza fiscale, a sua volta, non è uniformemente definito sul piano globale e in relazione allo stesso è possibile riscontrare alcune variazioni¹.

Per quanto concerne l'esercizio del potere impositivo sui soggetti fiscalmente residenti, possono essere sommariamente delineati due approcci estremi, tra i quali intercorrono alcune sfumature: la tassazione su scala mondiale (*worldwide taxation*) e la tassazione su scala territoriale (*territorial taxation*). In quest'ultimo caso, il potere impositivo è esercitato, anche in relazione ai soggetti residenti, sui soli redditi che questi ritraggono da attività svolte nel territorio nazionale. Nella tassazione su scala globale, al contrario, il prelievo avviene sul reddito complessivo, ovunque generato. L'applicazione pura della tassazione su scala globale comporta serie difficoltà² ed è quindi solitamente sostituita da meccanismi ibridi, in cui il prelievo sui redditi di fonte estera viene differito al momento in cui questi vengono rimpatriati.

Da quanto fin qui esposto si evince come i profitti esteri di un'impresa residente in uno Stato potrebbero essere in parte ritenuti imponibili anche in una giurisdizione che vanti sulla produzione degli stessi un vincolo di natura territoriale. In questo caso le giurisdizioni di residenza che adottano approcci di tassazione del reddito globale provvedono generalmente ad eliminare l'eventuale doppia imposizione riconoscendo al contribuente un'esenzione o un credito d'imposta a fronte del prelievo subito all'estero³.

¹ Con requisiti che, per le imprese, spaziano da elementi di natura formale (luogo di costituzione della società) ad aspetti di natura più fattuale (luogo di direzione effettiva).

² La *worldwide taxation* richiede, ad esempio, la raccolta di informazioni dettagliate sulla produzione reddituale da fonti estere per tutti i contribuenti residenti.

³ Solitamente il credito d'imposta in questione è riconosciuto fino a concorrenza dell'imposta dovuta nello Stato di residenza, evitando così l'importazione di effetti fiscali legati al livello di tassazione estero.

Il secondo possibile scenario, ovvero l'esercizio del potere impositivo su entità non residenti che operano nel territorio dello Stato, riguarda tanto i sistemi a base territoriale, quanto quelli su scala globale. Al riguardo, assumono rilevanza le regole che stabiliscono quando la fonte del reddito può dirsi localizzata all'interno del territorio. Con specifico riferimento ai profitti d'impresa, dette regole richiamano solitamente il concetto di residenza e "stabile organizzazione" come codificato nelle convenzioni internazionali (su cui si tornerà a breve) e permettono, a talune condizioni, il prelievo sul reddito netto⁴.

1.2 L'*economic allegiance* alla base del riparto dei poteri impositivi

La natura duale della sovranità fiscale può portare due o più giurisdizioni all'esercizio concorrente del prelievo sui medesimi redditi, producendo forme di doppia imposizione con ovvi effetti deleteri per lo sviluppo delle relazioni economiche transnazionali. Per scongiurare tali conseguenze, gli Stati hanno storicamente coordinato l'esercizio del loro potere impositivo nella cornice del diritto internazionale, stipulando appositi accordi contro le doppie imposizioni. Tali convenzioni fiscali, concluse tradizionalmente sul piano bilaterale, poggiano su modelli predefiniti, continuamente aggiornati negli articolati e nei relativi commentari con il fondamentale supporto degli organismi internazionali.

I modelli più rilevanti ad oggi sono quello predisposto dall'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE)⁵ e quello elaborato dalle Nazioni Unite⁶. Sebbene esistano differenze sostanziali di impostazione tra i due, entrambi possono essere ricondotti ad uno schema originariamente definito dalla Società delle Nazioni all'inizio degli anni '20 del secolo scorso. In tale periodo la crescita degli scambi internazionali spinse l'organizzazione ad affrontare il problema delle doppie imposizioni, demandando ad un gruppo di 4 economisti di fama internazionale⁷ il compito di analizzarne la natura per individuare, tra gli altri, principi atti a prevenirlo mediante strumenti pattizi. Il gruppo di economisti presentò il proprio rapporto nel 1923⁸ indicando nella teoria dell' "*economic allegiance*" la chiave ideale per una ripartizione dei poteri impositivi tra diversi Stati⁹.

⁴ Non mancano tuttavia i casi in cui la tassazione di soggetti non residenti in funzione del legame territoriale avviene al lordo dei costi, in considerazione delle difficoltà che la giurisdizione "della fonte" incontrerebbe nell'effettuare un'accurata valutazione. È il caso, ad esempio, dei redditi di capitale (dividendi, royalties o interessi) corrisposti a soggetti non residenti e oggetto di ritenuta da parte dello Stato dal cui territorio originano i flussi. Per tenere conto della mancata deducibilità dei costi, tali ritenute sono effettuate solitamente con aliquote contenute.

⁵ OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

⁶ UN (2017), *Model Double Taxation Convention*, New York, https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf.

⁷ Gli economisti che ricevettero l'incarico furono: il prof. G. W. J. Bruins dell'Università Commerciale di Rotterdam, il prof. Luigi Einaudi dell'Università di Torino, il prof. E. R. A. Seligman della Columbia University di New York e Sir. J. C. Stamp della London University.

⁸ League of Nations (1923), *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee — Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation — Document E.F.S.73. F.19* (April 5th 1923), Geneva, <http://adc.library.usyd.edu.au/view?docId=split/law/xml-main-texts/brulegi-source-bibl-1.xml>

⁹ La dottrina dell'*economic allegiance* apparve ai relatori più affidabile di un approccio che poggiasse unicamente su legami di tipo politico tra il contribuente e lo Stato. L'approccio basato sulla fedeltà economica consentiva, infatti, il

Tale teoria fondava il dovere contributivo verso uno Stato su legami di natura economica attinenti ai processi di: (i) creazione, (ii) localizzazione, (iii) tutela e (iv) fruizione della ricchezza¹⁰. Pur riconoscendo una certa rilevanza a tutte e quattro le fasi, gli economisti considerarono come preponderanti, ai fini fiscali, quelle relative alla creazione e alla fruizione¹¹. Ne emerse, e per alcuni aspetti fu confermato, uno scenario che prefigurava una ripartizione del potere impositivo in larga parte basata sul principio della fonte (creazione del reddito) e su quello di residenza (fruizione del reddito)¹².

Nel rapporto degli economisti i profitti d'impresa non furono analizzati come concetto a sé stante, ma inquadrati nel contesto di diverse tipologie di attività economica (le attività imprenditoriali), tutte connotate da una manifestazione essenzialmente fisica del valore. Tali attività furono categorizzate in: a) attività legate al territorio (miniere, pozzi petroliferi e simili); b) attività in cui il territorio svolgeva un ruolo minore (attività manifatturiere); e c) attività in cui elementi diversi dal territorio erano ritenuti prevalenti (attività commerciali). Per tutte e tre le categorie, il gruppo di economisti giunse a conclusione che sarebbe stato preferibile suddividere il potere impositivo favorendo il luogo di origine del reddito (principio della fonte)¹³.

Quanto ai metodi per evitare la doppia imposizione, il gruppo propose quattro alternative, esplicitando la propria preferenza per un modello impostato sulla reciproca esenzione dei redditi destinati all'estero (*the method of exemption for income going abroad*)¹⁴. Con questa impostazione le giurisdizioni della "fonte" avrebbero dovuto trattenersi dal tassare redditi pur prodotti nel loro territorio ma destinati ad essere fruiti altrove¹⁵. Tale conclusione fu giustificata come un accorgimento utile anche a favorire l'afflusso di capitali esteri e lo sviluppo delle regioni più arretrate, ma risultò particolarmente controversa, poiché, venne tacciata come il tentativo di favorire, sul piano tributario, i Paesi più sviluppati, connotati da un numero relativamente maggiore di imprese/contribuenti residenti, a discapito dei Paesi

superamento delle criticità legate alle pregresse teorie dello scambio (nella duplice connotazione delle teorie del costo e del beneficio) garantendo, al contempo, coerenza con l'idea, divenuta al tempo prevalente, di modulare il prelievo in funzione della capacità contributiva complessiva dei soggetti (*ability to pay*).

¹⁰ "The three considerations of weight in economic allegiance thus really become four, namely the acquisition of wealth, the location of wealth, the enforceability of the rights to wealth and the consumption of wealth. Corresponding to these four considerations would be the four points which become of significance in considering the proper place of taxation" – League of Nations (1923), *Report on Double Taxation*, (supra n. 7) part II, section I, B.

¹¹ "It is obvious from this discussion that the most important factors in the situation are (1) and (4), that is, the origin of wealth and the residence or domicile of the owner who consumes the wealth. Most of the discussion on double taxation has centred around these two points of origin and residence. It is clear, however, that the other two factors may sometimes become of importance, although in most cases they are significant only in reinforcing the claims of either origin or domicile" *ibid*.

¹² Nel rapporto i due richiamati principi assumevano un peso differenziato a seconda delle diverse tipologie di reddito o patrimonio considerate. La ricchezza veniva infatti classificata ai fini fiscali in 6 categorie: immobiliare (case e terreni); imprenditoriale (sfruttamento risorse naturali; attività manifatture; attività commerciali); mobiliare tangibile e localizzabile (migliorie agricole, greggi, gioielli, arredi, quadri, ecc.); mobiliare tangibile non localizzabile (es. navi); mobiliare finanziaria (azioni, obbligazioni, mutui, titoli pubblici, crediti, ecc.); attività professionali.

¹³ "In this entire second category, then, with its three divisions, we are led to the conclusion that in an ideal division a preponderant share should be assigned to the place of origin, even though this share itself, varying with the different classes, should be slightly smaller than in the case of land." League of Nations (1923), *Report on Double Taxation* (supra n. 7), part II, section II

¹⁴ "On the subject of income taxation in its developed form, the reciprocal exemption of the non-resident under method 2 is the most desirable practical method of avoiding the evils of double taxation and should be adopted wherever countries feel in a position to do so." *ibid*.

¹⁵ Il gruppo propose, senza favorirla, anche la soluzione diametralmente opposta, ovvero il metodo della deduzione, nella giurisdizione di residenza, del reddito tassato nella giurisdizione della fonte.

meno sviluppati, tipicamente fornitori di materie prime¹⁶. Tale spaccatura, mai del tutto sanata, fu aggirata con un compromesso politico che portò la Società delle Nazioni ad optare per un diverso approccio tra quelli proposti nel rapporto: il metodo della classificazione e dell'assegnazione delle fonti. In applicazione di questo, la tassazione da parte dello Stato della fonte sarebbe stata consentita, ma solo per alcune categorie di reddito, in deroga alla regola generale di tassazione nello Stato di residenza.

1.3 Cenni alla regola del nesso e al principio di libera concorrenza

Nella tassazione internazionale dei profitti d'impresa il concetto di stabile organizzazione (SO) ha costantemente agito da indicatore di un livello di interazione economica, con lo Stato della fonte, sufficiente ad innescare il potere impositivo di quest'ultimo in deroga al prevalente principio di residenza¹⁷. La regola connaturata alla SO – talvolta definita regola del nesso (*nexus rule*) – è chiaramente esplicitata in entrambi i modelli convenzionali sopra richiamati, in cui si specifica che i profitti dell'impresa di uno Stato contraente debbano essere tassati solo in detto Stato, a meno che la stessa non svolga la propria attività nell'altro Stato mediante una stabile organizzazione ivi situata¹⁸.

In generale, le disposizioni convenzionali¹⁹ definiscono la SO riferendosi ad una sede fissa d'affari, attraverso la quale l'impresa conduce, in tutto o in parte, la propria attività in un'altra giurisdizione; ovvero, nella dimensione personale, in funzione della presenza di un agente dipendente dall'impresa, che conclude abitualmente contratti per conto di questa nell'altra giurisdizione (o che svolga un ruolo preponderante a tal fine)²⁰.

¹⁶ La richiamata spaccatura è profondamente connessa alla natura duale della sovranità fiscale e continua ancora oggi a contrapporre giurisdizioni importatrici nette di capitali, come i paesi in via di sviluppo, favorevoli ad un maggior peso della tassazione alla fonte (il modello delle Nazioni Unite cui si è fatto cenno in precedenza risponde maggiormente alle loro esigenze) a giurisdizioni più sviluppate ed esportatrici nette di capitali, inclini a sostenere il principio di residenza.

¹⁷ Vale la pena precisare che la SO, sul piano giuridico, non si configura come un autonomo soggetto passivo d'imposta, quanto piuttosto come una promanazione diretta dell'impresa non residente, che ben potrebbe interagire con la giurisdizione estera in altre forme, ad esempio costituendo un'entità distinta e dotata di autonoma soggettività tributaria. Il concetto di SO può dunque essere interpretato come una "soglia minima" oltre la quale gli Stati ritengono accertata la presenza fiscalmente rilevante di un'impresa in un altro territorio.

¹⁸ Cfr. articolo 7, paragrafo 1, del Modello OCSE e medesimo articolo del Modello ONU.

¹⁹ Cfr. articolo 5 del Modello OCSE e medesimo articolo del Modello ONU

²⁰ Come lecito attendersi in ragione della sua rilevanza il concetto di SO risulta particolarmente articolato. Alcune attività di natura "preparatoria o ausiliaria", ad esempio, esulano dall'individuazione di una SO. Si tratta, in origine, di attività considerate così ancillari e distanti dal *core business* dell'impresa non residente che, pur contribuendo alla produttività di questa, sono ritenute inadatte a stabilire un vincolo economico adeguato a derogare al principio della residenza. Le attività preparatorie o ausiliare comprendono, ad esempio, l'utilizzo di locali nell'altra giurisdizione al solo fine di immagazzinare, mostrare o consegnare dei beni appartenenti all'impresa non residente; il mantenimento di scorte per consentire lavorazioni da parte di altre imprese; la presenza finalizzata al solo acquisto di beni nel mercato estero o alla raccolta di informazioni, ecc. Carpire la natura preparatoria o ausiliaria delle attività d'impresa (nonostante l'articolo 5, par. 4 del modello OCSE e ONU contengano elencazioni non esaustive delle stesse – cd. *negative list*) è materia spesso controversa. Le trasformazioni tecnologiche hanno contribuito a sfumare il confine tra ciò che tradizionalmente era pacificamente considerato ancillare all'attività d'impresa e ciò che oggi potrebbe risultare centrale per alcuni modelli di business abilitati dalla digitalizzazione (si pensi, ad esempio, alla raccolta di dati in un mercato o alla presenza di magazzini integrati con modelli di e-commerce). Muovendosi negli spiragli che si creano tra questo nuovo (e crescente) strato di incertezza interpretativa e la rigidità dei meccanismi con cui le regole internazionali vengono aggiornate, le imprese hanno talvolta adottato approcci controversi e formalistici, soprattutto in relazione agli elementi più complessi che connotano il concetto di SO, mettendone in crisi il corretto funzionamento.

Vale la pena sottolineare come la SO implichi l'esistenza di elementi fisici, quali la presenza di impianti, locali, in taluni casi di macchinari o attrezzature; la fissità della sede²¹ e il concreto svolgimento di attività economica in loco mediante l'impiego di personale a vario titolo dipendente dall'impresa. Si tratta di requisiti inscindibili da una concezione spaziale e tangibile dell'attività d'impresa, che informava inevitabilmente le teorie economiche e fiscali degli anni '20, ma che appaiono progressivamente più distanti dalla realtà dei nostri tempi, caratterizzata da un mutamento strutturale tanto negli spazi (con l'emergere di una dimensione digitale ed intangibile) quanto nelle attività umane (condizionate dalla disponibilità di nuovi strumenti e tecnologie). Il deterioramento funzionale del concetto di stabile organizzazione ha aperto una crisi della regola del nesso territoriale, che rappresenta un primo campanello d'allarme per la tenuta sistematica delle regole vigenti²².

Una volta stabilito il criterio minimo di collegamento è necessario determinare quanta parte dei profitti di un'impresa non residente possa essere tassata dall'altra giurisdizione. Il concetto di stabile organizzazione è infatti strumentale all'effettiva ripartizione del potere impositivo, rimessa ad altre regole internazionalmente concordate. Fatta salva l'applicazione di disposizioni specifiche per talune tipologie di redditi²³, il potere impositivo della giurisdizione della fonte è espressamente limitato ai "profitti attribuibili" ad una stabile organizzazione²⁴. Il principio generale che governa detta attribuzione è quello di libera concorrenza (*arm's length principle - ALP*)²⁵, in applicazione del quale, ad una SO risultano attribuibili i profitti che questa avrebbe ottenuto, operando come un'entità

²¹ Ovvero la possibilità di individuare un luogo geografico e un certo grado di persistenza della citata sede nell'altra giurisdizione. Il metro temporale assume un'importanza relativa, in alcuni casi i tempi di permanenza risultano importanti (è il caso, ad esempio, dei cantieri e delle installazioni temporanee), mentre in altre circostanze, la sede può essere considerata fissa anche se esiste per un lasso di tempo molto breve, purché la natura dell'affare svolto sia tale da permetterlo.

²² Sul punto si veda anche, Valente P. (2018), *Digital Revolution. Tax Revolution?*, Bulletin for International Taxation, vol. 72/2018, No. 4a/special issue; "...it appears that a system dependent on physical presence is trying, in vain, to tax an economy free from physical constraints, which celebrates and embraces the virtual and untouchable. This reminds the author of the story of the great Persian King Xerxes, who ordered the sea, the Hellespont, to be whipped 300 times as punishment for defying him. Such a system is, therefore, condemned to failure. Something else is required, i.e. something that respects intangibility, without deprecating tangibility, and draws on this."

²³ In linea con l'approccio basato sulla classificazione e l'assegnazione delle fonti, per alcune specifiche tipologie di redditi, anche in assenza dei presupposti per l'individuazione della stabile organizzazione, è possibile che il potere impositivo sia attribuito alla giurisdizione della fonte. Si tratta, nello specifico, di fonti reddituali legate alla proprietà immobiliare e ad alcuni pagamenti di origine territoriale (interessi, dividendi, royalties, ecc.), per i quali i trattati possono accordare l'esercizio di una ritenuta, applicata a lordo di eventuali costi, ed entro aliquote massime prestabilite (si vedano, ad esempio, gli artt. 6, 10-13, e 17 dei modelli convenzionali OCSE e ONU). Nei casi in cui il potere impositivo è accordato allo Stato della fonte, quello di residenza del contribuente è chiamato ad eliminare l'eventuale doppia imposizione, o mediante l'esenzione del reddito già tassato all'estero o con il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al tributo assolto all'estero. Non è raro che i due metodi coesistano, ad esempio con l'esenzione riconosciuta per i profitti attribuibili alle SO ed il credito d'imposta per le componenti assoggettate a ritenuta alla fonte.

²⁴ Tale regola è anche volta ad escludere che profitti di altra natura, che l'impresa potrebbe eventualmente ritrarre dalla stessa giurisdizione in cui ha una SO, vengano attratti a questa. La "forza di attrazione" della stabile organizzazione è stata storicamente sostenuta, ma si tratta di un approccio che ha perso rilevanza e ad eccezione di alcuni casi limitati (in funzione antielusiva) risulta ormai in disuso nella prassi internazionale (cfr. commentario Mod. OCSE art. 5, par. 2, p. 12).

²⁵ Il principio di libera concorrenza è qui richiamato con riferimento all'attribuzione dei profitti relativi ad una SO di un soggetto non residente (cfr. articolo 7 del modello OCSE e ONU), vale tuttavia la pena ricordare che lo stesso è similmente utilizzato per il riparto dei profitti tra diverse entità di un'impresa multinazionale residente (cfr. articolo 9 del modello OCSE e ONU).

separata e indipendente, impegnata in attività identiche o simili, alle stesse condizioni, e tenuto conto delle funzioni svolte, degli asset utilizzati e dei rischi assunti²⁶.

Anche l'affermazione dell'ALP, come quella del concetto di stabile organizzazione, deriva da costruzioni teoriche che affondano le proprie radici nei primi decenni del XX secolo²⁷, da allora il principio è rimasto al centro della ripartizione internazionale del potere impositivo sui profitti d'impresa e la sua importanza è anzi cresciuta proporzionalmente agli scambi e all'operatività dei gruppi multinazionali. L'idea alla base dell'ALP - mimare le condizioni di mercato per le operazioni riconducibili ad un medesimo soggetto - assolve due rilevanti funzioni: garantire equità di trattamento fiscale tra imprese multinazionali e soggetti indipendenti, ed eliminare eventuali distorsioni nell'allocazione dell'imponibile²⁸ che potrebbero scaturire da strategie deliberatamente perseguite dalle imprese.

L'applicazione dell'ALP, tuttavia, ha sempre incontrato difficoltà pratiche, acuite dalla crescente complessità dei rapporti economici. Per arginare le difformità interpretative, la comunità internazionale ha creato standard e prassi condivise (tra le quali spicca la disciplina dei prezzi di trasferimento di fonte OCSE), divenute guide indispensabili per un'ordinata tassazione delle imprese, ma che, ovviamente, non hanno messo al riparo il principio dalle critiche, soprattutto da quelle generali sulla sua funzionalità. I detrattori dell'ALP ne hanno spesso evidenziato le contraddizioni intrinseche, sostenendo, ad esempio, che, tra le ragioni stesse dell'esistenza dei gruppi multinazionali (anch'essi frutto delle forze del mercato) ci sia proprio la capacità di generare profitti internalizzando e concludendo operazioni che altrimenti non avverrebbero (o non avverrebbero in maniera identica o simile) tra parti indipendenti. L'utilizzo del principio di libera concorrenza configurerebbe, in tale prospettiva, una consapevole quanto grave distorsione della realtà economica ai fini fiscali.

²⁶ L'applicazione dell'ALP richiede che il prezzo e le altre condizioni alle quali avvengono le transazioni controllate (cioè le transazioni realizzate tra parti non indipendenti come le entità di un medesimo gruppo o un'impresa non residente e la sua SO) siano coerenti con ciò che sarebbe avvenuto tra soggetti indipendenti in un mercato concorrenziale (si parla a tale riguardo di *arm's length prices*). Tale valutazione richiede un'attenta analisi (*functional analysis*) degli elementi che, mediante le transazioni rilevanti, concorrono alla generazione dei profitti d'impresa. L'analisi funzionale concerne le funzioni svolte, agli asset usati e ai rischi assunti da ciascuna entità ed è volta ad isolare il contributo che ognuna apporta alla produzione del valore e di riflesso alla realizzazione dei profitti. *"Nell'ambito delle transazioni tra due imprese indipendenti la remunerazione rifletterà in generale le funzioni svolte da ciascuna impresa (considerando i beni utilizzati e i rischi assunti). Di conseguenza, per delineare la transazione tra le imprese associate e per determinare la loro comparabilità con una transazione tra parti indipendenti o tra un'entità associata e un'entità indipendente, è necessario effettuare un'analisi funzionale. Tale analisi funzionale mira a identificare le attività economicamente significative e le responsabilità assunte, i beni utilizzati o apportati e i rischi assunti dalle parti che realizzano le transazioni. L'analisi si focalizza su cosa effettivamente facciano le parti e sulle capacità che esprimono."* OECD (2017), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*, OECD Publishing, Paris. cap 1, D.1.2, p. 1.51, <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>

²⁷ Sul piano internazionale, il modello di Convenzione per l'allocazione dei diritti impositivi sui profitti d'impresa elaborato dalla Lega delle Nazioni nel 1933, all'articolo 3 già stabiliva che: *"If an enterprise with its fiscal domicile in one contracting State has permanent establishments in other contracting States, there shall be attributed to each permanent establishment the net business income which it might be expected to derive if it were an independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions. Such net income will, in principle, be determined on the basis of the separate accounts pertaining to such establishment. Subject to the provisions of this Convention, such income shall be taxed in accordance with the legislation and international agreements of the State in which such establishment is situated."*

²⁸ Essendo i processi di creazione del valore il frutto delle forze del mercato, l'applicazione dell'ALP dovrebbe idealmente consentire di plasmare un prelievo tributario "equo" sulle entità operanti in più giurisdizioni, tarandolo sulla reale sostanza economica.

Tra gli approcci alternativi all'ALP, "l'allocazione frazionata" (*fractional apportionment* - FA) è quello più ricorrente. In applicazione del FA i profitti di un soggetto operante in più giurisdizioni verrebbero calcolati globalmente, per essere poi ripartiti in base a formule e fattori predeterminati. L'idea di un superamento dell'ALP a favore dell'allocazione frazionata è tornata in auge con l'aumento della rilevanza economica delle multinazionali e più recentemente come reazione al diffondersi della digitalizzazione nell'economia. In particolare, l'avvento di soggetti operanti su scala planetaria, connotati dallo sfruttamento intensivo dei beni immateriali e delle sinergie infragruppo, ha contribuito ad esacerbare i limiti dell'ALP e delle relative regole applicative.

2) DALLA BIT TAX AL PROGETTO BEPS

2.1 Gli anni '90 e l'avvento della Rete

Nella seconda metà degli anni '90 le promesse dell'*Information and Communication Technology* (ICT) guadagnarono rapidamente il palcoscenico internazionale. Si respirava in quegli anni un vento decisamente favorevole al pieno sviluppo di quella che veniva definita la "società globale dell'informazione"²⁹. Nel 1995 i Paesi membri dell'OCSE incaricarono l'Organizzazione di definire l'ossatura delle policy relative alle infrastrutture e alla società dell'informazione³⁰ e l'anno successivo gli aspetti fiscali attinenti all'ICT erano già oggetto di attenzione da parte del Comitato per gli Affari Fiscali (CFA)³¹. In un contesto di sviluppo del digitale che oggi apparirebbe basilare, i primi aspetti ad essere indagati, sul piano fiscale, furono quelli connessi all'avvento del commercio elettronico (*e-commerce*), che suscitavano dapprima l'interesse delle Amministrazioni fiscali di alcuni Paesi precursori del fenomeno (in particolare degli USA) e successivamente quello delle organizzazioni internazionali.

Nel 1995 anche la Commissione europea si inserì nel dibattito istituendo un gruppo di esperti di alto livello per l'esame degli impatti sociali e delle opportunità offerte dalle nuove dall'ICT³². Il gruppo produsse un rapporto intermedio a gennaio del 1996³³, seguito da una

²⁹ Un efficace spaccato del clima euforico che accompagnò i primi decenni di regolamentazione del digitale può essere osservato nelle conclusioni della conferenza ministeriale del G7 tenutasi a Bruxelles il 25-26 Febbraio 1995. http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-95-2_it.htm

³⁰ La cui cornice di riferimento venne resa pubblica all'inizio del 1996, per poi essere integrata l'anno successivo. OECD (1996), *Global Information Infrastructure and Global Information Society (GII-GIS): Statement of Policy Recommendations Made by the ICCP Committee*, OECD Digital Economy Papers, No. 18, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/237382063227>

OECD (1997), *Global Information Infrastructure -- Global Information Society (GII-GIS): Policy Requirements*, OECD Digital Economy Papers, No. 25, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/237255568475>

³¹ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 - 2015 Final Report, Annex A, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>

³² In attuazione del piano d'azione "La via europea verso la società dell'informazione", presentato dalla Commissione europea il 19 luglio 1994, COM(94)347. <https://cordis.europa.eu/news/rcn/4083/en>

³³ EU (1996) *Building the European information society for us all. First reflections of the High Level Group of Experts. Interim report*, January 1996. <http://aei.pitt.edu/37619/1/A3583.pdf>

versione finale ad aprile del 1997³⁴, ribadendo in entrambi i casi che, al fine di raggiungere una migliore redistribuzione dei benefici economici nella società dell'informazione, sarebbe stato utile valutare forme impositive nuove, quali, ad esempio, una *bit tax*.

L'idea di una *bit tax* poggiava su elaborazioni teoriche proposte inizialmente dagli economisti Arthur Cordell e Thomas Ide nel 1994³⁵ e superava gli ordinari concetti di tassazione del reddito per considerare fattispecie imponibile la semplice trasmissione dei dati attraverso le reti informatiche. La base di calcolo della *bit tax* sarebbe stata commisurata al volume dei dati trasmessi, misurato in bit, con seguente applicazione di un'aliquota di lieve entità³⁶. In principio difesa dal gruppo di esperti della Commissione europea³⁷, soprattutto nella prospettiva di un generale ripensamento dell'IVA su alcuni beni e servizi immateriali, la *bit tax* suscitò speculazioni teoriche³⁸ ma scarsa adesione politica, finendo ben presto con l'essere abbandonata anche dalla Commissione europea³⁹. Alla bocciatura comunitaria si aggiunse quella OCSE. L'Organizzazione rilasciò nel giugno del 1997 il cosiddetto Rapporto Sacher⁴⁰, redatto in stretta collaborazione con il settore privato, in cui venivano indicate le condizioni atte a favorire lo sviluppo globale del commercio elettronico. In tale contesto la fiscalità era citata tra le aree in cui l'intervento dei governi era ritenuto prioritario. Il documento esplicitava però la ferma opposizione del mondo del business ad ogni forma di tassazione che colpisse lo scambio di dati, ritenendola un'ipotesi irrealistica e potenzialmente discriminatoria. Al contrario, era sostenuta l'adozione di misure coerenti con i tradizionali principi regolatori della materia fiscale, purché fossero condivise sul piano internazionale.

Il 1997 si chiuse con due importanti eventi che gettarono le basi per gli sviluppi successivi. Nel mese di luglio si tenne a Bonn una conferenza ministeriale sulle reti globali dell'informazione, cui parteciparono 29 Paesi europei⁴¹. I partecipanti manifestarono la volontà di adottare un approccio fiscale non discriminatorio per l'utilizzo delle reti globali dell'informazione, concordando, altresì, sulla necessità di affrontare il tema della

³⁴ EU (1997) *Building the European information society for us all. Final policy report of the High Level Group of Experts*, April 1997. <http://aei.pitt.edu/8692/1/8692.pdf>

³⁵ Cordell A. J., & Ide T. (1994), *The new wealth of nations*, club of Rome Report, November 1994.
Cordell A. J. (1995), *New taxes for a new economy*, Government Information in Canada, vol. 2, n. 4.2, <http://www.usask.ca/library/gic/v2n4/cordell/cordell.html>

³⁶ L'imposta era originariamente ipotizzata in 0.000001 centesimi di dollaro per bit trasmesso, una grandezza chiaramente calibrata sul periodo in cui la *bit tax* fece il suo esordio. Un'aliquota come quella proposta negli anni '90 determinerebbe oggi un prelievo pari ad 80 dollari per la trasmissione di un gigabyte di dati, ovvero di una mole di informazioni relativamente contenuta e ordinariamente scambiata sulla rete dagli utenti. E' utile osservare sul punto come la scelta di legare forme impositive a caratteristiche tecnologiche esponga ai rischi connessi alla rapidità e all'imprevedibilità con cui le tecnologie evolvono.

³⁷ Soete, L., & Kamp, K. (1996), *The 'bit tax': The case for further research*. Science and Public Policy, 23(6), 353-360.

³⁸ Il dibattito sull'opportunità di utilizzare forme di tassazione alternative quali la *bit tax*, nonostante abbia perso parte dello slancio iniziale è ancora vivo. Per una riproposizione recente si veda ad esempio Gallo F. (2016), *Prospettive di tassazione dell'economia digitale*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, n. 1, pp. 154-174;

Gallo F, "La *bit tax*, contropiede vincente del Fisco" in *Il Sole 24 ore*, 8 maggio 2017, <https://www.ilsole24ore.com/art/commenti-e-idee/2017-05-08/la-bit-tax-contropiede-vincente-fisco-063515.shtml?uuid=AE9nJAIB>

³⁹ "While some commentators have suggested that there might be a need to look at alternative taxes such as "bit tax", the Commission is of the opinion that this is not appropriate since VAT already applies to these transactions." cfr. COM(97)157, *A European Initiative in Electronic Commerce*, 15 April 1997, par. 57:

⁴⁰ OECD (1997), *Sacher Report*, OECD Digital Economy Papers, No. 29, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/237058611046>

⁴¹ Oltre alla Commissione europea, agli Stati Uniti, al Canada, al Giappone e alla Russia in qualità di ospiti

tassazione dell'e-commerce sul piano della cooperazione internazionale, per scongiurare distorsioni alla competizione e al libero commercio. Pochi mesi dopo, nel novembre del 1997, Finlandia, Giappone, Commissione europea, OCSE e BIAC (*Business and Industry Advisory Committee* presso l'OCSE) organizzarono congiuntamente a Turku un'altra importante conferenza, di respiro globale, sul commercio elettronico ("*Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce*"). Come riportato nella relazione pubblicata dall'OCSE sull'evento⁴², la Conferenza di Turku evidenziò "*l'urgenza di passare dalle parole ai fatti*" e molti partecipanti indicarono nel 1998 e nel nuovo imminente incontro da tenersi ad Ottawa, l'opportunità per definire, finalmente, i cardini della regolamentazione internazionale del commercio elettronico. L'OCSE fu individuata, in tale cornice, come la sede più appropriata per condurre i lavori in materia fiscale e al Comitato per gli Affari Fiscali (CFA) fu affidato l'incarico di redigere e proporre il set di principi fiscali da porre alla base del nascente *framework* internazionale.

2.2 La conferenza di Ottawa e l'approccio neutrale

In vista della Conferenza ministeriale di Ottawa "*A borderless world, realising the potential of global electronic commerce*" - il Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE, collaborando con la Commissione europea e l'Organizzazione Mondiale del Commercio, stilò il rapporto "*Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions*"⁴³, approvato dai ministri delle finanze riuniti nella città canadese l'8 ottobre del 1998.

L'incontro di Ottawa costituì un momento di fondamentale importanza per la regolamentazione fiscale dell'allora emergente *digital economy*. L'approccio condiviso in quella sede è infatti pervenuto ai nostri giorni quasi intatto e solo recentemente se ne è ipotizzato un parziale ripensamento. Nelle conclusioni del richiamato rapporto, il CFA osservò come i principi già adottati dai governi nella tassazione del commercio tradizionale avrebbero dovuto essere applicati, senza discriminazioni, anche al commercio elettronico.

I 5 principi di Ottawa

Neutralità: la tassazione dovrebbe essere neutrale ed equa tra forme di commercio elettronico e tra commercio elettronico e commercio convenzionale, cosicché le decisioni economiche siano motivate dalla sostanza e non dalle implicazioni fiscali. Contribuenti in situazioni simili, coinvolti in operazioni simili, dovrebbero essere assoggettati a livelli simili di tassazione.

Efficienza: i costi di *compliance* a carico dei contribuenti e quelli amministrativi a carico delle autorità fiscali dovrebbero essere minimizzati.

Certezza e Semplicità: le regole fiscali dovrebbero essere chiare e semplici da comprendere, affinché i

⁴² OECD (1998), *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce, Turku (Finland): 19-21 November 1997 - Conference Report*, OECD Digital Economy Papers, No. 38, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/236647320075>.

⁴³ OECD (1998), *Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions*, as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, "A Borderless World: Realizing the Potential of Electronic Commerce" on 8 October 1998. <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>

contribuenti possano anticipare le conseguenze fiscali di una transazione, anche con riguardo al quando, al dove e al come le imposte saranno dovute.

Effettività ed Equità: la tassazione dovrebbe produrre il giusto ammontare di imposte nel giusto frangente. Gli spazi per l'evasione e l'elusione fiscale dovrebbero essere minimizzati mantenendo le contromisure proporzionate ai rischi.

Flessibilità: i sistemi di tassazione dovrebbero essere flessibili e dinamici per assicurare che tengano il passo con gli sviluppi tecnologici e commerciali.

Nella sostanza ad Ottawa prevalse un'impostazione conservativa ed attendista⁴⁴, costruita sulla convinzione che un'estensione teleologica delle regole preesistenti, indipendentemente dalla portata dei mutamenti tecnologici in atto, sarebbe stata possibile senza distorsioni macroscopiche.

Il mantenimento della neutralità, come venne evidenziato nel rapporto dell'OCSE, non avrebbe dovuto precludere in principio nuove azioni normative o amministrative, né tantomeno condizionare la sovranità fiscale dei singoli Paesi, bensì agevolare una divisione equa della base imponibile legata all'e-commerce; evitando al tempo stesso doppie imposizioni o esenzioni non intenzionali. Partendo da questi obiettivi - tanto generici quanto difficili da conseguire in aggregato - il CFA identificò alcune aree su cui sarebbe stato necessario lavorare nell'immediato⁴⁵, pur isolando, con apprezzabile lungimiranza, anche una serie di sfide future, derivanti dalla volontà di ricondurre le trasformazioni tecnologiche in atto ad una cornice regolatoria antecedente al loro avvento. Tali sfide vennero elencate in quella che il documento definiva l'"agenda post-Ottawa"; la sezione di tale elencazione relativa al *tax framework* internazionale appare in retrospettiva particolarmente interessante per la lucidità con cui, già nel 1998, furono individuati gli ambiti in cui sarebbe stata prima o poi necessaria maggiore chiarezza.

⁴⁴ L'atteggiamento attendista dei partecipanti alla conferenza fu adeguatamente colto nei commenti dell'epoca, per molti aspetti analoghi nel tono al dibattito odierno: *"Molte considerazioni, a margine della conferenza, sono state svolte sia sul concetto di stabile organizzazione che sui meccanismi di ripartizione dei benefici commerciali e industriali sui diversi Paesi interessati in base alle attuali definizioni offerte dalle convenzioni internazionali sulle doppie imposizioni e sui prezzi di trasferimento. In effetti, la conferenza poco ha aggiunto ai risultati di sostanziale attesa imposti dalle oggettive considerazioni fatte, già prima della riunione, dal Comitato degli affari fiscali dell'Ocse. In concreto, l'attuale livello del mercato virtuale e la struttura del commercio elettronico non consentono di comprendere a pieno come risulteranno applicabili i principi già elaborati in seno alle diverse organizzazioni internazionali, ma quello che è importante è evitare iniziative unilaterali che determinino una tassazione contraria a più principi."* – Santacroce B., *Le vendite di beni virtuali diventano prestazioni di servizio*, Il Sole 24 ore, 14 ottobre 1998.

⁴⁵ Le autorità fiscali vennero invitate ad esplorare l'utilizzo delle nuove tecnologie nell'ambito dei servizi ai contribuenti e per l'acquisizione delle informazioni necessarie ad amministrare il sistema fiscale. Venne inoltre richiamata l'attenzione sulla necessità di mantenere adeguati sistemi di riscossione e controllo, anche attraverso il miglioramento della cooperazione internazionale. Ampio spazio fu dedicato alle imposte sui consumi, invocando: l'adozione del *destination principle* per le transazioni transfrontaliere; una diversa qualifica per la fornitura di prodotti digitali rispetto alla fornitura di beni tangibili; la possibile applicazione del *reverse charge* per l'importazione di servizi e proprietà immateriale da fornitori esteri. Con riferimento alla fiscalità diretta internazionale fu ribadita la volontà di tenere fermi i principi chiave delle convenzioni internazionali e del *transfer pricing*, riconoscendo la necessità di chiarimenti per la loro applicazione al commercio elettronico.

L'agenda post-Ottawa

Accordi fiscali internazionali e cooperazione

(viii) Con riferimento al Modello di Convenzione Fiscale OCSE, chiarire come i concetti utilizzati nella Convenzione possano essere applicati al commercio elettronico, in particolare:

a) per determinare i diritti impositivi, come per i concetti di “stabile organizzazione” e per l’attribuzione del reddito; e

b) per la classificazione fiscale dei redditi, come per i concetti di proprietà immateriale, *royalties*, servizi, ed in particolare per quanto concerne le informazioni digitalizzate.

(ix) Monitorare gli sviluppi del commercio elettronico e le sfide poste da questo alle amministrazioni fiscali nell’applicazione delle Linee Guida OCSE sui Prezzi di Trasferimento.

(x) Migliorare l’utilizzo degli esistenti accordi bilaterali e multilaterali per l’assistenza amministrativa.

(xi) Considerare come la competizione fiscale dannosa nel commercio elettronico possa essere evitata, nel contesto delle Raccomandazioni sulle attività geograficamente mobili che accompagnano il rapporto OCSE sulla Competizione fiscale dannosa”.

Seppure in un contesto tecnologico mutato, in cui il tema dell’*e-commerce* è stato gradualmente superato ed inglobato in quello della digitalizzazione dell’economia nel suo complesso, le criticità individuate nel 1998 sembrano conservare intatta la loro centralità, ma soprattutto, appaiono ancora oggi in cerca di una soluzione stabile.

2.3 I primi anni 2000 e l’*e-commerce*

All’inizio del 1999 il CFA dell’OCSE riprese la propria agenda sulla tassazione dell’*e-commerce* affidando a dei corpi sussidiari l’approfondimento di vari aspetti tecnici. Vennero istituiti 5 *Technical Advisory Groups* (TAGs) composti da esperti governativi, rappresentanti del business e del mondo accademico. Tra questi, il *business profits TAG* (BPTAG) fu incaricato di esaminare l’adeguatezza delle regole internazionali sulla tassazione del reddito d’impresa all’*e-commerce* e di proporre, eventualmente, alternative alle regole vigenti⁴⁶.

Il BPTAG rilasciò un primo *discussion draft* sulle modalità di attribuzione dei profitti alle stabili organizzazioni coinvolte nel commercio elettronico nel 2001⁴⁷, ed un secondo, sul

⁴⁶ Un secondo gruppo (*Treaty Characterisation TAG*) fu invece incaricato di esaminare la classificazione, in base ai trattati, di alcuni pagamenti relativi al commercio elettronico. Per quanto concerne gli ulteriori gruppi, vale la pena richiamare il gruppo per l’implementazione dei principi concordati ad Ottawa nel campo delle imposte sui consumi (*Consumption Tax TAG*), sui cui lavori il presente documento non si dilunga, ma per i quali si rinvia alle numerose pubblicazioni OCSE, tra cui: *Taxation and Electronic Commerce, implementing the Ottawa taxation framework conditions (2001)*; *E-commerce guidelines (2003)* e *Consumption tax guidance series (2003)*, reperibili sul sito istituzionale dell’Organizzazione.

⁴⁷ OECD (2001), *Attribution of profits to a permanent establishment involved in electronic commerce transactions*, February 2001, www.oecd.org/tax/treaties/1923312.pdf

concetto di sede di direzione effettiva, nel 2003⁴⁸. A completamento di tali lavori fu pubblicato un rapporto finale, intitolato “*Are the Current Treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?*”⁴⁹, in cui si ricapitolavano le analisi svolte, riconoscendo che, in relazione all’evoluzione tecnologica, alcuni aspetti del *framework* regolatorio internazionale erano ormai divenuti fonte di seria preoccupazione.

L’analisi del sistema fiscale internazionale, condotta sul piano teorico e in raffronto ai principi di Ottawa da parte del BPTAG nel 2004 appare come un’anticipazione particolareggiata dei dibattiti successivi. Una delle considerazioni elaborate nel rapporto, su cui vale la pena soffermarsi, concerneva la necessità di individuare ai fini fiscali i luoghi in cui i nuovi modelli di business abilitati dall’ICT generavano (e generano) valore.

Su tale punto il BPTAG ribadì, in coerenza con l’approccio dell’*economic allegiance*⁵⁰, come l’origine dei profitti dovesse essere rintracciata nei luoghi in cui si trovano i fattori che ne consentono la produzione (*supply-based approach*), rifiutando la possibilità che la mera presenza in un mercato di sbocco (*supply-demand approach*) potesse divenire fattore rilevante e di per sé sufficiente per l’attribuzione, alle relative giurisdizioni, del potere impositivo su parte dei profitti d’impresa⁵¹. I membri del gruppo di lavoro non riuscirono, tuttavia, a trovare un accordo su un aspetto dirimente e strettamente connesso alle richiamate considerazioni: se, e in che misura, un’impresa non presente “fisicamente” in una giurisdizione – ma ciò nondimeno in grado di interagire con l’infrastruttura economica e legale della stessa grazie ai nuovi mezzi tecnologici - potesse esservi considerata residente ai fini fiscali⁵². Si trattava, in altri termini, di valutare l’adeguatezza della regola del nesso. Il BPTAG temporeggiò sul punto, osservando che l’adozione di regole di nesso nuove e distinte per le imprese attive nel commercio elettronico (oggi diremmo per le imprese “digitalizzate”), avrebbero inficiato il paradigma della neutralità stabilito ad Ottawa. Una posizione, quest’ultima, che per certi aspetti ancora oggi riecheggia in quella parte della comunità internazionale fermamente opposta ad ogni tentativo di *ring-fencing* della digital economy a fini fiscali (aspetto su cui si tornerà a breve).

⁴⁸ OECD (2003), *Place of effective management concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention*, May 2003, www.oecd.org/tax/treaties/2956428.pdf

⁴⁹ OECD (2004), *Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce ?*, June 2004, <https://www.oecd.org/tax/treaties/35869032.pdf>

⁵⁰ Approccio peraltro espressamente richiamato ed approfondito nel rapporto. *ibid.* cap. 1, pag. 10 e ss.

⁵¹ “A large majority of the TAG members implicitly rejected the “supply-demand” approach. For them, the mere fact that the realization of business transactions requires an interaction between the supply of goods or services by an enterprises and the demand in a market state has not historically been considered by countries to provide a sufficient link for considering that the profits of the enterprise arising from there transaction should, for purposes of income taxation, be sourced in the market state”. *Ibid.* par. 41

⁴² *The TAG’s approach was therefore in line with the supply-based approach of considering that business profits should be viewed as originating from the location of the factors that allow the enterprise to realize business profit. It therefore rejected the suggestion that the mere fact that a country provides the market where an enterprise’s goods and services are supplied should allow that country to consider that a share of the profits of the enterprise is derived therefrom*”. *Ibid.* par. 41-42

⁵² “The members of the TAG disagreed, however, on an important related issue: i.e. whether a supplier which is not physically present in a country may be considered to be using that country’s legal and economic infrastructure and, if that is the case, whether and to what extent, such use of a country’s legal and economic infrastructure should be considered to be one factor which, under the supply-based view, would allow that country to claim source taxing rights on a share of the enterprise’s profits”. *Ibid.* par. 43

Il rapporto del 2004, esaminate le regole esistenti alla luce delle innovazioni intercorse, passò in rassegna anche due set di possibili interventi di adeguamento. Un primo insieme di azioni avrebbe richiesto modifiche d'impatto contenuto, mentre il secondo prefigurava mutamenti più radicali. In varie occasioni le proposte analizzate anticiparono temi destinati a tornare di attualità solo pochi anni più tardi, soprattutto a seguito della pubblicazione del piano di azione BEPS da parte dell'OCSE, nel 2013. Vale qui la pena sottolineare che, tra le iniziative prese in considerazione, figuravano, ad esempio: l'eliminazione delle eccezioni relative alle attività preparatorie o ausiliarie dal concetto di SO (articolo 5 par. 4 del Mod. OCSE) e l'introduzione di una regola anti-frammentazione che ne evitasse un utilizzo strumentale; l'adozione di regole di nesso supplementari per la tassazione dei profitti derivanti dalla fornitura di servizi; il superamento dell'*arm's length principle* in favore di un metodo di allocazione frazionata dei profitti delle multinazionali; l'aggiunta di regole di nesso basate sul concetto di stabile organizzazione elettronica o virtuale.

Rinviando al testo del rapporto per un approfondimento, in retrospettiva, delle richiamate proposte, preme qui sottolineare che, in ultima analisi, il BPTAG non supportò nessuno degli interventi esaminati, ritenendo il commercio elettronico e gli ulteriori modelli di business abilitati dall'ICT, non adeguati a giustificare, in quello stadio di sviluppo, mutamenti strutturali delle regole fiscali⁵³. A discapito di ciò fu comunque riconosciuta la necessità di continuare a monitorare le trasformazioni tecnologiche. Il lavoro dei TAGs, recepito dal CFA, trovò un riscontro in alcuni limitati cambiamenti al commentario del modello OCSE. In particolare, nell'aggiornamento del modello effettuato nel 2003, venne integrata la sezione a commento all'articolo 5 (stabile organizzazione), per disciplinare fattispecie peculiari in cui la presenza di un server poteva contribuire alla rilevazione di una sede fissa di affari in un territorio, contestualmente fu peraltro esclusa la rilevanza, al medesimo fine, dei meri siti web⁵⁴.

2.4 Dalla grande recessione al progetto BEPS

La crisi finanziaria del 2007 e la seguente recessione globale hanno spinto la comunità internazionale ad interrogarsi sullo stato dell'economia mondiale. Dopo la fase emergenziale, diversi governi hanno intrapreso un percorso di consolidamento dei bilanci pubblici con conseguente ricerca di fonti ulteriori di gettito. Ciò ha portato alla richiesta di un maggiore e più equo contributo ad alcune categorie di soggetti, ritenuti, a torto o a ragione, corresponsabili del dissesto economico o indebiti beneficiari degli eccessi della

⁵³ "As regards the various alternatives for fundamental changes that are discussed in section 4-B above, the TAG concluded that it would not be appropriate to embark on such changes at this time. Indeed, at this stage, e-commerce and other business models resulting from new communication technologies would not, by themselves, justify a dramatic departure from the current rules. Contrary to early predictions, there does not seem to be actual evidence that the communications efficiencies of the internet have caused any significant decrease to the tax revenues of capital importing countries" *ibid* par. 350

⁵⁴ Il commentario al modello OCSE fu ulteriormente emendato nel 2013 recependo alcune delle raccomandazioni relative alla qualifica dei pagamenti legati al commercio elettronico proposte dal *Treaty Characterisation TAG* e riguardanti l'applicazione degli articoli 7 (profitti d'impresa) e 12 (royalties); emendamenti che registrarono peraltro il dissenso di alcuni Paesi membri.

globalizzazione. Questa dottrina della *fair share*, nata e cresciuta sotto la spinta della società civile, ha dapprima investito il comparto finanziario⁵⁵ per poi allargarsi alle multinazionali operanti in diversi settori.

Lo scrutinio politico si è focalizzato, in particolare, sul ruolo dei paradisi fiscali e della pianificazione fiscale aggressiva delle imprese, tesa allo sfruttamento di gap e disallineamenti del sistema internazionale e fonte di erosione delle basi imponibili nei vari Stati. Nel 2012 i leader del G20, riuniti a Los Cabos, hanno dato formalmente appoggio all'OCSE per un'azione di studio dei fenomeni di *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) associati alle imprese, richiedendo aggiornamenti al riguardo in vista del summit successivo, programmato a febbraio 2013 a San Pietroburgo. In tale occasione l'OCSE ha presentato il rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*", con il quale le criticità dell'economia digitale sono tornate nuovamente al centro della scena internazionale^{56 57}.

Nel rapporto del 2013 l'OCSE richiamava l'attenzione sull'urgenza di un articolato piano d'azione per dotare i Paesi degli strumenti, domestici e internazionali, utili a riallineare il potere impositivo con la reale attività economica svolta dalle imprese. Tale piano (*BEPS Action Plan*), presentato nel luglio del 2013⁵⁸, ha identificato 15 distinti ambiti d'intervento, il primo dei quali relativo, appunto, alle sfide dell'economia digitale⁵⁹.

⁵⁵ A settembre 2009 i leader del G20 riuniti a Pittsburgh incaricarono il fondo monetario internazionale (IMF) di redigere un rapporto sulle opzioni a disposizione dei governi per porre sulle spalle del settore finanziario una quota equa e sostanziale dei costi sostenuti per la messa in sicurezza del comparto. Il rapporto, pubblicato nel 2010, analizzò varie possibilità, anche di natura fiscale, proponendo, tra le altre, l'istituzione di una *financial activity tax* (FAT).

IMF (2010), *A fair and substantial contribution by the financial sector – final report for the G20*, June 2010 , <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/062710b.pdf>.

Il dibattito internazionale proseguì in quegli anni anche con riguardo alla possibile introduzione di una *Financial Transaction Tax* (FTT), oggetto di numerose iniziative concrete in ambiti nazionali e sovranazionali.

Matheson T. (2011), *Taxing Financial Transaction: Issues and Evidence*, IMF Working paper WP/11/54, march 2011, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2011/wp1154.pdf>

L'Italia introdusse una propria versione dell'imposta sulle transazioni finanziarie (impropriamente ribattezzata "Tobin Tax") con la legge di Stabilità 2013 (art. 1, commi 491-500, L. n.228/2012). La Commissione europea propose una prima direttiva per l'istituzione di una FTT armonizzata nel 2011, ma l'iniziativa non raccolse il consenso unanime dei Paesi membri. I lavori relativi ad una riformulazione della proposta effettuata nel 2013, e condotti mediante procedura di cooperazione rafforzata, risultano ad oggi ancora in corso.

⁵⁶ "*This report also shows that current international tax standards may not have kept pace with changes in global business practices, in particular in the area of intangibles and the development of the digital economy. For example, today it is possible to be heavily involved in the economic life of another country, e.g. by doing business with customers located in that country via the internet, without having a taxable presence in that country*"

OECD (2013), "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*", OECD Publishing, pag. 49 <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

⁵⁷ Negli anni immediatamente precedenti l'avvio del progetto BEPS il dibattito sulle tassazione del digitale era già particolarmente vivace sul piano nazionale. Merita ricordare, a tale riguardo, la pubblicazione all'inizio del 2013 del cd. rapporto Colin-Collin, redatto da una task force appositamente creata dal governo francese.

Colin P, Collin N (2013), *Report of the Task force on taxation of the digital economy*, January 2013 https://www.hldataprotection.com/files/2013/06/Taxation_Digital_Economy.pdf.

Negli stessi mesi il congresso degli Stati Uniti concluse l'indagine sulle strategie fiscali adottate dal gruppo Apple, successivamente ripresa sul versante europeo.

Schwartz N.D., Duhigg C. *Apple's web of tax shelters save it billions, panel finds*, The New York Times, May 20, 2013 <https://www.nytimes.com/2013/05/21/business/apple-avoided-billions-in-taxes-congressional-panel-says.html>

⁵⁸ OECD (2013), "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*", OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

⁵⁹ In parallelo rispetto alla nuova spinta impressa dai lavori OCSE, la Commissione europea ha rilanciato nel 2013 la propria iniziativa istituendo il 22 ottobre un gruppo di esperti di alto livello per la tassazione dell'economia digitale (*High Level Expert Group on Taxation of the Digital Economy*). Il gruppo ha prodotto il proprio rapporto finale il 28 maggio 2014. Nel documento, oltre a rimarcare il no a regimi fiscali speciali per le imprese digitali, dal punto di vista della fiscalità diretta fu sottolineata la necessità di migliorare il contrasto alle pratiche fiscali dannose, di rivedere l'applicazione della

La diffusione dell'economia digitale – è stato precisato nell'Action Plan – ha posto sfide al sistema fiscale internazionale originate da un'inedita rilevanza economica dei beni immateriali, dall'utilizzo massivo dei dati, dall'adozione diffusa di modelli di business multilaterali, capaci di catturare le esternalità derivanti dalla fornitura gratuita di prodotti e servizi (cd. esternalità di consumo). Tali aspetti hanno reso complesso determinare in quale giurisdizione gli attori dell'economia digitale creino effettivamente valore, impedendo, di riflesso, un'adeguata tassazione dello stesso.

AZIONE 1: Affrontare le sfide fiscali della digital economy

Identificare le principali difficoltà che l'economia digitale genera per l'applicazione delle regole esistenti di fiscalità internazionale e sviluppare opzioni dettagliate per affrontare tali difficoltà, mantenendo un approccio olistico e considerando la tassazione diretta e indiretta.

Le problematiche da esaminare includono, ma non sono limitate a: la capacità delle imprese di avere una presenza digitale significativa nell'economia di un altro Paese senza esservi assoggettate a tassazione a causa della carenza di un nesso in base alle attuali regole fiscali internazionali; l'attribuzione del valore creato dalla generazione di dati con valenza commerciale su base territoriale attraverso l'utilizzo di prodotti e servizi digitali; la classificazione del reddito derivante da nuovi modelli di business; l'applicazione delle relative regole di determinazione della fonte e l'effettiva riscossione delle imposte sui consumi con riferimento alle forniture transnazionali di beni e servizi digitali. Tale lavoro richiede un'analisi estensiva dei diversi modelli di business nel settore.

Per condurre il lavoro relativo all'azione 1 del progetto BEPS l'OCSE ha istituito nel 2013 un'apposita *Task Force on Digital Economy* (TFDE)⁶⁰. La TFDE, riprendendo le fila dei lavori pregressi e dopo una nuova consultazione degli *stakeholders*⁶¹, ha pubblicato un rapporto intermedio nel settembre 2014⁶², finalizzato ad ottobre 2015 nella cornice della prima serie di risultati del progetto BEPS⁶³.

regola del nesso e di revisionare alcuni aspetti applicativi del *transfer pricing*. Pur ritenendo di fondamentale importanza l'implementazione del piano d'azione BEPS, nel rapporto si precisò che nel lungo periodo sarebbe stato opportuno riflettere su cambiamenti strutturali del sistema internazionale di tassazione delle imprese, anche valutando il passaggio a modelli basati sulla tassazione a destinazione dei flussi di cassa - *destination-based cash flow tax*. Per un'ulteriore e più recente riflessione su quest'ultimo punto si veda anche: Carpentieri L., Micossi S., Parascandolo P. (2019), *Tassazione d'impresa ed economia digitale*, Note e studi Assonime, 6/2019

<http://www.assonime.it/layouts/15/Assonime.CustomAction/GetPdfToUrl.aspx?PathPdf=http%3A%2F%2Fwww.assonime.it%2Fattivit -editoriale%2Fstudi%2FDocuments%2Fnote+e+studi+6-2019.pdf>

EU (2014) "Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy", May 2014, https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf

⁶⁰ La TFDE opera dal settembre 2013 in qualit  di corpo sussidiario del Comitato per gli Affari Fiscali dell'OCSE.   stata aperta alla partecipazione anche dei Paesi non membri dell'Organizzazione come associati paritari, al fine di conseguire soluzioni largamente condivise.

⁶¹ Il processo di consultazione si   tenuto a partire dal 24 marzo 2014, Confindustria ha contribuito alla posizione condivisa delle Confederazioni europee presentata da BUSINESSEUROPE, reperibile sul sito dell'OCSE al seguente link: <https://www.oecd.org/ctp/public-consultation-action-1-tax-challenges-digital-economy.htm>

⁶² OECD (2014) *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264218789-en>

⁶³ OECD (2015), *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>

Il rapporto sull'azione 1 ha ribadito, in primo luogo, le difficoltà insite nella ricerca di soluzioni mirate alla “*digital economy*”, intesa come un settore chiaramente circoscrivibile, data la natura ormai pervasiva assunta dall'ICT nel moderno contesto produttivo⁶⁴. Tale obiezione, come accennato, era già emersa durante i pregressi lavori sul tema, ma, ancor più a seguito del rapporto, è divenuta il punto fermo degli appelli avversi a soluzioni fiscali mirate sulle imprese di maggiore dimensione fortemente digitalizzate.

L'analisi compiuta dalla TFDE ha portato, in secondo luogo, all'individuazione di una serie di tratti comuni fiscalmente rilevanti nei modelli di business più digitalizzati, sintetizzati nel seguito:

- **mobilità**, intesa come mobilità degli asset immateriali, degli utenti e più in generale, delle funzioni svolte nelle imprese digitalizzate grazie ai processi di automazione e al contenimento del personale necessario per operare in un territorio.
- **utilizzo intensivo dei dati**, agevolato dai progressi nel campo informatico, come l'accresciuta capacità computazionale e di immagazzinamento delle informazioni, accompagnata dalla continua contrazione del costo delle apparecchiature;
- **presenza di effetti-rete**, cioè di meccanismi mediante i quali le decisioni di un utente si ripercuotono a beneficio di altri. Si pensi, ad esempio, alla partecipazione e all'attività di un soggetto su un social network a beneficio della sua cerchia di contatti, già iscritti o desiderosi di iscriversi allo stesso;
- **ricorso a modelli di business multilaterali**, in cui gruppi di soggetti interagiscono tra loro tramite una piattaforma, anche al fine di agevolare l'incontro della domanda e dell'offerta di beni o servizi. Si pensi ai gruppi di ristoratori, fattorini e clienti coinvolti in un business trilaterale di *food delivery* o a un gruppo di albergatori/locatori e uno di clienti in un modello bilaterale di vendita di servizi alberghieri/ricettivi;
- **tendenza al monopolio o all'oligopolio**, favorita in particolare nei modelli che poggiano estensivamente sugli effetti-rete e quindi sulla capacità di convogliare masse crescenti di utenti;
- **volatilità del mercato**, dovuta alla relativa assenza di barriere all'ingresso per i nuovi *player* e alla presenza di tecnologie in rapida evoluzione.

Alla luce di questo approfondimento, il rapporto sull'azione 1 ha inquadrato le sfide fiscali della digital economy in due ambiti d'intervento. Il primo è stato costruito sull'assunto che i modelli di business digitali non sollevassero di per sé nuove sfide dal punto di vista dei fenomeni BEPS, ma contribuissero, in alcuni casi, ad esacerbare quelle riscontrabili per la generalità delle imprese. In tale prospettiva, le “soluzioni anti-BEPS per la digital economy” avrebbero dovuto essere individuate, con alcune accortezze, nel perimetro delle ulteriori azioni del progetto, quali, ad esempio: l'azione 7, sull'aggiornamento del concetto di stabile organizzazione; le azioni 8-10, sul riallineamento della disciplina dei prezzi di trasferimento

⁶⁴ “Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes” Ibid. par. 115

ai nuovi processi di creazione del valore e l'azione 3, sui regimi per le società controllate estere (CFC)⁶⁵.

Vale la pena ricordare, a tale riguardo, come l'azione 7 abbia finito col proporre emendamenti rilevanti per il concetto di stabile organizzazione personale, con particolare riferimento alla nozione di agente dipendente, per contrastare l'utilizzo distorto dei *commissionaire arrangements* e dei fenomeni di *offshore rubber stamping*, che avevano interessato anche imprese digitalizzate⁶⁶. In esito alla stessa azione è stato proposto anche un adeguamento delle esclusioni previste in relazione al concetto di SO per le attività preparatorie e ausiliarie⁶⁷. Anche in questo caso si è trattato di misure potenzialmente rilevanti per le attività digitali, che, come accennato in precedenza, avevano in alcuni casi sfruttato il disallineamento tra attività un tempo pacificamente ritenute preparatorie o ausiliarie e le nuove modalità di business abilitate dagli sviluppi tecnologici⁶⁸.

Gli interventi concordati in base alle azioni 8-10 del progetto BEPS, hanno preso di mira le distorsioni nell'allocazione infragruppo degli *asset* immateriali e dei relativi rischi, tipicamente a vantaggio di *subsidiary* situate in giurisdizioni a bassa fiscalità (cd. *cash boxes*)⁶⁹. Ne sono emerse nuove istruzioni in materia di prezzi di trasferimento - trasposte

⁶⁵ Rispetto alle questioni richiamate hanno sicuramente assunto rilevanza per la digital economy anche le azioni volte al contrasto degli effetti dannosi dei regimi agevolativi (azione 5), contro il fenomeno del *treaty shopping* (azione 6), per il miglioramento della trasparenza fiscale attraverso la rendicontazione Paese per Paese di alcune informazioni relative ai gruppi multinazionali (azione 13 – Country by Country Reporting) e per la disclosure dei ruling fiscali.

⁶⁶ In termini generali, in un *commissionaire arrangement* un soggetto (il commissionario) opera in una giurisdizione in nome proprio ma per conto di un'impresa non residente (*principal*), proprietaria dei prodotti e dei servizi destinati ai clienti terzi. La rilevazione di una stabile organizzazione personale in relazione alla figura del commissionario risulta particolarmente delicata. In presenza di un agente indipendente, si ritiene, infatti, che l'impresa non residente interagisca solo indirettamente con la giurisdizione del mercato (senza dunque integrare i presupposti di una SO) mentre il commissionario, che fattivamente vi opera, non può essere tassato sui profitti derivanti dalla vendita dei beni e servizi intermediati, che non possiede, ma solo sulla commissione percepita a fronte del servizio reso. Il fenomeno dell'*offshore rubber stamping* rimanda, invece, a pratiche funzionali all'aggiramento della SO personale, riscontrate anche in imprese operanti nel comparto della pubblicità online, consistenti nella definizione *offshore*, automatica e senza modifiche, di contratti sostanzialmente negoziati nelle giurisdizioni del mercato. Le modifiche proposte nella cornice dell'azione 7 del progetto BEPS, volte a ripristinare la prevalenza della sostanza sugli aspetti formali, hanno stabilito l'impossibilità di qualificare agenti indipendenti i soggetti che detengono in modo continuativo il potere di concludere contratti in nome di un'impresa non residente, agevolando così la rilevazione di una SO nella giurisdizione in cui l'agente opera.

⁶⁷ Le modifiche in parola hanno spostato la valutazione della natura preparatoria o ausiliaria dalle singole attività (elencate nella cd. *negative list* di cui all'art. 5 par. 4) al complesso dell'attività svolta dall'impresa in un territorio, al fine di evitare azioni di aggiramento della SO mediante lo "spacchettamento" dell'attività stessa. È stata introdotta, al riguardo, una regola anti-frammentazione (art. 5, par. 4.1 del mod. OCSE), in base alla quale, in caso di svolgimento di più attività in uno Stato da parte di una o più imprese tra loro collegate, la stabile organizzazione deve ritenersi sussistente se le diverse attività risultano tra loro complementari e connesse, a meno che le stesse, unitariamente considerate, siano di carattere preparatorio o ausiliario. Il commentario all'articolo 5 ha inoltre chiarito che per ritenersi "preparatoria o ausiliaria" un'attività deve distinguersi da quelle che costituiscono una parte "essenziale e significativa" dell'attività complessivamente svolta. Le modifiche qui descritte, come anticipato, furono oggetto di dibattito già nei primi anni 2000, come possibili risposte per di adeguamento del sistema fiscale internazionale alla diffusione del commercio elettronico (supra par. 2.3).

⁶⁸ Un caso tipico è quello dei modelli di e-commerce B2C, dove la presenza di un mero magazzino dell'impresa non residente nella giurisdizione del mercato poteva essere qualificato come attività preparatoria o ausiliaria, irrilevante ai fini dell'individuazione di una (SO) anche nel caso in cui l'impresa avesse svolto altre attività connesse, ma formalmente frammentate, nella giurisdizione in questione, quali, ad esempio, la gestione di un sito web per la raccolta di ordini online di prodotti, venduti e spediti nella giurisdizione ricorrendo al sopra menzionato magazzino. Tali attività, valutate in aggregato, avrebbero potuto al contrario configurare una presenza economica rilevante ai fini fiscali.

⁶⁹ Il progetto BEPS, analizzando le strutture utilizzate da alcuni gruppi multinazionali, ha identificato vari schemi finalizzati all'erosione delle basi imponibili mediante il trasferimento della proprietà legale di *asset* immateriali e dei rischi connessi ad affiliate residenti in giurisdizioni a bassa fiscalità. In termini generali, queste ultime, da un lato operavano sottovalutazione dei beni loro trasferiti, sfruttando le difficoltà intrinseche nella valutazione degli *intangibles*, e dall'altro, in

nelle linee guida OCSE a partire dal 2016 - volte ad inquadrare correttamente i trasferimenti dei beni immateriali (azione 8), l'allocazione dei rischi e degli eccessi di capitale (azione 9) e la realizzazione di altre transazioni infragruppo ad alto rischio (azione 10). Si è trattato di tematiche particolarmente delicate per i business digitalizzati, data la rilevanza che gli *intangibles* rivestono nei loro processi di creazione di valore.

Le raccomandazioni elaborate in base all'azione 3, hanno sostenuto l'introduzione di regole fiscali efficaci per le imprese controllate estere (*Controlled Foreign Companies – CFC*), proponendo, a tal fine, un approccio modulare atto a favorire l'introduzione e l'efficientamento dei regimi CFC esistenti mediante sei blocchi di regole, utilizzabili in combinazioni diverse⁷⁰. Particolare attenzione è stata riservata ai redditi derivanti dai fattori più mobili, tipicamente conseguiti dalle imprese digitalizzate, quali quelli derivanti dallo sfruttamento di asset immateriali e delle vendite a distanza.

La seconda area d'intervento individuata dal rapporto sull'azione 1, è stata elaborata constatando come le nuove tecnologie digitali generino, per la fiscalità diretta⁷¹, problemi più ampi e profondi rispetto a quelli riconducibili al solo alveo delle misure anti-BEPS. Tali problemi sono stati legati alle tre questioni interconnesse **del nesso, dei dati, e della caratterizzazione (*nexus, data, characterisation*)**, per essere infine raccolte in un unico tema, ancor più nodale e politico: l'allocazione dei diritti impositivi tra giurisdizioni diverse.

Per quanto riguarda **il nesso**, nel rapporto della sull'azione 1 è stato evidenziato come lo sviluppo tecnologico non abbia cambiato la natura profonda delle attività svolte dalle imprese, ma ne abbia invece mutato le modalità di svolgimento. L'avvento del digitale ha ridotto i requisiti fisici e di prossimità territoriale un tempo indispensabili per la conduzione di un livello di attività economica significativo in una giurisdizione. Su ciò ha inciso anche l'impatto degli effetti rete nella creazione, da remoto, di una "massa critica" di utenti/clienti locali. Tali aspetti hanno contribuito a rendere ancor più dubbia l'adeguatezza dei principi tradizionalmente applicati per l'individuazione del nesso territoriale ai fini fiscali.

In merito ai **dati**, l'accento è stato posto sulla capacità del business di raccogliarli e utilizzarli su scala globale; evidenziando, in particolare, la necessità, e al tempo stesso la difficoltà, di valutare tali dati dal punto di vista economico e di inquadrarli sotto il profilo fiscale, soprattutto quando gli stessi risultino generati dagli utenti in relazione alla fornitura, anche gratuita, di prodotti o servizi da parte delle imprese digitalizzate.

Per quanto attiene alla **caratterizzazione**, infine, è stato osservato come lo sviluppo di nuovi prodotti e servizi digitali possa creare aree grigie nella connotazione, a fini fiscali, dei relativi pagamenti, con espresso richiamo alla caratterizzazione dei pagamenti effettuati

forza del titolo legale agli stessi, reclamavano parte significativa dei profitti realizzati dal gruppo facendo leva sui rischi assunti e sui finanziamenti erogati.

⁷⁰ I blocchi in questione sono relativi: alla definizione di controllata estera (1), all'individuazione di esenzioni e soglie di rilevanza (2), alla definizione di reddito (3), ai metodi di computo reddituale (4), ai metodi di attribuzione del reddito (5) e alla prevenzione e risoluzione delle controversie (6).

⁷¹ Il rapporto del 2015 ha indicato la presenza di sfide poste dalla *digital economy* anche in relazione alla fiscalità indiretta, con particolare riferimento alle modalità di riscossione delle imposte sui consumi a fronte della continua crescita del commercio elettronico, per un approfondimento sul punto si rinvia al capitolo 8 del richiamato rapporto. OECD (2015) *Action 1 final report* (supra n. 63)

per le soluzioni di *cloud computing* o, in un futuro non troppo distante, per i servizi relativi alla manifattura diretta favorita da una maggiore diffusione della stampa 3D⁷².

Presa coscienza delle richiamate ampie sfide, la TFDE ha soppesato una serie di possibili contromisure⁷³, valutandole, ancora una volta, nella cornice dei principi di Ottawa:

- (i) **L'introduzione di nuove regole di nesso basate sul concetto di "presenza economica significativa" (PES).** Con questa opzione è stata esplorata la possibilità di ritenere fiscalmente rilevante la presenza di un'impresa non residente quando sorretta da fattori che indichino un'interazione volontaria e continuativa con l'economia di un'altra giurisdizione, anche in assenza dei tradizionali presupposti materiali. Tra i fattori da considerare sono stati annoverati i redditi conseguiti localmente, in combinazione con fattori digitali (come la presenza di domini, siti web o piattaforme specificatamente rivolte al mercato locale; opzioni di pagamento in valuta locale, ecc.) ed indicatori relativi all'utenza locale (numero di utenti attivi mensilmente, numero di contratti conclusi, volume di contenuti digitali raccolti, ecc.). L'analisi della PES è stata arricchita con la valutazione di possibili regole per l'attribuzione dei profitti alla stessa⁷⁴.
- (ii) **L'applicazione di una ritenuta alla fonte per alcune tipologie di pagamenti,** effettuati da soggetti residenti (e da SO di soggetti non residenti) per l'acquisto *online* (o da remoto) di beni e servizi da fornitori non residenti. Tale opzione è stata valutata sia come soluzione a sé, sia come metodo di riscossione in combinazione con le nuove regole di nesso sopra descritte.
- (iii) **L'introduzione di un "prelievo di perequazione" (*equalization levy*),** una forma di imposizione indiretta, volta a risolvere le disparità di trattamento tra imprese residenti e non residenti dotate di una presenza economica significativa.

A causa delle numerose problematiche connaturate a ciascuna opzione, il rapporto sull'azione 1 non ne ha raccomandata alcuna, confidando in parte sugli impatti che le altre azioni del progetto BEPS avrebbero prodotto⁷⁵ e rimettendo ai singoli Paesi la facoltà di esplorare l'adozione di misure unilaterali, quali tutele aggiuntive rispetto ai rischi BEPS e ferma restando la dovuta osservanza dei rispettivi obblighi internazionali.

⁷² OECD(2015) *Action 1 final report* (supra n. 63) par. 380

⁷³ Alcune proposte analizzate dal TFDE nel rapporto intermedio sull'azione 1 presentato nel 2014 non sono state successivamente riproposte nella versione del 2015, anche a causa del sopraggiungere degli sviluppi relativi alle altre azioni del progetto (il tema delle attività preparatorie o ausiliarie è stato, ad esempio, assorbito dall'azione 7). Tra le contromisure omesse vale la pena accennare alla riproposizione di un'imposta sull'utilizzo delle reti informatiche affine alla bit tax discussa in precedenza in questo documento. OECD (2014) *Action 1 report* (supra n. 62) par. 8.2.1.5

⁷⁴ Sono stati presi in considerazione anche profondi adattamenti delle regole e dei principi esistenti di *profit allocation*, come, ad esempio, la sostituzione dell'attuale modello di analisi funzionale con analisi basate sulla teoria dei giochi, fino ad ipotesi di allocazione frazionata dei profitti con formule prestabilite o metodi di attribuzione presuntiva. OECD (2015) *Action 1 final report* (supra n. 63) par. 7.6.2. Si veda anche, Pellefigue J. (2015) *Transfer Pricing Economics for the Digital Economy*, International Transfer Pricing Journal, Vol. 22, issue 2,

⁷⁵ "None of the other options analysed by the TFDE, namely (i) a new nexus in the form of a significant economic presence, (ii) a withholding tax on certain types of digital transactions, and (iii) an equalisation levy, were recommended at this stage. This is because, among other reasons, it is expected that the measures developed in the BEPS Project will have a substantial impact on BEPS issues previously identified in the digital economy, that certain BEPS measures will mitigate some aspects of the broader tax challenges, and that consumption taxes will be levied effectively in the market country" – OECD (2015), *Action 1 final report* (supra n. 63) pag. 13

3) I NUOVI SVILUPPI – SOLUZIONI PER UN'ECONOMIA DIGITALIZZATA

3.1 L'interim report del 2018 tra rischi BEPS e revisione sistemica

Raggiunti i primi risultati politici del progetto BEPS, il G20 ne ha caldeggiando una vasta e condivisa implementazione, invitando l'OCSE a coinvolgere, su un piano paritetico, un maggior numero di Paesi, inclusi quelli in via di sviluppo. In risposta a tale appello è stato istituito a giugno 2016 l'*Inclusive framework on BEPS (IF)*⁷⁶ al quale hanno aderito in breve tempo oltre 110 giurisdizioni, interessate a proseguire il lavoro sui rischi di erosione e *profit shifting*⁷⁷. Con la creazione dell'IF è stato rinnovato anche il mandato della *Task Force on Digital Economy*, chiamata ad assistere i partecipanti ai nuovi lavori sugli aspetti di policy, legali, amministrativi e tecnici relativi all'economia digitalizzata, nonché ad elaborare un rapporto intermedio su tali profili entro il 2018 ed uno conclusivo entro il 2020⁷⁸. La TFDE ha ripreso il proprio lavoro tenendo conto dei continui sviluppi della tecnologia digitale, delle misure fiscali unilaterali adottate *medio tempore* da alcuni Paesi e degli impatti del pacchetto BEPS. Dopo un'ulteriore processo di consultazione degli *stakeholders*⁷⁹, il 16 marzo 2018 l'atteso rapporto intermedio è stato pubblicato con il titolo "*Tax Challenges Arising From Digitalisation – Interim Report*"⁸⁰. Nel documento è stata condotta un'analisi, se possibile ancor più approfondita e ricca delle precedenti, sui mutamenti economici indotti dalla digitalizzazione nelle imprese e sulle conseguenze di tale processo per la tenuta del sistema fiscale.

La prima parte del rapporto ha passato in rassegna le modalità di creazione del valore nei modelli di business digitali, spesso indicate come il fulcro delle criticità riscontrate sul piano tributario. Sono stati individuati tre distinti processi di creazione del valore (*value chain*, *value network* e *value shop*⁸¹) e, anche ricorrendo ad alcuni *case study*⁸², è stata

⁷⁶ Per un approfondimento sul primo periodo di operatività dell'*Inclusive framework* si veda: OECD (2017), *Inclusive framework on BEPS, progress report July 2016-June 2017*,

<https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-BEPS-progress-report-july-2016-june-2017.pdf>

⁷⁷ Il mandato conferito all'*Inclusive framework*, oltre al completamento dei lavori BEPS ancora in corso, ha previsto il monitoraggio dell'implementazione dei 4 standard minimi concordati in esito al progetto (relativi alle azioni 5, 6, 13 e 14) e su altri aspetti (inclusa l'azione 1 sulla digital economy e 11 sulla misurazione dei fenomeni BEPS). L'IF è stato inoltre incaricato di individuare gli strumenti atti a favorire l'implementazione delle contromisure BEPS nei Paesi in via di sviluppo.

⁷⁸ Informazioni in merito alla composizione e al nuovo mandato conferito alla *task force* sono reperibili sul portale dedicato agli organismi OCSE:

<https://oecdgroups.oecd.org/Bodies/ShowBodyView.aspx?BodyID=7608&BodyPID=11524&Lang=en&Book=True>

⁷⁹ Il processo di consultazione si è tenuto dal 22 settembre al 13 ottobre 2017, ed è culminato in un incontro a Berkeley (California) il 1 novembre dello stesso anno. <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>

⁸⁰ OECD (2018), "*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*", Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>

⁸¹ La *value chain* interpreta l'idea di creazione del valore come conversione di input in output attraverso una catena di attività distinte, ma collegate e sequenziali. Costituisce una rappresentazione per l'esame sistematico delle attività svolte dall'impresa, dal design, alla produzione, passando per la vendita, la consegna ed il supporto. Il concetto di *value network* è frutto di un'evoluzione teorica nell'analisi dei processi di creazione del valore, influenzata dagli sviluppi economici del XXI secolo caratterizzati dalla diffusione della produzione di massa dei servizi. L'idea di *value network* fonda sulla presenza di una tecnologia di intermediazione utilizzata dall'operatore di una piattaforma per interconnettere nello spazio e nel tempo i propri clienti e per facilitare lo scambio di relazioni tra questi. Il processo di *value shop*, infine, è caratterizzato dall'utilizzo intensivo di una tecnologia per rispondere a specifiche necessità di una tipologia di

appurata una generale evoluzione dell'attività d'impresa. Per comprendere meglio tali mutamenti sono state estrapolate le caratteristiche comuni ai modelli di business digitali, rifinando, di fatto, il lavoro già avviato con il rapporto del 2015. I tratti comuni in questione, per i quali è stata preconizzata una diffusione concomitante con l'estensione della digitalizzazione a nuovi contesti, sono i seguenti:

- **crescita transnazionale senza massa:** la digitalizzazione consente alle imprese l'agevole dislocazione delle fasi produttive in una molteplicità di giurisdizioni; al tempo stesso permette di raggiungere un enorme numero di clienti/utenti, in assenza di consistenze fisico-infrastrutturali nei diversi territori (o con presenze ridotte e irrilevanti ai fini fiscali);
- **affidamento sui beni immateriali:** le imprese digitalizzate sono accomunate dalla crescente importanza degli investimenti in beni immateriali ed in particolare nella proprietà intellettuale (algoritmi, software per il funzionamento delle piattaforme digitali, ecc), prodotta internamente o acquisita da soggetti terzi;
- **dati, partecipazione degli utenti e sinergie con la proprietà intellettuale:** il beneficio economico dei dati⁸³ tende a crescere con la quantità e la varietà di informazioni raccolte (soprattutto in relazione al singolo utente/consumatore). Al tempo stesso, non è però riscontrabile una correlazione diretta tra il livello di partecipazione, più o meno attiva, degli utenti al business digitale ed il grado di digitalizzazione di quest'ultimo⁸⁴.

I Paesi coinvolti nell'IF hanno concordato nel ritenere i dati e la partecipazione degli utenti tratti caratterizzanti dei processi di digitalizzazione delle imprese; tuttavia, si è formata una spaccatura profonda sull'effettivo ruolo e sul peso che detti elementi rivestirebbero nei processi di creazione del valore. Idealmente, possono essere individuate due posizioni, per quanto non nette:

1. Alcuni Paesi partecipanti all'IF hanno sostenuto che i dati e la “partecipazione attiva”⁸⁵ degli utenti possano effettivamente generare valore e costituire il collante

cliente/utente (*single-side market*), in un processo integrato, che non risponde dunque alle logiche delle catene o delle reti del valore. Per un più compiuto approfondimento su questi aspetti si veda OECD (2018) *Interim report* (supra n. 80) par. 65 e ss.

⁸² L'analisi ha riguardato i seguenti modelli: rivenditori *online* di beni tangibili, piattaforme multilaterali, *social network* e servizi di *cloud computing*.

⁸³ Esaminando le modalità con cui i dati entrano nei processi di creazione del valore l'OCSE ha delineato un processo multi fase. Nella prima fase (*data origination*) i dati sono originati mediante attività e transazioni che avvengono online, e sempre più frequentemente offline con la diffusione di dispositivi interconnessi dotati di sensori (*internet of things – IoT*). Nella seconda fase (*data collection*) i dati sono raccolti e immagazzinati per la creazione di grandi *dataset* (*big data*) di valore tipicamente limitato senza ulteriori analisi o manipolazioni; si tratta tuttavia di asset altamente mobili ed i luoghi in cui si trovano possono non corrispondere con quelli in cui i dati sono stati prodotti. Nella terza fase (*data analytics*) i dati vengono elaborati per estrarne informazioni utili; l'analisi può essere condotta ovunque da *data scientist* o mediante algoritmi. Nella quarta fase (*knowledge base*) le informazioni estratte mediante l'analisi dei dati vengono sommate e modellate per risultare funzionali alle attività del business (ad esempio per creare differenziazioni di prezzo nel commercio online, per calibrare la pubblicità mirata, ecc), la *knowledge base* può essere migliorata e aggiornata continuamente anche attraverso processi automatizzati (*machine learning*). Nella quinta e ultima fase (*data driven decision making*) la base di conoscenze precedentemente creata trova impiego concreto, orientando le decisioni dell'impresa e creando così valore. OECD (2018) *Interim report* (supra n. 80) par. 142

⁸⁴ A titolo esemplificativo, in modelli ritenuti più avanzati dal punto di vista della digitalizzazione, quali il *cloud computing*, è stato riscontrato un ruolo relativamente limitato degli utenti

⁸⁵ Una differenziazione rilevante impostata nel rapporto concerne il grado di attività degli utenti. La partecipazione passiva è stata ricondotta a modalità di raccolta di dati che avvengono in presenza di un grado di coinvolgimento e di consapevolezza relativamente basso da parte degli utenti, ad esempio attraverso l'utilizzo dei cookies durante la

dei noti effetti-rete frequentemente rilevati nelle imprese digitalizzate. In questa prospettiva, il contributo degli utenti, come ad esempio, la scrittura di una recensione o il caricamento di una fotografia su una piattaforma digitale, risulterebbe cruciale per instaurare il clima di fiducia e la crescita reputazionale necessaria ai *brand* del digitale per acquisire rilevanza e valore nel mercato. L'utilizzo dei dati per estendere il raggio d'azione delle piattaforme multilaterali o per somministrare pubblicità mirate agli utenti, costituirebbe parte integrante di un processo di creazione del valore che avviene essenzialmente nella giurisdizione in cui gli utenti si trovano, anche se la piattaforma è gestita, ed i servizi sono forniti, da remoto e in assenza di infrastrutture locali. Per i Paesi che condividono tale visione, la partecipazione degli utenti (o se si preferisce lo sfruttamento dei dati da essi generati) costituirebbero dunque elementi di un rapporto nuovo e sostanzialmente diverso dal mero consumo di un servizio digitale.

2. Di opinione opposta, gli Stati che hanno inquadrato la partecipazione degli utenti alla stregua di un rapporto di interscambio. Fornendo i propri dati (consapevolmente o meno), gli utenti offrirebbero una compensazione di natura non monetaria a fronte di servizi erogati "gratuitamente" dalle imprese del digitale (si pensi alla raccolta dei dati degli utenti al consumo di servizi di ricerca su internet, di *hosting* di contenuti digitali, di posta elettronica, di messaggistica istantanea, ecc). Si tratterebbe pertanto di un processo di creazione del valore imputabile, almeno in parte, agli utenti (la creazione del contenuto) e non direttamente e integralmente all'impresa. Quest'ultima acquisirebbe infatti i dati alla stregua di un qualsiasi altro input produttivo. Pur riconoscendo la possibilità che si realizzi uno scambio utente-impresa di natura essenzialmente commerciale, i sostenitori di tale approccio hanno messo in risalto la difficoltà insite nella cattura di un simile fenomeno sul piano fiscale in applicazione delle regole vigenti (ad esempio inquadrandolo nelle logiche dell'*arm's length principle*), considerata l'assenza di una transazione di natura finanziaria e di un relativo prezzo di trasferimento^{86 87}.

Come osservato in precedenza, il rapporto del 2015 sull'azione 1 aveva concluso che la digitalizzazione non sollevasse specifiche problematiche BEPS, ma contribuisse ad esacerbare quelle riscontrate per la generalità delle imprese, oltre a creare "sfide più ampie" attinenti ai principi della fiscalità internazionale. La prima constatazione aveva portato a ritenere un'ampia implementazione del pacchetto anti BEPS varato nel 2015, con le dovute accortezze, sufficiente ad arginare buona parte delle distorsioni fiscali rilevate anche per le imprese più digitalizzate. Coerentemente con tale orientamento

navigazione sul web. La partecipazione attiva, al contrario è stata collegata ad azioni volontarie ed esplicite degli utenti, come l'inserimento consapevole di informazioni e contenuti digitali sulle piattaforme. In ogni caso il grado di coinvolgimento degli utenti potrebbe essere influenzato dall'azione delle imprese. OECD (2018) *Interim report* (supra n. 80) par. 147

⁸⁶ Alcuni dei Paesi che hanno condiviso questo approccio hanno tuttavia riconosciuto che il contributo degli utenti non possa essere semplicemente ignorato perché difficile da misurare, sottolineandone la rilevanza dal punto di vista della creazione e dello sviluppo dei beni immateriali delle imprese digitali.

⁸⁷ Considerazioni analoghe sono state ampiamente discusse in dottrina, per una ricognizione sul punto si veda ad esempio Becker, J. and Englisch, J. (2018), *Taxing Where Value is Created: What's 'User Involvement' Got to Do With It?*, Intertax vol. 47, issue 2, <https://ssrn.com/abstract=3258387>.

l'interim report ha dedicato un capitolo alla verifica degli effetti (prodotto o attesi) del progetto BEPS sull'economia digitalizzata, sottoscrivendo al riguardo solo un parziale successo. Le contromisure adottate sono state ritenute efficaci per specifici schemi di pianificazione fiscale aggressiva, resi non più praticabili o economicamente svantaggiosi⁸⁸; d'altro canto è stata però rimarcata un'implementazione ancora limitata del pacchetto stesso, accompagnata dall'insufficienza di dati utili ad una valutazione esaustiva dei suoi effetti. I risultati concreti sono stati ricondotti perlopiù ad evidenze aneddotiche riguardo le mutate strategie di alcune imprese del digitale. L'impatto del pacchetto anti-BEPS è apparso particolarmente limitato (come peraltro nelle attese) in relazione alla seconda area di attenzione, quella attinente alle c.d. sfide più ampie poste dal digitale alla fiscalità⁸⁹.

Nel capitolo dell'interim report dedicato a tali sfide (capitolo 5), è stato osservato come l'espansione del fenomeno della **crescita transnazionale senza massa** possa condizionare la distribuzione dei diritti impositivi tra Stati, riducendo il numero di luoghi in cui i profitti di una multinazionale vengono tassati. Per **gli asset immateriali** hanno trovato conferma, anche dopo il progetto BEPS, i timori relativi alla mobilità e alla difficile individuazione di chiare connessioni tra i profitti ad essi attribuiti ed il concreto svolgimento dell'attività economica. In particolare, sono state messe in luce le criticità inerenti all'identificazione della proprietà e alla localizzazione di alcune categorie di asset immateriali largamente impiegati dalle imprese digitali⁹⁰. È stato inoltre fatto cenno alla facoltà dei gruppi multinazionali di continuare a compiere dislocazioni strumentali dei profitti, costituendo nelle giurisdizioni del mercato entità che, non svolgendo funzioni rilevanti in relazione agli asset immateriali (di maggior valore) – cd. funzioni DEMPE⁹¹ -

⁸⁸ Tra le strategie che il rapporto ha richiamato come bloccate o scoraggiate: l'ingiusto sfruttamento dei regimi agevolativi relativi alla proprietà intellettuale (*patent box*) contrastato con la necessità di collegare i beni immateriali agevolati ai soggetti ed ai luoghi in cui avviene il loro sviluppo (cd. *nexus approach*); 2) i meccanismi di *treaty shopping* con sfruttamento di società *conduit* ed il ricorso a *rulings* opachi per i quali è ora stabilita la *disclosure* e la condivisione tra amministrazioni fiscali; 3) l'utilizzo delle cd. *cash box entities*, cioè di società ricche di capitali che finanziano, da giurisdizioni a bassa fiscalità, lo sviluppo di asset immateriali non avendo però capacità di controllo sui rischi associati all'investimento; 4) l'aggiramento della creazione del *nexus* fiscale (SO) mediante lo sfruttamento dei profili incerti relativi alla figura dell'agente dipendente e la frammentazione delle operazioni. OECD (2018) *Interim report* (supra n. 80) par. 307 e ss.

⁸⁹ Ibid. par. 311 e ss.

⁹⁰ Il riferimento è in particolare al cosiddetto *Knowledge Based Capital*, classificato generalmente in tre distinte categorie: informazioni computerizzate (quali software e database), proprietà innovative (brevetti, marchi commerciali, disegni, copyright) e competenze economiche (*brand equity*, capitale umano con competenze specifiche, reti di contatti personali e istituzionali, *know-how* organizzativo).

⁹¹ Con l'acronimo DEMPE sono indicate nella disciplina dei prezzi di trasferimento, come modificata in conseguenza delle azioni 8-10 del progetto BEPS, le funzioni rilevanti per l'allocazione della proprietà economica dei beni immateriali. "Nei casi di determinazione dei prezzi di trasferimento relativi ai beni immateriali, è fondamentale l'identificazione dell'entità o delle entità appartenenti a un gruppo multinazionale titolari effettive del diritto a una quota dei profitti generati dal gruppo per lo sfruttamento dei beni immateriali. Una problematica correlata riguarda l'individuazione dell'entità o delle entità del gruppo che, in via definitiva, sopportano i costi, gli investimenti e gli altri oneri associati allo sviluppo, al miglioramento, al mantenimento, alla protezione e allo sfruttamento dei beni immateriali (*development, enhancement, maintenance, protection and exploitation* o funzioni DEMPE). Sebbene il titolare giuridico di un bene immateriale possa ricevere utili dallo sfruttamento dello stesso, altre entità dello stesso gruppo multinazionale potrebbero aver svolto funzioni, usato beni o assunto rischi che potrebbero aver contribuito al valore del bene immateriale. Le entità del gruppo multinazionale che svolgono tali funzioni, usano i beni e assumono i rischi devono essere ricompensate per i loro contributi sulla base del principio di libera concorrenza." OECD (2017), *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (supra n. 26) cap 7, B. p. 6.32

non acquisiscono titolo a remunerazioni significative (cd. *limited risk distributors – LRD's*). Infine, sul **ruolo degli utenti** è stata ricordata la necessità di ricomporre la spaccatura venutasi a creare (e sopra descritta), sia per quanto concerne la loro possibile rilevanza nei processi di creazione del valore, sia per quanto attiene al loro peso nella definizione del nesso territoriale imponibile.

Alla luce dell'analisi svolta dall'OCSE, i membri dell'*Inclusive Framework*, pur intenzionati a cooperare per individuare una soluzione globale, hanno manifestato posizioni discordanti.

Per alcuni Paesi (gruppo I), il disallineamento tra i luoghi in cui viene generato il valore ed i luoghi in cui sono tassati i profitti delle imprese digitalizzate non deriverebbe tanto da fenomeni elusivi, quanto da peculiarità nell'interazione utente-impresa non adeguatamente considerate dal sistema fiscale attuale. Ritenendo il problema limitato a pochi modelli di business altamente digitalizzati, tali Paesi si sono detti favorevoli ad interventi circoscritti, evitando revisioni strutturali dei principi fiscali vigenti.

Un secondo gruppo di partecipanti all'IF (gruppo II) ha sostenuto che i processi di digitalizzazione, e più in generale di globalizzazione economica, siano corresponsabili di una crisi irreversibile dei tradizionali paradigmi della fiscalità internazionale. Le sfide della digitalizzazione non risulterebbero quindi circoscrivibili a pochi soggetti altamente digitalizzati, giacché l'evoluzione tecnologica ed economica permetterebbe (o sarebbe in procinto di permettere) a tutte le imprese di operare in altre giurisdizioni allocandovi una quota contenuta dei profitti globali, o evitando del tutto la creazione di legami fiscali. In questa prospettiva, l'enfasi posta sulla "*digital economy*" nei lavori precedenti risulterebbe fuorviante e - come di fatto sta avvenendo nel dibattito più recente - andrebbe riorientata in favore dell'attenzione alle sfide fiscali poste dalla digitalizzazione dell'intera economia. Non tutti i Paesi che hanno sostenuto il sopracitato approccio estensivo hanno tuttavia condiviso l'idea che i dati e la partecipazione degli utenti contribuiscano a creare valore nelle giurisdizioni in cui gli utenti si trovano.

Da ultimo, un terzo insieme di Paesi (gruppo III) ha espresso fiducia nel sistema fiscale vigente, sottolineando come il progetto BEPS, correttamente e diffusamente applicato, fornirebbe una risposta sufficiente alle sfide fiscali della digitalizzazione. Anche all'interno di questo gruppo sono emerse spaccature in merito alla rilevanza del ruolo degli utenti nella creazione del valore.

Da questo variegato spettro di posizioni, l'OCSE ha distillato un consenso maggioritario per l'esplorazione di soluzioni di compromesso atte a ridefinire i principi del nesso (*nexus*) e quelli che sovrintendono l'allocazione dei profitti (*profit allocation*), fermo restando il raggiungimento di una soluzione definitiva entro il 2020, con una nuova tappa intermedia nel 2019.

3.2 Nuove proposte per affrontare le sfide della digitalizzazione

Dopo l'*interim report* del 2018, l'OCSE ha intensificato i propri lavori sul dossier della fiscalità digitale fino alla pubblicazione, il 23 gennaio 2019, di una *Policy Note*⁹² in cui i Paesi partecipanti all'*Inclusive Framework* hanno esplicitato la volontà di vagliare nuove proposte. Pochi giorni dopo la pubblicazione della nota è stata avviata una consultazione pubblica degli *stakeholders*⁹³, accompagnata dalla diffusione di un *discussion document* con cui sono state illustrate, in sintesi, le nuove iniziative⁹⁴.

Le nuove proposte al vaglio dell'IF sono state suddivise in due pilastri. Il primo, come concordato nella cornice dell'*interim report*, relativo alle modifiche della regola del nesso e dell'allocazione dei profitti delle imprese; il secondo pilastro, invece, afferente alle questioni BEPS rimaste irrisolte. Poiché le problematiche affrontate nei due pilastri tendono a sovrapporsi, l'IF ha ritenuto opportuno discuterle in parallelo, nel tentativo di massimizzare la creazione di punti di incontro e raggiungere così una soluzione che convogli l'auspicato consenso globale⁹⁵.

All'interno del primo pilastro sono state avanzate tre distinte proposte, accomunate dal richiedere modifiche simultanee alla regola del nesso e alle modalità di allocazione dei profitti⁹⁶, nonché dall'essere orientate all'ampliamento della potestà impositiva delle giurisdizioni del mercato.

3.2.1 Il primo pilastro

a) La proposta sulla partecipazione degli utenti

La prima proposta, denominata, non a caso, "proposta sulla partecipazione degli utenti" (*user participation proposal*) fa leva sull'idea che il coinvolgimento continuo e attivo degli utenti, generalmente sollecitato dalle imprese, costituisca un fattore fondamentale dei processi di creazione del valore di alcuni modelli di business altamente digitalizzati. In particolare il ruolo degli utenti risulterebbe centrale per:

⁹² OECD (2019), "Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy – Policy Note", January 2019, <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>

⁹³ La consultazione si è tenuta dal 13 febbraio all'8 marzo 2019, ed è culminata in una Conferenza tenutasi a Parigi il 13 e 14 marzo 2019. Confindustria ha contribuito alla posizione presentata da BUSINESSEUROPE reperibile sul sito dell'OCSE al seguente link: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>

⁹⁴ OECD (2019), "Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy – Public consultation document" February 2019, <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>

⁹⁵ Le proposte classificate nei due diversi pilastri hanno origini distinte e riflettono le spaccature già palesatesi all'interno dell'*inclusive framework*. Nel dibattito politico per ciascuna è stato individuato un Paese capofila: la proposta sulla partecipazione degli utenti è sostenuta, tra gli altri, dal Regno Unito, quella sui *marketing intangibles* dagli Stati Uniti, quella sulla presenza economica significativa dall'India (e da altri paesi in via di sviluppo); infine, l'iniziativa per una minimum tax globale è di matrice franco-tedesca.

⁹⁶ Particolare enfasi è stata posta sulla necessità di affrontare contestualmente le questioni del nesso e dell'allocazione dei profitti per addivenire a soluzioni efficaci. Nonostante il tema del nesso sia stato interessato dalle modifiche proposte in esito all'azione 7 del progetto BEPS, il documento di discussione ha ribadito la persistenza delle criticità (già richiamate nell'*interim report* del 2018) attinenti alla possibilità per i gruppi multinazionale di creare *limited risk distributors* (LRD's) nelle giurisdizioni del mercato.

- **le piattaforme di *social media***, popolate dai contenuti generati dagli utenti, la cui qualità e quantità è determinante per la capacità di produrre ricavi (siano essi ottenuti dagli utenti stessi o da terzi inserzionisti di pubblicità mirata);
- **i motori di ricerca**, che, in maniera analoga ai *social media*, usano i contenuti direttamente o indirettamente forniti dagli utenti (siti web, dati di navigazione, ecc.), anche al fine di migliorare le *performance* del proprio servizio a vantaggio degli altri utenti e/o per generare ricavi pubblicitari;
- **marketplace online**, il cui successo è legato all'ampiezza della rete degli utenti, alla varietà dei beni e servizi da questi offerti sulla piattaforma e agli altri compiti che gli stessi utenti svolgono nel regolare gli scambi (ad esempio, certificando l'affidabilità dei beni e dei servizi mediante recensioni).

L'adeguamento delle regole di nesso e allocazione dei profitti dovrebbe riguardare, di conseguenza, solo le sopracitate tipologie di attività (ed eventualmente altre con simile grado di digitalizzazione), ed essere volto ad incrementare il potere impositivo delle giurisdizioni in cui il valore è creato, coincidenti, in sostanza, con quelle in cui si trovano gli utenti.

Con riferimento alle dinamiche applicative, è stato proposto che il calcolo dell'imponibile da attribuire alla giurisdizione degli utenti avvenga con metodi di ripartizione dell'utile residuale o non routinario⁹⁷ (*non routine or residual profit split*), delineando nel documento di consultazione, a titolo esemplificativo, la seguente procedura:

- a) Valorizzazione, in applicazione dell'ALP, delle attività routinarie ed individuazione del profitto residuo;
- b) attribuzione di una parte del profitto residuo alle attività svolte dagli utenti, ricorrendo ad informazioni qualitative e/o quantitative o a percentuali prestabilite;
- c) allocazione della quota così individuata alle giurisdizioni in cui l'impresa ha degli utenti, utilizzando fattori prestabiliti per il riparto (ad esempio il volume dei ricavi conseguiti localmente);
- d) assegnazione alle giurisdizioni del potere impositivo, indipendentemente dalle vigenti regole sul nesso.

Tra gli elementi a sostegno della proposta è stata evidenziata la possibilità di applicare prassi consolidate nella valorizzazione delle attività routinarie, limitando gli approcci innovativi alla redistribuzione dei profitti residuali, peraltro per un novero ristretto di attività. D'altro canto, possibili difficoltà applicative sono state prefigurate, in primo luogo, per il calcolo dei profitti non routinari all'interno dei gruppi multinazionali⁹⁸ ed in secondo luogo, per la necessità di raggiungere un accordo internazionale sulle metriche e sui fattori di

⁹⁷ E' stata contemporaneamente scartata la possibilità di determinare il valore creato dalla partecipazione degli utenti applicando direttamente *l'arm's length principle*, ad esempio considerando la base-utenti alla stregua di un'entità separata e distinta localizzata nella giurisdizione, operante a condizioni di mercato nei suoi rapporti con le parti dell'impresa non residente. OECD (2019), *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy* (supra n. 94) par. 23

⁹⁸ Soprattutto a livello di linee di business, posto che la proposta considererebbe rilevante la partecipazione degli utenti solo per alcune attività (*social media*, motori di ricerca, *marketplaces*), che sovente costituiscono solo una parte di quelle svolte a livello di singola entità.

ripartizione dell'imponibile⁹⁹. Ciò posto, è stata sottolineata l'opportunità di accompagnare la proposta sulla *user participation* con regole volte al contenimento e alla risoluzione delle possibili controversie internazionali.

b) La proposta sui marketing intangibles

La seconda proposta avanzata nel perimetro del primo pilastro fa leva sul concetto di "*marketing intangible*" (MI), nozione con cui, nella disciplina dei prezzi di trasferimento, sono identificati i beni immateriali che contribuiscono alle attività di marketing e di vendita delle imprese. A seconda del contesto, tali beni possono comprendere i marchi ed i nomi commerciali, le liste-clienti, le relazioni con la clientela e la disponibilità di informazioni sul mercato e sulla clientela. È in relazione a tali beni intangibili che la proposta individua un collegamento funzionale con le giurisdizioni del mercato¹⁰⁰ (atto a consentire l'assegnazione a queste del potere impositivo), sulla base di due considerazioni:

- i nomi ed i marchi commerciali, avrebbero un valore che scaturisce da una predisposizione positiva che si crea nella mente dei clienti/utenti e dunque nel mercato in cui questi si trovano;
- gli altri MI sarebbero in essenza il prodotto di interventi attivi dell'impresa nel mercato, espressamente rivolti ai clienti/utenti che vi si trovano.

Sulla base di tali riflessioni, la proposta suggerisce di modificare tanto le regole convenzionali quanto la disciplina dei prezzi di trasferimento, per riconoscere maggiori diritti impositivi alle giurisdizioni del mercato sulla totalità o su parte dei profitti non routinari attribuibili ai MI e all'assunzione dei relativi rischi, anche in mancanza dei presupposti per l'individuazione di un nesso fiscalmente rilevante tra l'impresa proprietaria dei MI ed il territorio in cui questi sono creati (nesso che verrebbe stabilito di conseguenza)¹⁰¹.

Tratto fondamentale della proposta sui MI è la volontà dei suoi sostenitori di richiederne un'applicazione ampia e trasversale, rivolta cioè alla generalità delle imprese e non ai soli modelli di business maggiormente interessati dalla digitalizzazione.

La proposta sui MI è stata descritta anche come un'opera di completamento delle iniziative anti-BEPS relative agli *asset* immateriali (azioni 8-10). L'impatto di queste si sarebbe infatti manifestato sui soli *trade intangibles* (brevetti, modelli, ecc.), caratterizzati dall'essere il frutto di attività più facilmente osservabili in specifici luoghi (come le attività di R&S)¹⁰²,

⁹⁹ Il riferimento è, in particolare, alle informazioni da considerare, o alle percentuali da applicare, per "pesare" il contributo degli utenti e all'individuazione delle chiavi di allocazione territoriale dell'imponibile (punti b e c della procedura).

¹⁰⁰ Tale collegamento è ritenuto esclusivo per i *marketing intangibles* e non riguarda dunque gli altri beni immateriali posseduti dalle imprese (c.d. *trade intangibles*, quali ad esempio i brevetti, modelli, ecc). A supporto di tale esclusione è stato osservato come questi ultimi non abbiano specificità connesse al mercato in cui sono utilizzati.

¹⁰¹ Nel *discussion document* è stato osservato che la ratio alla base della proposta sui MI non rimanda soltanto all'esistenza di una domanda di beni e servizi nei mercati cosiddetti "di sbocco", fattore indipendente dall'azione delle imprese e storicamente ritenuto insufficiente per l'assegnazione di diritti impositivi, ma pone invece l'accento sull'azione delle imprese nel mercato stesso (riflessa nella costruzione dei MI) inserendosi così a pieno titolo nei paradigmi vigenti nella tassazione internazionale delle imprese, definiti nel rispetto della dottrina dell'*economic allegiance*.

¹⁰² Tale caratteristica, ovvero la possibilità di tracciare più agevolmente una connessione geografica tra le attività rilevanti attinenti ai *trade intangibles*, rispetto ai MI, ha influenzato anche l'azione 5 del progetto BEPS (conclusasi con il supporto a regimi agevolativi per i *trade intangibles* - in osservanza del *nexus approach* - ma non anche per i MI).

risultando, al contrario, limitato o assente sulla categoria dei MI. Questi sarebbero dunque ancora oggetto di strategie finalizzate alla dislocazione delle relative remunerazioni al di fuori delle giurisdizioni in cui sono generati ed effettivamente utilizzati, con un'intensità crescente rispetto al passato¹⁰³.

Sul piano applicativo, la proposta sui MI, come quella sulla partecipazione degli utenti, ha richiamato la possibilità di ridistribuire i soli profitti residuali attinenti a tale tipologia di beni immateriali, ipotizzando a tal fine due distinti approcci: il primo, imporrebbe la determinazione di un correttivo riguardante i MI¹⁰⁴, mentre il secondo richiederebbe un percorso di determinazione e allocazione dei profitti più simile a quello già descritto nella proposta sulla partecipazione degli utenti¹⁰⁵ (vedi sopra). In entrambi i casi, una volta determinata la parte dei profitti residuali, occorrerebbe ripartirla a favore delle giurisdizioni del mercato sulla scorta di criteri prestabiliti, quali, ad esempio, il volume dei ricavi realizzati in ciascun territorio¹⁰⁶.

c) La proposta sulla “Presenza Economica Significativa”

La terza e ultima proposta contenuta nel primo pilastro richiama il concetto di Presenza Economica Significativa (PES), già diffusamente esplorato nella cornice dell'azione 1 del progetto BEPS¹⁰⁷. La PES porterebbe all'individuazione di una presenza fiscalmente rilevante in una giurisdizione sulla scorta dell'intenzionalità e della persistenza dell'interazione economica tra l'impresa non residente e la giurisdizione stessa. Detta interazione verrebbe valutata sulla base di una combinazione di fattori, sia di natura economico-quantitativa (volume di ricavi conseguito localmente), sia tecnologico-fattuale (esistenza di una base-utenti, mantenimento da parte dell'impresa di un sito web in lingua locale, di sistemi di fatturazione e pagamento specifici per il mercato locale, ecc.¹⁰⁸).

Diversamente dalle proposte esaminate finora, l'iniziativa sulla PES ha suggerito l'utilizzo di metodi di allocazione frazionata dei profitti globali dell'impresa. In tal senso, sul piano

¹⁰³ Il *discussion document* rilasciato dall'OCSE sottolinea in più punti come i MI possano dar luogo a fenomeni di *profit shifting*, essendo utilizzati nelle giurisdizioni del mercato da entità strutturate come LRD's (che pur usando tali asset non hanno titolo ad introitare i profitti). Nonostante tale caratteristica non sia nuova ai MI gli sviluppi tecnologici più recenti – puntualizza il documento - hanno consentito di sfruttarla in misura maggiore rispetto al passato. A fronte della creazione di un'ampia base utenti in una giurisdizione mediante strumenti digitali, con la relativa acquisizione di dati, è oggi possibile generare MI e sfruttarli nelle attività di marketing da remoto, evitando presenze fiscalmente rilevanti. Più aumenta la mole di dati raccolti, analizzati e sfruttati commercialmente da remoto, più appare agevole evitare l'esercizio delle cd. funzioni DEMPE sugli stessi o gestire i rischi associati ai MI nelle giurisdizioni del mercato.

¹⁰⁴ Il calcolo del contributo dei MI ai profitti verrebbe effettuato sotto due distinte ipotesi, dapprima con le vigenti regole di TP e successivamente allocando i profitti legati ai MI e ai relativi rischi alle giurisdizioni del mercato. Il correttivo verrebbe ricavato per differenza dalle risultanze dei predetti calcoli. OECD (2019), *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy* (supra n. 94) par. 45

¹⁰⁵ L'allocazione determinata mediante l'analisi del residuo comporterebbe anche in questo caso l'individuazione dei profitti rilevanti, delle funzioni *routinarie* e della loro remunerazione, la sottrazione dei profitti *routinari* da quelli totali ed infine la divisione del residuo. Ibid. par 47

¹⁰⁶ Nel caso della pubblicità online il documento di discussione dell'OCSE ha avuto cura di specificare che il criterio di ripartizione dovrebbe essere legato ai luoghi in cui si trovano gli utenti e non a quelli in cui sono localizzati gli inserzionisti al fine di rappresentare correttamente un'allocazione a vantaggio della giurisdizione del mercato. ibid par. 48

¹⁰⁷ OECD(2015) *Action 1 final report* (supra n. 63) par. 277 e ss.

¹⁰⁸ I fattori richiamati nel documento di discussione riguardano: 1) l'esistenza di una base utenti e di dati da questi derivanti; 2) il volume dei contenuti digitali estratti dalla giurisdizione; 3) la disponibilità di sistemi di fatturazione, riscossione e pagamento pensati per il mercato locale; 4) il mantenimento di un sito web in lingua locale; 5) la responsabilità per la consegna finale dei beni ai clienti o per la fornitura da parte dell'impresa di servizi post vendita, di riparazione o di manutenzione. 6) lo svolgimento continuo di attività di marketing e promozionali, online e non, per attirare clienti. OECD (2019), *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy* (supra n. 94) par. 51

applicativo sono stati delineati tre passaggi: 1) definizione dell'imponibile oggetto di suddivisione; 2) scelta delle chiavi per la ripartizione; 3) assegnazione di un peso specifico a ciascuna chiave. Quanto al calcolo dell'imponibile è stata considerata la possibilità di applicare il tasso di profitto globale dell'impresa multinazionale ai ricavi generati in uno specifico Stato, mentre, con riferimento alle chiavi di allocazione è stato suggerito il ricorso alle vendite, agli asset e al personale, facendo salva la possibilità di considerare anche gli utenti, nei casi in cui siano ritenuti rilevanti nel modello di business adottato¹⁰⁹. Coerentemente con quanto già esposto nel rapporto sull'azione 1, è stata infine ribadita l'opportunità che le regole relative alla PES siano rafforzate con meccanismi di riscossione *ad hoc*, ed in particolare, con sistemi di ritenuta alla fonte, ad aliquota contenuta, sui pagamenti lordi effettuati in favore dell'impresa dotata di una PES nello Stato.

3.2.2 Considerazioni sul primo pilastro

Il documento di discussione pubblicato dall'OCSE offre una prima sintetica comparazione delle proposte del primo pilastro relative a: i) partecipazione degli utenti e ii) *marketing intangibles*, rinviando ad un secondo momento l'approfondimento dei profili riguardanti la PES¹¹⁰. Nonostante le chiare divergenze di impostazione, il confronto delle proposte ha consentito di isolare diversi punti di contatto.

Entrambe le iniziative esaminate richiamano il principio fondamentale della tassazione dei profitti d'impresa nei luoghi in cui questi sono generati e, a tal fine, interpretano il ruolo degli utenti - diretto o mediato dai MI - come un elemento fondante nei processi di creazione del valore, che dovrebbe condurre ad una revisione delle regole di nesso e di allocazione dei profitti. Tutte e due le proposte suggeriscono il ricorso a meccanismi di *residual profit split* per mantenere un approccio coerente con l'impianto esistente.

Sono state espresse anche alcune delle critiche più ricorrenti. L'iniziativa relativa alla partecipazione degli utenti trova un punto di contestazione nell'attribuzione alle imprese di un valore che, secondo alcuni, è creato dagli utenti e successivamente scambiato¹¹¹. Essendo limitata specifici modelli di business, la proposta è stata inoltre indicata come non neutrale dal punto di vista tecnologico, sollevando dubbi circa la sua efficacia di lungo periodo, dinnanzi alla prevedibile estensione dei processi di digitalizzazione all'intera economia.

Anche la proposta sui MI ha ricevuto critiche, principalmente incentrate sul presunto approccio semplicistico alle attività di marketing e alla loro dinamica nell'economia globalizzata. In particolare è stato evidenziato come le attività promozionali possano

¹⁰⁹ E' stata menzionata altresì la possibilità di optare per metodi diversi e già descritti nell'ambito del rapporto sull'azione 1, come i metodi presuntivi illustrati nella sezione 7.6.2.3 dello citato rapporto (*modified deemed profit methods*). *ibid* par. 54

¹¹⁰ Come chiarito dall'OCSE tale proposta sarebbe tornata in auge successivamente rispetto alle prime due, restringendo i tempi per un'analisi più dettagliata nel documento. *Ibid*. par. 69

¹¹¹ Si tratta di un'osservazione che, come ricordato nei paragrafi precedenti, è emersa più volte con riferimento all'effettivo ruolo degli utenti nei processi di creazione del valore.

esplicare effetti anche al di fuori dei contesti territoriali cui sono rivolte, indipendentemente dalla volontà dell'impresa¹¹². Nonostante la proposta risulti trasversale e tecnologicamente neutra, è stato messo in luce il rischio che la stessa generi discriminazioni tra modelli B2B e B2C¹¹³.

Alle contestazioni concettuali, che l'OCSE tenterà di ricomporre nel prosieguo dei lavori, si sono aggiunte le riflessioni sul design dei possibili interventi. Alcuni nodi da sciogliere sono stati esposti con riferimento: alla scelta dell'ambito soggettivo¹¹⁴, delle regole applicative per il calcolo e l'allocazione dei profitti¹¹⁵ e sull'individuazione delle salvaguardie contro il rischio di doppie imposizioni¹¹⁶.

In considerazione dei vasti impatti regolatori che le proposte del primo pilastro potrebbero produrre, l'OCSE ha ricordato la necessità di apportare, all'occorrenza, modifiche ad alcune disposizioni dei trattati e di riflesso alle normative nazionali¹¹⁷. Anche dal punto di vista amministrativo, sono state segnalate possibili accortezze funzionali al contenimento dei costi di *compliance* e all'efficientamento dei controlli transazionali¹¹⁸.

3.2.3 Il secondo pilastro

¹¹² Si pensi, ad esempio, alla diffusione "virale" di campagne pubblicitarie via internet e all'esiguo controllo che potrebbe esercitare l'impresa sulla diffusione del messaggio da parte di terzi.

¹¹³ I soggetti operanti B2B, anche se in possesso di MI ad alto valore, parrebbero utilizzare la tecnologia digitale nell'attività di marketing con modalità diverse rispetto alle imprese operanti in contesti B2C, queste ultime, infatti, sono generalmente più orientate alla costruzione di ampie basi utenti, all'utilizzo dei *big data* o allo sfruttamento degli effetti-rete.

¹¹⁴ I nodi da sciogliere sul punto toccano, tra le altre, l'opportunità di ricomprendere tutte le imprese o solo quelle più digitalizzate, il ricorso a soglie dimensionali, la previsione di esclusioni de minimis, su base settoriale, ecc. Un aspetto particolarmente delicato, separatamente trattato nel documento, ha riguardato poi la *business line segmentation*, ovvero la constatazione che le proposte avanzate parrebbero più propriamente applicabili a singole linee di business e non alle imprese multinazionali nel loro complesso. Approcci calibrati sulle singole *business line* solleverebbero tuttavia problematiche rilevanti dal punto di vista dell'amministrabilità, con prevedibili incrementi di oneri amministrativi, tanto per le imprese quanto per le *tax authority*.

¹¹⁵ Le proposte sulla *user participation* e *marketing intangibles* hanno ipotizzato che il calcolo dei profitti (ovvero delle perdite) da ridistribuire, avvenga con metodi di *residual profit split*. Pur mantenendo analogie con i metodi di profit split già in uso le due iniziative dovrebbero tuttavia poggiare su regole applicative semplificate e considerare il profitto combinato di più entità dell'impresa. Quanto alle regole di allocazione dei profitti, è stata ribadita la necessità di definirle in coerenza con i sistemi di calcolo dei profitti oggetto di ridistribuzione, e soprattutto di individuare metriche di allocazione condivise. L'approccio più basilare protenderebbe per la scelta delle vendite/ricavi, quale criterio principale di riparto, ma non mancano aperture a favore di sistemi che considerino anche i costi sostenuti localmente e altri parametri quali il numero di utenti.

¹¹⁶ Considerando la possibile riallocazione dei profitti all'interno dei gruppi multinazionali, l'iniziativa potrebbe provocare, almeno inizialmente, un incremento delle controversie internazionali, che dovrebbe essere invece prevenuto prefigurando strumenti volti ad evitare simili conflittualità.

¹¹⁷ È stata segnalata la necessità di emendare gli articoli 5, 7 e 9 del Modello OCSE (rispettivamente, definizione di stabile organizzazione, regole distributive su profitti d'impresa e imprese associate). In alternativa, poiché le proposte considerate prevedono l'allocazione di un profitto calcolato in combinato per più entità di un gruppo multinazionale, mentre le regole vigenti considerano i rapporti tra singole entità, è stata ventilata la possibilità di introdurre una disposizione distinta, che determini il nesso imponibile (in funzione di soglie diverse rispetto a quelle esistenti) e contestualmente riallochi il potere impositivo sulla porzione dei profitti aggiuntivi generati a livello di gruppo. OECD (2019), *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy* (supra n. 94) par. 82

¹¹⁸ La riallocazione di parte dei profitti calcolati a livello di gruppo nelle giurisdizioni del mercato comporterebbe la necessità di identificare il soggetto obbligato agli oneri dichiarativi e al concreto assolvimento dell'imposta. Tale compito – ha precisato l'OCSE – dovrebbe essere assolto minimizzando gli oneri amministrativi ed i rischi di *non compliance*. Per quanto riguarda l'efficientamento dei controlli transazionali, ne è stata rimarcata l'utilità soprattutto in funzione preventiva, invitando le Amministrazioni finanziarie a trarre eventualmente spunto dal progetto pilota ICAP o dalle esperienze di *Advance Price Agreements* (APA) multilaterali o di *joint audit*. Ibid. par. 83 e ss

Alcuni Paesi membri dell'IF hanno manifestato parziale insoddisfazione per gli esiti del progetto BEPS che, pur correggendo storture del sistema fiscale internazionale, non hanno precluso definitivamente la via ai fenomeni di erosione delle basi imponibili e di *profit shifting*. La competizione fiscale dannosa, implicitamente o esplicitamente perseguita da alcuni Stati, è stata additata quale fonte d'innescio di una deleteria corsa al ribasso sulla tassazione dei redditi societari; corsa che finirebbe col penalizzare tutti, spostando sui redditi meno mobili (lavoro e consumi), una quota sproporzionata e crescente della contribuzione alla spesa pubblica¹¹⁹.

Per porre un argine alla descritta crisi sistemica, è stata ipotizzata l'introduzione di un ambizioso set di regole interconnesse, volto a costruire una **proposta globale anti-erosione (Global anti-base erosion proposal – GLOBE)**. La GLOBE produrrebbe – secondo i suoi promotori – un rafforzamento della sovranità fiscale nello scacchiere internazionale, lasciando ciascun Paese libero di determinare il proprio livello di prelievo e permettendo, al contempo, agli altri Stati, di esercitare una forma di potestà impositiva “secondaria” o “sostitutiva” nel caso in cui i profitti d'impresa non vengano tassati, o vengano tassati al disotto di una soglia minima internazionalmente concordata. In tale prospettiva la GLOBE, applicata trasversalmente e indipendentemente dal grado di digitalizzazione delle imprese, mirerebbe a risolvere strutturalmente i rimanenti rischi BEPS.

La proposta globale anti-erosione si compone di due elementi distinti e complementari:

- **una regola di inclusione (income inclusion rule)**: in virtù della quale il reddito di un'entità estera (sia essa una *branch* o un'affiliata) può essere tassato se sottoposto, nell'altra giurisdizione, ad un'aliquota effettiva (*effective tax rate – ETR*) particolarmente bassa.
- **una regola per la tassazione dei pagamenti che provocano erosione (tax on base eroding payments)**: che consenta il disconoscimento di deduzioni o benefici convenzionali su alcune tipologie di pagamenti, nel caso in cui la relativa componente reddituale non risulti assoggettata ad un adeguato ETR nella giurisdizione del percipiente.

Le due regole generali sopra menzionate dovrebbero essere introdotte modificando tanto le convenzioni contro le doppie imposizioni quanto gli ordinamenti fiscali interni, anche al fine di minimizzare l'elevato rischio di controversie attribuibile all'iniziativa.

a) La regola di inclusione del reddito

La regola di inclusione è stata sinteticamente descritta come una “*minimum tax*” internazionale, suppletiva ma non sostitutiva delle discipline CFC, che porterebbe ad un'attribuzione pro quota, agli azionisti qualificati¹²⁰, del reddito d'impresa di fonte estera ivi assoggettato ad un'aliquota effettiva inferiore a quella minima concordata. Su tale

¹¹⁹ Ibid. par. 90

¹²⁰ A titolo esemplificativo la proposta menziona soggetti che detengano, direttamente o indirettamente almeno il 25% dei diritti di proprietà, ciò nonostante il documento indica in un passaggio successivo come tale soglia sia da ritenere indicativa e ancora oggetto di discussione. Ibid. par. 96 e 100

quota, calcolata applicando il diritto nazionale (o formule semplificate), verrebbe riconosciuto un credito d'imposta per eventuali imposte assolte all'estero. Qualora il reddito soggetto a bassa tassazione fosse riconducibile ad una *branch* esente, l'*income inclusion rule* dovrebbe consentire la disapplicazione dell'esenzione e l'applicazione del metodo del credito d'imposta. La regola potrebbe essere disapplicata per le operazioni effettuate sulla base di genuine o prevalenti ragioni economiche.

Molti aspetti fondamentali della proposta sono stati lasciati al dibattito, tra questi: il tipo di entità da assoggettare, la soglia di proprietà o controllo da considerare rilevante, l'entità dell'ETR minimo ed il test per verificarne il raggiungimento, l'applicazione dell'aliquota minima o di quella ordinaria sul reddito imputato agli azionisti, la possibilità di prevedere esclusioni soggettive, settoriali, di altra natura, ecc.

Senza entrare in dettagli, è stato ipotizzato che la regola di inclusione possa ispirarsi alle raccomandazioni rese nell'ambito dell'azione 3 del progetto BEPS (in materia di costruzione di regimi CFC) e alla disciplina del *Global Intangible Low-taxed Income* (cd. GILTI), introdotta dagli Stati Uniti nell'ambito della riforma fiscale varata nel 2017¹²¹.

b) La tassazione dei pagamenti che provocano erosione

La *tax on base eroding payments*, comporterebbe l'introduzione di due ulteriori regole, strumentali alla protezione delle basi imponibili delle giurisdizioni da cui i pagamenti originano (giurisdizioni della fonte). La prima delle due (*undertaxed payments rule*) consentirebbe a quest'ultime di negare la deducibilità di un pagamento tra parti correlate, nei casi in cui la relativa componente reddituale non venga assoggettata, nella giurisdizione di destinazione, ad un ETR minimo. La seconda regola (*subject to tax rule*), in analoghe circostanze, permetterebbe il disconoscimento dei benefici accordati in base alle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Per la *undertaxed payment rule* è prospettata un'applicazione ampia, volta a ricomprendere una vasta gamma di pagamenti, anche al fine di evitare l'importazione degli effetti erosivi mediante operazioni eventualmente rimaste fuori dall'ambito oggettivo. Analogamente a quanto indicato per la *income inclusion rule*, resterebbero in discussione numerosi elementi strutturali, quali, ad esempio, l'entità dell'ETR minimo ed il relativo test di misurazione, la definizione delle soglie di collegamento tra le parti, il ruolo e le modalità

¹²¹ Con la firma del *Tax Cuts and Jobs Act* (Public Law No: 115-97 del 22 dicembre 2017) gli Stati Uniti hanno portato a compimento una storica riforma del sistema fiscale federale revisionando il *tax code* del 1986 nella prospettiva di una riduzione del carico fiscale sulle imprese e sulle persone fisiche. La riforma ha impattato in maniera sostanziale anche le regole di fiscalità internazionale, eliminando gran parte degli elementi di imposizione differita sui redditi di fonte estera delle imprese che caratterizzavano il sistema americano. È stato introdotto, in via transitoria, un prelievo unico sul rimpatrio obbligatorio dei proventi accumulati all'estero a partire dal 1986 dalle imprese americane e nuove regole di contrasto ai fenomeni di erosione della base imponibile, tra le quali un'imposta minima sul reddito globale connesso agli asset immateriali, afferente alle controllate estere (partecipate per almeno il 10% da soggetti USA) e sottoposto all'estero a bassa tassazione (*global intangible low tax income c.d. GILTI*). La misura è stata concepita per ridurre l'incentivo al *profit shifting* in paesi a fiscalità privilegiata, controbilanciato l'eventuale vantaggio estero con un incremento di imposizione negli USA. La riforma americana ha ovviamente avuto un forte impatto sul dibattito relativo alla tassazione delle imprese del digitale, sottraendo di fatto alle dispute intergiurisdizionali che iniziavano a palesarsi, parte dei profitti imponibili delle multinazionali statunitensi (maggiori player del digitale), formatosi per effetto di meccanismi di *deferred taxation* e di asimmetrie del sistema fiscale internazionale.

di verifica delle valide ragioni economiche, la compatibilità con gli obblighi internazionali, il diniego pieno o parziale della deduzione, ecc.).

Con riferimento alla seconda regola (*subject to tax rule*), il documento di discussione ne ha descritto la possibile operatività in relazione a diverse disposizioni convenzionali:

- articolo 7 (profitti d'impresa), permetterebbe la tassazione dei soggetti non residenti anche in relazione a profitti non attribuibili ad una SO, qualora non assoggettati all'ETR minimo.
- articolo 9 (imprese associate), condizionerebbe l'adeguamento da effettuare in corrispondenza di rettifiche operate da una controparte all'ETR scaturito da queste ultime, che dovrebbe essere comunicato in esito agli aggiustamenti;
- articoli 10-13¹²² e 21 (dividendi, interessi, *royalties*, *capital gains* e altri redditi), consentirebbe il diniego dei benefici convenzionali nella giurisdizione della fonte se la controparte non assoggetta le relative componenti reddituali all'ETR minimo concordato.

Quanto ai profili applicativi, possono essere ritenute valide le osservazioni poc'anzi esposte in merito ai criteri di funzionamento dell'*undertaxed payment rule*, rispetto alle quali è stata aggiunta la necessità di riflessioni *ad hoc* per scongiurare ripercussioni negative sugli esistenti regimi di *participation exemption*, vista l'applicabilità della *subject to tax rule* anche ai dividendi.

Da ultimo, occorre sottolineare come la proposta sulla GLOBE metta in campo una serie di strumenti atti ad agire sui medesimi fenomeni, in giurisdizioni diverse, con possibili sovrapposizioni. È stata di conseguenza rimarcata l'opportunità di stabilire una regola di natura strettamente procedurale, che fissi l'ordine di attivazione delle misure sopra illustrate¹²³.

3.3 Il programma di lavoro

Il 31 maggio 2019 l'OCSE ha pubblicato il programma di lavoro¹²⁴ che dovrebbe guidare L'*Inclusive Framework* all'adozione della soluzione di consenso alle sfide fiscali derivanti dalla digitalizzazione dell'economia entro la fine del 2020¹²⁵. Il programma in questione ha

¹²² La *subject to tax rule* dovrebbe essere applicabile ai soli pagamenti che avvengono tra parti correlate, ma la proposta prende in considerazione anche la possibile estensione ad un ambito più ampio in relazione alle ritenute convenzionali per interessi, *royalties* e *capital gains*. OECD (2019), *Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy* (supra n. 94) par. 107

¹²³ Al riguardo sono stati proposti due approcci: il primo mirante ad una valutazione caso per caso, ed il secondo, più sistematico, teso alla disattivazione di una regola qualora il contribuente da assoggettare risulti residente in una giurisdizione che ha adottato la regola opposta. Ibid. pad. 109

¹²⁴ OECD (2019), *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, Paris, <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>

¹²⁵ Il raggiungimento di una soluzione entro i termini predefiniti è stato ritenuto dai 129 Paesi partecipanti all'IF un "imperativo politico", visto il rischio di frammentazione dello scenario internazionale in una pletera di soluzioni unilaterali.

schematizzato le azioni da intraprendere per strutturare e valutare le proposte già descritte nel *discussion document* pubblicato in occasione della consultazione di febbraio 2019 (vedi paragrafo precedente), precisando che, per assicurare il rispetto delle ambiziose scadenze stabilite, una prima scrematura delle iniziative sul tavolo dovrà essere effettuata già entro il mese di gennaio 2020. Per tale data l'OCSE intende, infatti, raggiungere un accordo preliminare, che chiarisca almeno le modalità di interazione tra quanto proposto nei due distinti pilastri e riduca il numero di soluzioni perseguite nell'ambito del primo. Il programma di lavoro è stato formalmente approvato al summit G20 di Fukuoka dell'8-9 giugno 2019¹²⁶.

Le contingenze temporali e la necessità di un'analisi rapida ed efficiente delle proposte hanno spinto l'IF ad organizzarsi al suo interno attivando meccanismi di indirizzo politico. Allo *Steering Group dell'Inclusive Framework (SG)*¹²⁷ è stato affidato il compito di sviluppare in concreto le proposte per sottoporle in seguito a tutti i partecipanti all'IF. Nella gestione dei lavori lo SG si avvarrà dell'ausilio dei corpi sussidiari dell'OCSE per l'approfondimento dei profili tecnici ed economici.

3.3.1 I lavori sul primo pilastro

Le questioni da approfondire per il primo pilastro sono state suddivise in tre macro aree:

- a) **nuove regole di allocazione dei profitti:** ossia, come determinare l'ammontare dei profitti da riallocare secondo i nuovi principi e quale metodo adottare per ripartirli tra le diverse giurisdizioni;
- b) **nuove regole di nesso:** ossia, come disegnare regole che catturino la presenza economica delle imprese nelle giurisdizioni del mercato in assenza di consistenza fisico-materiale;
- c) **implementazione e amministrazione:** ossia, come assicurare che le nuove regole siano amministrabili efficientemente ed evitino l'insorgenza di controversie.

"This economic and political context is at the foundation of the programme of work for each Pillar outlined in this paper, which has been developed by the Inclusive Framework with a view to reporting progress to the G20 Finance Ministers in June 2019 and delivering a long-term consensus-based solution in 2020. This timeline is extremely ambitious given the need to revisit fundamental aspects of the international tax system but is reflective of the political imperative that all members of the Inclusive Framework attach to finding a timely resolution of the issue at stake" Ibid. par. 12

¹²⁶ I ministri dell'economia e delle finanze ed i governatori delle banche centrali del G20 riuniti in Giappone hanno accolto i nuovi sviluppi e approvato l'intenzione dell'IF di procedere all'esplorazione della soluzione alle questioni fiscali della digitalizzazione strutturando il tema in due pilastri. La fine del 2020 è stata confermata come termine per il raggiungimento di una soluzione di consenso: *"We welcome the recent progress on addressing the tax challenges arising from digitalization and endorse the ambitious work program that consists of a two-pillar approach, developed by the Inclusive Framework on BEPS. We will redouble our efforts for a consensus-based solution with a final report by 2020"*. G20 (2019), *Finance ministers and central bank governors meeting – Fukuoka Jun. 8-9, final Communiqué*, June 2019, https://www.mof.go.jp/english/international_policy/convention/g20/communique.htm

¹²⁷ Fin dalle prime riunioni i Paesi partecipanti all'IF hanno deciso la costituzione di un gruppo di indirizzo (*Steering Group*), composto bilanciando la rappresentanza geografica ed economica. L'Italia è stata inserita tra i Paesi partecipanti al Gruppo dalla sua costituzione e vi figura anche nella composizione più recente (periodo 2019-2020). La struttura dello *Steering Group* chiamato ad implementare il programma di lavoro può essere consultata al seguente link: <https://www.oecd.org/tax/beps/steering-group-of-the-inclusive-framework-on-beps.pdf>. Maggiori informazioni sullo SC e sulla sua costituzione sono disponibili all'interno del rapporto di sintesi sulle iniziali attività dell'IF (supra n. 76).

a) Nuove regole di allocazione dei profitti

Relativamente ai metodi di allocazione dei profitti, il programma di lavoro ha definito la tabella di marcia per tre soluzioni: (i) il metodo di ripartizione dell'utile residuale (*Modified Residual Profit Split – MRPS*); (ii) il metodo dell'allocazione frazionata (*Fractional Apportionment - FA*) o (iii) altri metodi semplificati (*Distribution Based Approach*).

Per il **residual profit split**, già illustrato nel documento di consultazione¹²⁸, dovranno essere discusse in particolare:

- le regole per il calcolo del profitto complessivo rilevante¹²⁹;
- i criteri per separare le componenti routinarie da quelle non routinarie¹³⁰ e per determinare la parte dei profitti non routinari da riallocare¹³¹;
- le regole per assegnare parte dei profitti residuali alle giurisdizioni del mercato e la scelta delle diverse chiavi di allocazione utili a tal fine (tra cui, come ricordato in precedenza, dovrebbero figurare i ricavi conseguiti localmente);
- le modalità per assicurare la coesistenza tra MPRS e *transfer pricing* ;

Con riferimento al **metodo della ripartizione frazionata**¹³², il programma di lavoro ha proposto l'esame dei seguenti punti:

- le regole per determinare i profitti da assoggettare al FA¹³³;
- la scelta dei regimi contabili e delle grandezze rilevanti per il computo di detti profitti;
- la selezione delle chiavi di allocazione da inserire nella formula di ripartizione (quali, ad esempio, gli addetti, gli asset, le vendite, gli utenti);
- il coordinamento del metodo della ripartizione frazionata con la disciplina dei prezzi di trasferimento¹³⁴.

¹²⁸ Si ricorda che l'applicazione di tale metodo è stata strutturata in quattro passaggi: 1) determinazione del profitto totale rilevante; 2) rimozione dei profitti routinari in applicazione delle regole vigenti di *transfer pricing* o di regole semplificate; 3) individuazione del profitto non routinario/residuale rilevante applicando le vigenti regole di *transfer pricing* o regole semplificate; 4) allocazione del profitto non routinario/residuale rilevante a favore delle giurisdizioni del mercato usando chiavi predefinite.

¹²⁹ In tale ambito dovrà essere deciso, ad esempio, se derivare il profitto complessivo rilevante direttamente da dati contabili delle imprese e in tal caso quali grandezze considerare. Dovrà essere inoltre valutata l'opportunità di introdurre o meno correttivi e quella di calcolare il citato profitto complessivo al livello dell'intero gruppo, di singole entità o aggregando le sole entità che svolgono attività rilevanti.

¹³⁰ Si dovrà valutare sul punto se utilizzare le regole di *transfer pricing* esistenti o metodi alternativi e semplificati.

¹³¹ A tal fine il programma di lavoro elenca diversi possibili approcci da approfondire, dall'adattamento delle regole di *transfer pricing* esistenti, al ricorso ad indicatori di sintesi basati sulle spese capitalizzate, sulle proiezioni di redditi futuri, su percentuali predefinite, o di altra natura.

¹³² Il metodo del FA, richiamato nel documento di febbraio in relazione alla proposta sulla presenza digitale significativa (si veda il paragrafo dedicato in questa nota) viene considerato nel programma di lavoro su un piano generale. Il FA non implicherebbe una distinzione tra profitti routinari e non e potrebbe essere basato sul tasso di profittabilità generale del gruppo (o delle attività rilevanti del gruppo). Le fasi applicative, come ricordato in precedenza risulterebbero tre: 1) determinazione del profitto da frazionare; 2) scelta delle chiavi di allocazione da inserire nella formula 3) applicazione della formula per allocare le frazioni del profitto alle giurisdizioni del mercato.

¹³³ In relazione al calcolo dei profitti rilevanti da assoggettare al FA nel programma di lavoro sono state ventilate diverse opzioni: potrebbero essere presi in considerazione i profitti della *selling entity* determinati con le attuali regole di *transfer pricing* o, in alternativa, quelli risultanti dall'applicazione del margine globale di profitto dell'impresa multinazionale alle vendite realizzate localmente. Resta comunque aperta la discussione di altre tecniche.

¹³⁴ Questo aspetto appare particolarmente rilevante nel caso in cui la riallocazione dei profitti a vantaggio delle giurisdizioni del mercato avvenga sulla scorta di indicatori di profittabilità complessiva del gruppo.

La ricerca di approcci alternativi, più semplici e amministrabili rispetto ai due sopra descritti, ha spinto l'IF a valutare anche **metodi *distribution-based***, che riallocherebbero alle giurisdizioni del mercato, oltre ai profitti non routinari, anche quelli derivanti da funzioni ordinarie di marketing e distribuzione¹³⁵. Il programma di lavoro ha previsto sul punto l'analisi dei seguenti aspetti:

- le regole per calcolare un “livello base” di profitti attribuibili ad attività di marketing, distribuzione e *user-related*;
- l'utilizzo di possibili correttori del “livello di base” in funzione della profittabilità del gruppo o di altri fattori¹³⁶;
- la qualifica del “livello di base” quale ritorno minimo o massimo attribuibile;
- la costruzione di meccanismi che consentano la riallocazione anche in difetto di una presenza fiscalmente rilevante nella giurisdizione del mercato;
- la definizione di sistemi di coordinamento con la disciplina del *transfer pricing*;

Sul tema dell'allocazione dei profitti, il programma di lavoro ha estrapolato anche tre questioni trasversali ai vari metodi proposti. La prima riguarda la possibilità di calibrare detti metodi per tenere conto delle differenze che emergono, in termini di profittabilità, segmentando le attività delle imprese in singole linee di business o su scala regionale¹³⁷. La seconda attiene alle possibili restrizioni dell'ambito soggettivo con l'introduzione di esclusioni per natura, dimensione o per tipologia di business¹³⁸. La terza concerne, da ultimo, il design di un metodo di allocazione dei profitti che fornisca esiti coerenti anche per l'allocazione delle perdite¹³⁹.

b) Nuove regole di nesso

La seconda macroarea di analisi del primo pilastro esplora le questioni relative al nuovo nesso fiscale che dovrebbe consentire ai Paesi del mercato di esercitare il proprio potere

¹³⁵ In merito agli approcci *distribution-based* il programma di lavoro prospetta la possibilità di attribuire alle giurisdizioni del mercato un “profitto di base” per attività di marketing, distribuzione e attività-utente. Tale profitto di base potrebbe poi essere modulato sulla scorta della profittabilità complessiva del gruppo o in base ad altri fattori, come, ad esempio, il settore di riferimento o il mercato di operatività dell'impresa. Tra gli aspetti oggetto di analisi anche l'opportunità di ritenere il “profitto di base” un'allocazione definitiva (non rettificabile secondo le correnti regole di *transfer pricing*) oppure un correttivo atto a coesistere con le risultanze delle ordinarie regole di TP. Nodi da sciogliere permarrrebbero, inoltre, sulla possibilità di considerare i profitti di marketing e distribuzione in misura analoga sia per le attività svolte localmente sia per quelle condotte da remoto; o in alternativa concedere riduzioni per queste ultime in applicazione di formule prestabilite. Per un'utile esemplificazione di approccio *distribution-based* si invita a prendere visione del contributo fornito dalla Johnson & Johnson alla consultazione pubblica indetta dall'OCSE nel febbraio-marzo 2019, reperibile sul portale istituzionale dell'Organizzazione (supra n. 95)

¹³⁶ L'utilizzo di correzioni dovrebbe ovviare alle obiezioni sollevate constatando che una valutazione limitata a voci di costo per attività di marketing e distribuzione non consentirebbe una rappresentazione coerente dei processi di creazione del valore e genererebbe quindi esiti arbitrari sul piano fiscale.

¹³⁷ Il programma di lavoro ha puntualizzato la necessità di esplorare attentamente la fattibilità di un'analisi calibrata su singole linee di business o su segmentazioni regionali. I dati già elaborati e forniti dalle imprese (di natura contabile, regolatoria, etc) potrebbero non essere sufficienti o utili a tal fine e tale eventualità costringerebbe a richiederne di nuovi e ulteriori, producendo costi aggiuntivi (ed indesiderati) per assicurare la compliance con le nuove regole.

¹³⁸ In questo caso particolare enfasi è stata posta sulla necessità di scongiurare che eventuali restrizioni soggettive producano discriminazioni e violazioni di obblighi internazionali di varia natura (es. *trade regulations*).

¹³⁹ Nello specifico la road map ha previsto l'analisi delle conseguenze pratiche di un metodo ambivalente, quali, ad esempio, la richiesta ad imprese in perdita di assolvere gli obblighi dichiarativi nella giurisdizione del mercato. Inoltre il documento ha invitato ad approfondire vari aspetti applicativi: l'individuazione della tipologia di perdite rilevanti, il ricorso a sistemi “simmetrici” o a sistemi basati su meccanismi di “earn out” (in cui i profitti risulterebbero tassati solo dopo la compensazione delle eventuali perdite pregresse), ecc.

impositivo sulla porzione di profitti ad essi attribuita. In tale prospettiva viene preso in considerazione sia lo sviluppo di un concetto di presenza fiscale remota (*remote taxable presence*) e dell'insieme di standard per rilevarne la sussistenza; sia l'identificazione di una nuova categoria di reddito tassabile alla fonte. In entrambi i casi il relativo diritto impositivo dovrebbe sorgere svincolato dai requisiti di natura fisico-materiale che connotano le attuali regole di nesso.

Il programma di lavoro prende in considerazione diversi approcci.

Il primo è incentrato sulla possibilità di emendare/integrare il contenuto delle regole convenzionali esistenti (in particolare, artt. 5 e 7 mod. OCSE) per rilevare la presenza tassabile di un'impresa qualora questa interagisca da remoto – in maniera stabile e continuativa – con la giurisdizione del mercato. Ciò - si avverte nel documento - implicherebbe una sistematizzazione coerente del complesso delle regole di allocazione dei profitti e di altre regole vigenti¹⁴⁰.

Il secondo approccio invita, invece, alla costruzione di una regola nuova che disciplini il nesso:

- in relazione ad un concetto di presenza fiscalmente rilevante ed immateriale distinto da quello di SO;
- o che, in alternativa, identifichi e definisca il funzionamento una nuova categoria di reddito tassabile alla fonte.

Nel tracciare le tappe principali dei due approcci il programma di lavoro richiama l'attenzione sulla necessità individuare gli indicatori deputati a segnalare il coinvolgimento economico – stabile e continuativo – dell'impresa nella giurisdizione del mercato, prendendo a riferimento, in primo luogo, una soglia di ricavi locali “solida” dal punto di vista quantitativo e temporale e ulteriori fattori di rilievo. Nella medesima cornice è messa in luce la necessità di valutare le interazioni tra la nuova regola di nesso e le disposizioni previgenti e di rafforzare le misure atte a prevenire, o ad agevolare la risoluzione, di eventuali controversie.

c) Implementazione e amministrazione

Le proposte del primo pilastro, comunque definite, potrebbero condurre ad una riallocazione di parte del profitto complessivo delle multinazionali nelle giurisdizioni del mercato, con metodi che, in modo più o meno radicale, divergono dall'approccio transazionale tra entità separate che caratterizza l'attuale sistema di allocazione dell'imponibile basato sull'*arm's length principle*. Il programma di lavoro, prendendo atto di

¹⁴⁰ Oltre alla modifica dell'articolo 7 il programma di lavoro invita a riflettere sulle possibili rettifiche necessarie all'articolo 9 e alle misure di coordinamento eventualmente necessarie tanto per le regole convenzionali che utilizzano il concetto di SO (artt. 10-13, 15, 21, 22, e 24 del mod. OCSE) quanto in altri ambiti (in particolare in materia di imposte indirette e contributi previdenziali).

queste dinamiche, sottolinea l'opportunità di valutare, e nel caso di adeguare, gli strumenti già in essere per evitare o risolvere fenomeni di doppia imposizione internazionale¹⁴¹.

Sul piano prettamente applicativo, l'attenzione è richiamata sulla definizione di metodi che rendano agevole identificare i soggetti tenuti agli obblighi dichiarativi e al versamento delle imposte in ottemperanza alle nuove regole. A ciò è aggiunto un appello a trovare soluzioni che garantiscano la riscossione di quanto dovuto¹⁴². Poiché il nuovo quadro regolatorio potrebbe condurre alla richiesta e alla gestione di informazioni addizionali (ad esempio, dati sui profitti complessivi, sui profitti attinenti a specifiche linee di business, sulle vendite¹⁴³, sugli utenti, ecc) il programma di lavoro ha opportunamente puntualizzato che occorrerà studiare soluzioni che limitino gli oneri sulle imprese e agevolino la circolazione delle informazioni tra le amministrazioni finanziarie¹⁴⁴.

Da ultimo, tra gli elementi da definire, il programma di lavoro ha ricordato la scelta dello strumento più adatto per l'implementazione simultanea e coordinata della soluzione che sarà individuata per il primo pilastro, richiamando la possibilità di integrare le nuove regole nell'esistente strumento multilaterale anti-BEPS (MLI)¹⁴⁵ o, in alternativa, creare una nuova convenzione multilaterale.

3.3.2 I lavori sul secondo pilastro

Il programma di lavoro stilato dall'OCSE preannuncia un'analisi approfondita e senza pregiudizi della *Global Anti-BEPS Proposal* (cd GLOBE), nelle sue due principali

¹⁴¹ Vagliare l'affidabilità degli strumenti esistenti per il superamento delle doppie imposizioni economiche (rettifiche ex art. 9 par. 2 mod. OCSE) e giuridiche (applicabilità del metodo dell'esenzione o del credito d'imposta) appare particolarmente importante qualora, come delineato da alcune proposte, l'allocazione dell'imponibile avvenga con metodi che considerano i profitti aggregati a livello di gruppo delle multinazionali. Sono state menzionate, come elemento cui prestare particolare attenzione, le possibili interferenze derivanti dalle regole convenzionali che prevedono la tassazione alla fonte di taluni pagamenti, nel caso in cui la relativa componente reddituale confluisca nel profitto oggetto di riallocazione. Approcci multilaterali per il calcolo degli imponibili imporrebbero – come esplicitato dal programma di lavoro – anche l'esplorazione di sistemi di controllo improntati ad un'analoga multilateralità, sulla scorta, ad esempio, delle esperienze maturate nel progetto ICAP o mediante joint audit.

¹⁴² Nel documento dell'OCSE sono state esplicitate diverse opzioni, tra cui un sistema di riscossione basato sulla registrazione dei contribuenti e sostenuto da meccanismi rafforzati di cooperazione amministrativa (*registration-based collection mechanism*) o anche, in veste complementare a questo, l'applicazione di ritenute alla fonte (purché non generatrici di doppia imposizione). OECD (2019), *Programme of Work*, par. 46 (supra n. 142)

¹⁴³ Il documento OCSE si sofferma sulle questioni pratiche e tecniche che potrebbero emergere proprio con riferimento alle modalità di determinazione e comunicazione dei luoghi in cui le imprese effettuano le vendite. Difficoltà rilevanti potrebbero infatti sorgere nello stabilire il luogo di destinazione finale di vendite effettuate da remoto, attraverso intermediari situati in Paesi terzi o nel perimetro di modelli di business multilaterali in cui gli utenti/clienti si trovano in differenti giurisdizioni.

¹⁴⁴ È stato fatto esplicito riferimento alla possibilità di trarre ispirazione dal *framework* e dalla tecnologia utilizzata per la trasmissione e lo scambio dei dati del *country by country reporting* (azione 13 del progetto BEPS). Ibid. par. 47

¹⁴⁵ La *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, nota anche come *Multilateral instrument* (MLI), è l'accordo negoziato in ambito OCSE per consentire il recepimento generalizzato, nei trattati bilaterali esistenti, delle risultanze del progetto BEPS afferenti alle convenzioni bilaterali (nello specifico, Azioni 2, 6, 7, e 14 del Progetto BEPS). Il testo del trattato è stato adottato il 24 novembre 2016 ed è entrato in vigore (tra le parti firmatarie) il 1 luglio 2018. Il testo della convenzione è disponibile al seguente link: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>

componenti (la regola di inclusione del reddito e le regole per la tassazione dei pagamenti che provocano erosione) e in relazione ad aspetti generali di implementazione¹⁴⁶.

Per la *income inclusion rule*, che si ricorda verrebbe applicata ai redditi di fonte estera qualora tassati al di sotto di un livello minimo¹⁴⁷, si suggerisce un'operatività a concorrenza del minimo concordato (*top-up at minimum rate*)¹⁴⁸. Il programma di lavoro lascia tuttavia al dibattito la scelta di tassare, con un'aliquota domestica piena¹⁴⁹, quei redditi esteri che, oltre ad essere soggetti ad un prelievo inferiore al minimo, beneficiano di regimi fiscali dannosi.

Nel testare se il reddito estero è assoggettato al livello minimo d'imposta, viene raccomandata, per ragioni di semplicità ed efficienza, l'adozione di un'aliquota in misura fissa¹⁵⁰; mentre, per quanto concerne il ricalcolo della base imponibile, si invita a valutare l'applicazione delle disposizioni in materia di CFC vigenti nelle giurisdizioni della *parent company* (o in mancanza, quelle in materia di reddito d'impresa). Le complessità e le difformità di trattamento che tale approccio potrebbe provocare¹⁵¹, hanno indotto ad inserire, tra i punti di discussione, anche lo studio di metodi semplificati, che consentano, ad esempio, di ricalcolare la base imponibile estera derivando il reddito netto direttamente dai dati contabili, con l'ausilio di correttivi condivisi e prestabiliti.

Formerà oggetto di discussione anche la possibilità di prevedere esclusioni dalla *minimum tax* (rectius: *dall'income inclusion rule*), sulla base della sostanza economica¹⁵², dei livelli di rendimento degli asset materiali impiegati dall'impresa o del volume di operazioni infragruppo.

Un ulteriore aspetto nodale per l'applicazione della regola di inclusione, attiene al possibile ricorso a meccanismi di *blending*, che improntino la valutazione dell'*effective tax rate* dell'impresa a valori medi, ottenuti contemperando redditi soggetti a tassazione più elevata e redditi oggetto di prelievi ridotti. Il programma di lavoro propone l'esame di diverse

¹⁴⁶ Riguardanti, in particolare: il coordinamento, la semplificazione, l'introduzione di soglie e la compatibilità con altri obblighi internazionali. Le azioni di coordinamento dovranno garantire la coerenza tra le varie regole della GLOBE e ridurre i rischi di doppia imposizione, le complessità e gli oneri di *compliance* connessi all'intervento. In merito alle esclusioni, saranno esaminate soluzioni calibrate sulla dimensione del soggetto (misurata in termini di fatturato di gruppo o con altri indicatori), sulla rilevanza economica delle transazioni e se necessario anche di respiro settoriale. La compatibilità internazionale dovrà invece essere vagliata prestando particolare attenzione al diritto comunitario. OECD (2019), *Programme of Work*, par. 78 (supra n. 142)

¹⁴⁷ Senza pregiudizio per i regimi CFC esistenti.

¹⁴⁸ Operando come una *minimum tax*, la regola di inclusione incrementerebbe il prelievo fino al livello minimo concordato, senza precludere la facoltà ai Paesi di tassare ad un livello più elevato il reddito di fonte estera come previsto, ad esempio, in base a regimi CFC vigenti.

¹⁴⁹ Purché ovviamente determini un prelievo superiore a quello minimo. Vale la pena segnalare che il programma di lavoro ha scartato l'ipotesi di una *minimum tax* parametrata al livello del prelievo sui redditi societari nei singoli Paesi, considerando i rischi di complessità, opacità e difformità connaturati ad un simile approccio.

¹⁵⁰ Risultano soppesate e rigettate le ipotesi di adottare un'aliquota calcolata in percentuale rispetto a quella vigente nella giurisdizione della società madre, o individuata all'interno di un intervallo tenendo conto anche di altri aspetti della regola di inclusione. Ibid. par 63 e ss.

¹⁵¹ Un simile scenario potrebbe condurre al ricalcolo dell'imponibile delle società figlie con le regole vigenti nella giurisdizione della società madre, incrementando gli oneri amministrativi. Oltre ai costi di *compliance* potrebbero scaturire distorsioni legate alle difformità delle legislazioni nazionali. Si pensi, ad esempio, alle differenze sul panorama internazionale nel trattamento delle perdite pregresse o nell'imputazione temporale delle componenti negative e positive.

¹⁵² Ad esempio, escludendo *tax rate* ridotti per via di regimi conformi agli standard individuati dall'azione 5 del progetto BEPS.

opzioni di *blending*, con riferimento soggettivo variabile dalla singola entità fino all'intero gruppo e sul piano territoriale, dalla sulla singola giurisdizione fino al livello globale.

Aspetti delicati nella costruzione della misura emergono poi nell'individuazione delle soglie di controllo rilevante, dei metodi di attribuzione del reddito netto (decurtato delle imposte assolute all'estero) e delle forme di coordinamento ed integrazione tra le nuove disposizioni e il contesto fiscale internazionale e nazionale (si pensi, ad esempio, al necessario coordinamento tra *income inclusion rule* e ritenute alla fonte, disciplina del *transfer pricing*, regimi CFC, ecc).

La necessità di assicurare l'applicazione dell'*income inclusion rule* anche al reddito attribuibile alle stabili organizzazioni - se tassato al disotto del livello minimo - comporterà lo studio di una regola di *switch-over* finalizzata alla revoca, da parte del Paese di residenza della società, del regime di esenzione sui redditi attribuiti alla SO e l'applicazione, al suo posto, del metodo del credito d'imposta.

Il meccanismo di tassazione dei pagamenti che provocano erosione (*tax on base eroding payments*), come accennato, agirebbe a complemento della regola di inclusione fornendo alle giurisdizioni della fonte più strumenti per proteggere le proprie basi imponibili. Il programma di lavoro ha fornito un'elencazione degli elementi da approfondire per le due distinte regole che sorreggono questa parte della proposta GLOBE: la *undertaxed payment rule* e la *subject to tax rule* (già descritte nel paragrafo precedente, al quale qui si rinvia).

Per la *undertaxed payment rule*¹⁵³, l'analisi si concentrerà sulla scelta dei pagamenti da considerare; sul test per verificare se le componenti reddituali relative a detti pagamenti siano effettivamente soggette ad un *effective tax rate* inferiore al minimo; sulla natura e la portata delle rettifiche conseguenti l'applicazione della nuova regola, nonché sulla necessità di implementare delle esenzioni.

Riguardo la *subject to tax rule*¹⁵⁴, che implicherebbe una revisione dell'oggetto e del perimetro applicativo di diverse disposizioni convenzionali (in particolare gli artt. 7,9,10,11-13 e 21 del mod. OCSE), il programma di lavoro ha invitato a considerare, innanzitutto, l'opportunità stessa di una sua introduzione in coabitazione con la *undertaxed payment rule* (posto il rischio di sovrapposizione con effetti ridondanti delle due misure). Qualora la volontà di introdurre la regola trovi conferma, è stata proposta l'analisi accurata del possibile ambito oggettivo (che potrebbe ricomprendere anche i flussi di interessi e royalties tra soggetti indipendenti) dei profili applicativi¹⁵⁵ e degli interventi di coordinamento regolatorio.

¹⁵³ Che, si ricorda, consentirebbe di negare la deducibilità dei costi relativi a taluni pagamenti tra parti correlate, a meno che il reddito corrispondente non sia assoggettato al livello minimo di imposizione nel Paese del percipiente.

¹⁵⁴ Ad integrazione della regola sui pagamenti oggetto di bassa tassazione, la *subject to tax rule* dovrebbe consentire l'applicazione delle ritenute alla fonte ed il diniego dei benefici convenzionali quando alcune componenti reddituali sono assoggettate a destinazione a livelli di tassazione inferiori al minimo concordato.

¹⁵⁵ Uno dei punti di analisi riguarda, ad esempio, il possibile disallineamento temporale tra l'esercizio di una ritenuta alla fonte su un pagamento (in conformità con le norme convenzionali come modificate alla luce della *subject to tax rule*) e il momento in cui il livello d'imposta cui la corrispondente componente reddituale è soggetta diviene noto.

3.3.3 Organizzazione del lavoro futuro

La percorso verso l'individuazione di una soluzione di consenso sarà articolato in più fasi, distinte ma fortemente interconnesse:

- lo *Steering Group* dell'IF dovrà costruire un compromesso preliminare, che unifichi le idee del primo pilastro ed isoli gli aspetti chiave del secondo;
- i corpi sussidiari dell'OCSE contribuiranno, dal punto di vista tecnico, a dirimere le questioni che emergeranno durante i lavori e successivamente predisporranno i rapporti finali, dettagliando la possibile soluzione di consenso;
- il segretariato dell'OCSE si farà carico di arricchire il lavoro con specifiche analisi economiche e d'impatto¹⁵⁶.

L'OCSE ha ricordato come le competenze tecniche necessarie alla costruzione della proposta siano presenti all'interno della sua struttura, annunciando il coinvolgimento dei gruppi di lavoro 1 (per i profili relativi alle convenzioni), 2 (per le analisi economico-statistiche), 6 (per l'allocazione dei profitti ed il *transfer pricing*), 11 (con riguardo alla pianificazione fiscale), oltre alla TFDE, e ad altri organismi che potrebbero essere chiamati a cooperare. Tali gruppi, come accennato, supporteranno inizialmente lo *steering group* nella valutazione delle possibili opzioni, e solo dopo che l'*inclusive framework* avrà concordato su un compromesso, torneranno al tradizionale lavoro di implementazione tecnica della soluzione concordata. Un rapporto sull'andamento dei lavori è atteso a dicembre 2019¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Le analisi economiche e d'impatto, affidate al segretariato dell'OCSE, dovranno contribuire a sciogliere nodi importanti riguardo i pro ed i contro delle varie iniziative: rispetto alla coerenza del sistema fiscale internazionale, agli effetti sugli incentivi per contribuenti e governi, alla distribuzione del gettito internazionale, alle dinamiche degli investimenti, dell'innovazione, ecc. Le risultanze di tali analisi supporteranno l'*inclusive framework on BEPS* nel processo politico-decisionale. Il segretariato dell'OCSE – come richiamato nel documento - ha già presentato all'IF alcuni risultati preliminari, che dovranno essere approfonditi entro la fine del 2019, per poi accompagnare l'andamento dei lavori anche lungo il 2020. OECD (2019), *Programme of Work*, par. 82 (supra n. 142)

¹⁵⁷ L'ultimo documento ufficiale rilasciato dall'OCSE alla data di pubblicazione della presente nota è il rapporto predisposto per il G20 dei Ministri delle Finanze e dei Governatori delle Banche Centrali di Fukuoka (8-9 Giugno 2019), in cui sono brevemente richiamati i lavori condotti in materia di tassazione dell'economia digitalizzata. Tra gli allegati al rapporto figura il programma di lavoro oggetto di commento nel presente capitolo. OECD (2019) "*OECD Secretary-General Report G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*" – June 2019, Paris <https://www.oecd.org/tax/oecd-secretary-general-tax-report-g20-finance-ministers-june-2019.pdf>

4) LA WEB TAX ITALIANA

4.1 Interventi immediati – prospettiva internazionale

L'adeguamento strutturale della fiscalità diretta, come si evince dal precedente capitolo, ha intrapreso un percorso lungo e farraginoso. Il conseguente permanere di sperequazioni nel trattamento tributario delle imprese, in funzione del grado di evoluzione del modello di business adottato, ha generato un malcontento crescente nella società civile, che ha incrementato la propria pressione sulla politica per l'adozione di risposte immediate.

In Italia il dibattito sulla necessità di azioni contingenti finalizzate ad una più equa tassazione dei cosiddetti “big del digitale” ha trovato più volte “sfoghi” legislativi¹⁵⁸. Tuttavia, nell'attesa di una soluzione globalmente condivisa, l'OCSE ha invitato la comunità internazionale a considerare attentamente: “*tutti i pro e i contro di misure del genere alla luce delle specifiche esigenze e circostanze*”. In particolare, il capitolo 6 del rapporto intermedio, pubblicato nel marzo 2018¹⁵⁹, ha passato in rassegna le caratteristiche ed i rischi correlati alle cosiddette misure *ad interim*, premettendo come non esista a livello internazionale un consenso relativo ai meriti e alla necessità di introdurre simili misure. Al contrario, le azioni di breve termine, messe in campo unilateralmente, sono state ritenute foriere di distorsioni, anche rilevanti, all'interno delle economie nazionali e sul piano internazionale¹⁶⁰.

Tuttavia, considerata la volontà di alcuni Paesi di procedere ugualmente, in merito al possibile design degli interventi di breve termine, l'OCSE ha lanciato avvertimenti affinché questi siano conformi alle obbligazioni internazionali ed, in particolare, che rispettino i trattati bilaterali e multilaterali in materia fiscale, gli accordi WTO e, dove applicabile, il diritto comunitario.

A tal proposito, le misure temporanee sono state analizzate in relazione all'ambito applicativo delle convenzioni contro le doppie imposizioni¹⁶¹, con specifico riferimento all'articolo 2 del Modello di convenzione OCSE. Tale articolo, pur includendo estensivamente¹⁶² nei trattati “*le imposte prelevate sul reddito complessivo o su elementi del reddito*” parrebbe escludere le imposte, di natura indiretta, che hanno ad oggetto la fornitura di servizi elettronici, nella forma di accise.

¹⁵⁸ Una prima “web tax” è stata effettivamente varata durante il governo Renzi nella Legge di stabilità 2014 (L. n. 147/2013) e abrogata con il successivo decreto Salva Roma (DL n. 16/2014). Al netto dei susseguenti numerosi tentativi infruttuosi, una nuova imposta è stata varata con la Legge di Bilancio 2018 (L. n. 205/2017).

¹⁵⁹ OCSE, *Tax challenges arising from digitalisation – Interim report 2018* (supra n. 75).

¹⁶⁰ Ad esempio, sono stati menzionati i possibili effetti deleteri sull'allocatione degli investimenti nei settori eventualmente colpiti e su quelli collegati, sui processi produttivi e sul consumo (a fronte di possibili traslazioni economiche a valle delle imposte), sul quadro regolatorio, con incrementi della complessità amministrativa, degli oneri di *compliance* e dei rischi di doppia imposizione. Ibid. cap. 6, par. 6.2.

¹⁶¹ Sul punto, Pedrotti F. (2019), *Prime osservazione in merito all'abrogata imposta sulle transazioni digitali e all'imposta sui servizi digitali introdotta dalla L. 30 dicembre 2018, n. 145*, in Rivista di diritto tributario n. 1/2019.

¹⁶² L'obiettivo dell'articolo 2 è “*ampliare il più possibile il campo di applicazione della convenzione includendo, per quanto possibile, e in armonia con le leggi domestiche dei singoli Stati, le tasse imposte (...) per evitare la necessità di concludere una nuova convenzione ogniqualvolta le leggi interne degli Stati contraenti siano modificate, e assicurare per ciascuno Stato contraente la conoscenza di cambiamenti significativi nella legislazione fiscale di altri Stati*” (Commentario all'articolo 2 del Mod. OCSE).

Un altro dei punti evidenziati dall'OCSE è che eventuali interventi dei singoli Stati dovrebbero configurarsi come transitori ed essere accompagnati da disposizioni (cd. *sunset clauses*) che ne prevedano la cessazione degli effetti al raggiungimento di una soluzione globale condivisa¹⁶³.

Particolare attenzione è stata richiesta, poi, nella definizione degli ambiti oggettivi. L'OCSE ha invitato i Paesi a calibrare eventuali *interim measures* sulle sole fattispecie ad alto rischio (spesso individuate in correlazione ai modelli di business che implicano fenomeni rilevanti di partecipazione degli utenti ed effetti-rete), escludendo così business ormai consolidati, quali, ad esempio, l'e-commerce tradizionale di beni. Un approccio mirato, secondo l'OCSE, dovrebbe manifestarsi anche distinguendo i servizi imponibili dalla generalità di quelli forniti via internet, posto che la partecipazione degli utenti potrebbe non essere un tratto comune a questi ultimi¹⁶⁴.

Infine, l'OCSE ha posto l'accento sull'esigenza di evitare sistemi di tassazione sproporzionati che impattino trasversalmente sulle imprese senza tenere conto delle diversità intrinseche. In questo contesto si inserisce l'avviso per l'adozione di cautele con riferimento alle start up e alle piccole imprese, prevedendo soglie di ricavi al di sotto delle quali non sia possibile applicare eventuali imposte.

4.2 Interventi immediati – prospettiva europea

Condividendo apertamente la necessità di interventi immediati, la Commissione europea ha avanzato, in data 21 marzo 2018, una proposta di direttiva per l'introduzione di un'imposta comune sui ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali (COM (2018) 148 final), a corredo di un pacchetto di interventi, composto anche da una proposta di direttiva per una soluzione di lungo periodo, orientata alla tassazione dei profitti delle imprese digitali¹⁶⁵, ed una raccomandazione agli Stati membri per la revisione delle convenzioni in materia di doppia imposizione concluse con Paesi terzi¹⁶⁶.

Confindustria ha fornito una prima analisi di tali iniziative europee nella cornice della consultazione pubblica indetta al riguardo dal Ministero dell'Economia e delle Finanze a giugno del 2018 alla quale, in questa sede, si rinvia per ulteriori dettagli¹⁶⁷.

La proposta comunitaria per una soluzione provvisoria, come noto, non ha trovato il supporto unanime dei Paesi membri dell'Unione, indispensabile al suo avanzamento, generando, dapprima, animate discussioni in merito al perimetro oggettivo e alle modalità applicative e, successivamente, contestazioni in relazione all'opportunità stessa di una sua introduzione.

¹⁶³ L'ISD italiana, ad esempio, non ha *sunset clause*.

¹⁶⁴ L'interim report annovera generalmente tra i servizi passibili d'imposizione la fornitura di pubblicità on-line ed i servizi di intermediazione, per la cui analisi si rimanda al successivo paragrafo dedicato all'imposta sui servizi digitali italiana.

¹⁶⁵ Proposta di direttiva COM (2018) 147 final.

¹⁶⁶ COM (2018) 1650 final.

¹⁶⁷ La risposta di Confindustria è reperibile sul sito istituzionale al seguente link: <https://bit.ly/2EgsX6e>

In seno al Consiglio dell'Unione europea è stata riformulata l'iniziativa, suggerendo l'introduzione di uno strumento di tassazione, di portata più limitata, volto a colpire i soli ricavi derivanti dalla pubblicità digitale (Imposta sulla Pubblicità Digitale – IPD)¹⁶⁸. Anche questa versione più “snella”¹⁶⁹ della proposta, discussa al consiglio ECOFIN del 12 marzo 2019, non ha però incontrato il necessario supporto.

L'imposta sui servizi digitali introdotta in Italia con la Legge 30 dicembre 2018, n.145, (Legge di Bilancio 2019), oggetto di commento nella presente sezione, ripropone in maniera simile (seppur con alcune omissioni) la disciplina ipotizzata nella proposta di direttiva (COM(2018) 148 final) – prima della sua riformulazione¹⁷⁰.

4.3 L'imposta sui servizi digitali in Italia – stato dei lavori¹⁷¹

L'articolo 1, commi da 35 a 50 della Legge di Bilancio 2019¹⁷² ha introdotto nel nostro ordinamento un'imposta sui ricavi derivanti da alcuni servizi digitali (cd. Imposta sui Servizi Digitali – ISD)¹⁷³.

Prima di fornire un'analisi della disciplina italiana occorre premettere che i lavori relativi alla messa a punto della stessa hanno risentito dei dibattiti svolti in sede europea ed in ambito internazionale e continuano ancora oggi ad essere influenzati dagli sviluppi che avvengono in tali contesti. A fronte di una sostenuta ripresa dei lavori OCSE, il percorso di attuazione dell'ISD (che, si ricorda, non ha ancora visto l'emanazione del decreto interministeriale attuativo atteso entro il mese di aprile del 2019¹⁷⁴) sembrerebbe vivere una fase di stallo, sulla quale parrebbero avere inciso anche i molteplici dubbi sollevati in relazione al dettato normativo e ai suoi possibili impatti economici¹⁷⁵.

¹⁶⁸ Nell'accordo politico con cui è stata proposta l'introduzione dell'IPD è stato ribadito che l'imposta “[...] dovrebbe essere applicata ai ricavi derivanti dalla fornitura di servizi pubblicitari digitali poiché sono i servizi che dipendono maggiormente dalla creazione di valore da parte degli utenti” [...]“Pertanto, i ricavi imponibili dovrebbero essere quelli derivanti dalla collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia. Se non vengono ottenuti ricavi dalla fornitura di tali servizi pubblicitari, l'IPD non dovrebbe essere dovuta. Gli altri ricavi ottenuti dall'entità che fornisce tali servizi, ma che non derivano direttamente da tali forniture, dovrebbero essere ugualmente esclusi dall'ambito di applicazione dell'imposta”, cfr. Accordo politico sulla proposta di direttiva relativa all'IPD (n. doc. Comm. 7420/18/FISC 151 ECOFIN 277 DIGIT 48 IA 78) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6873-2019-INIT/it/pdf>

¹⁶⁹ Tale proposta risultava epurata dai tentativi di tassazione delle piattaforme digitali che intermediano utenti e dei servizi di raccolta e trasmissione dei dati a titolo oneroso.

¹⁷⁰ Sul punto, Tomassini A. e Di Dio A. (2019), *Web tax sui servizi digitali: soluzione transitoria in attesa delle decisioni dell'OCSE* in *Corriere tributario*, n. 4/2019.

¹⁷¹ Le osservazioni che seguono completano ed in taluni casi ribadiscono quelle già rese in occasione della consultazione pubblica relativa alle norme, in larga misura identiche, contenute nella proposta di direttiva per un'imposta comune sui ricavi derivanti da taluni servizi digitali (supra n. 126).

¹⁷² Prime osservazioni riguardanti la richiamata normativa sono state fornite da Confindustria, in occasione della sua introduzione, nella circolare di commento alla Legge di Bilancio 2019, disponibile sul sito istituzionale al seguente link: <https://bit.ly/2WXYWD4>

¹⁷³ Abrogando contestualmente le norme introdotte al medesimo fine dall'articolo 1, commi da 1011 a 1019 della Legge 27 dicembre 2017, n. 205.

¹⁷⁴ Cfr. articolo 1, comma 45, L. n. 145/2018.

¹⁷⁵ È ad oggi ancora incerta l'intenzione del Governo italiano di proseguire nell'attuazione dell'imposta. Una pressione determinante in tal senso potrebbe giungere dalle necessità di bilancio, dal momento che al varo dell'imposta è legata la stima di un maggior introito per le casse erariali pari a 150 milioni di euro nel secondo semestre del 2019 e ben 600 milioni di euro a decorrere dal 2020.

4.4 Ambito soggettivo

La disciplina italiana (art. 1, comma 36, L. n. 145/2018) definisce soggetti passivi dell'ISD gli esercenti attività d'impresa che, singolarmente o a livello di gruppo, rispettino congiuntamente, in un anno solare¹⁷⁶, i seguenti due requisiti dimensionali:

- un ammontare di ricavi, ovunque realizzati, non inferiore a 750 milioni di euro;
- un ammontare di ricavi realizzati in Italia, da servizi digitali imponibili, non inferiore a 5,5 milioni.

La prima soglia appare mutuata dall'articolo 4 della proposta di direttiva europea sopra ricordata¹⁷⁷. La relazione illustrativa all'articolo 4 motivava la scelta di una simile grandezza con l'esigenza di limitare *“l'applicazione dell'imposta alle imprese di determinate dimensioni, che sono quelle che detengono posizioni di mercato consolidate grazie alle quali beneficiano maggiormente degli effetti di rete e sfruttano i megadati, fondando quindi i loro modelli imprenditoriali sulla partecipazione degli utenti”*.

La seconda soglia, invece, dovrebbe limitare l'applicazione dell'imposta ai casi in cui vi sia *“un'impronta digitale significativa”* del fornitore in Italia.

A ben vedere, tuttavia, la scelta di simili requisiti potrebbe incidere anche sulle società (o gruppi) i cui ricavi, derivanti da servizi digitali imponibili, rappresentano solo una minima parte del totale, inficiando l'intento del legislatore di colpire specificatamente i cosiddetti *“giganti del web”*¹⁷⁸¹⁷⁹.

Come anticipato, la norma definisce soggetti passivi d'imposta i soggetti esercenti attività d'impresa che agiscano singolarmente o a livello di gruppo, non specificando però cosa debba intendersi per gruppo in relazione all'imposta. Volendo fare riferimento alla norma europea, per entità appartenenti ad un gruppo, dovrebbero intendersi *“tutte le entità*

¹⁷⁶ Il riferimento ad un unico anno solare per la verifica della sussistenza dei due requisiti dimensionali potrebbe creare inefficienze nella misura in cui fluttuazioni occasionali del fatturato, anche minimali, a ridosso delle soglie comporterebbero l'esclusione (o viceversa l'inclusione) dei soggetti all'interno del perimetro imponibile. Sul punto Confindustria ha già, in passato, menzionato l'opportunità di definire soglie medie pluriennali (vedi supra n. 161).

¹⁷⁷ Proposta di direttiva (COM (2018) 148 final). Tale soglia ricalca, peraltro, quella in origine definita nell'ambito del progetto BEPS dell'OCSE (con riferimento all'azione 13) per l'individuazione dei gruppi multinazionali di maggiore dimensione.

¹⁷⁸ In particolare, la scelta di definire la soglia dimensionale principale (750 milioni di euro) con riferimento al complesso dei ricavi e non solo a quelli derivanti da attività digitali potrebbe far ricadere nell'ambito soggettivo anche imprese (o gruppi) coinvolte in business digitali in maniera del tutto marginale o accessoria. Parimenti, tali soglie potrebbero condizionare processi di diversificazione dei gruppi tradizionali (o i processi di espansione dei gruppi digitali non residenti) a svantaggio di soggetti, anche di dimensioni relativamente contenute, operanti nella fornitura dei servizi digitali in Italia, che a seguito di un'eventuale acquisizione potrebbero essere assoggettati all'ISD, e risponderne, nel caso, per l'intero gruppo (cfr. articolo 1, comma 43, L. n. 145/2018).

¹⁷⁹ E' stato peraltro ravvisato in dottrina come la necessità che i due requisiti si presentino congiuntamente possa obbligare l'Amministrazione italiana a raccogliere informazioni che potrebbero non essere disponibili – o quantomeno non prontamente disponibili – complicandone le funzioni accertative. *“Quale titolo ha l'Agenzia delle Entrate per richiedere ad un operatore non residente e privo di stabile organizzazione in Italia informazioni sul gruppo di appartenenza? Quale potere coercitivo può esercitare per costringere detto soggetto ad una sia pur minimale collaborazione?”* Di Tanno T. (2019), *“L'imposta sui servizi digitali si allinea alla proposta di Direttiva UE”*, in Il fisco, n. 4/2019.

pienamente incluse nel bilancio consolidato redatto in conformità ai principi internazionali d’informativa finanziaria (IFRS) o a un sistema nazionale di informativa finanziaria”. Va rilevato che, nel secondo caso, anche in ragione della varietà dei soggetti potenzialmente interessati dall’ISD (soggetti virtualmente residenti in qualsiasi giurisdizione), appaiono scarse le garanzie di uniformità del perimetro di gruppo e delle regole di consolidamento.

4.5 Ambito oggettivo

L’imposta, come stabilito dall’articolo 1, comma 37, L. n. 145/2018, si applica ai ricavi derivanti da:

- a) veicolazione su un’interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia;
- b) messa a disposizione di un’interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi;
- c) trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall’utilizzo di un’interfaccia digitale.

I concetti di “utente” e “interfaccia digitale” assumono un ruolo chiave con riferimento alla demarcazione dell’ambito oggettivo. Mentre per declinare il concetto di interfaccia digitale risultano d’ausilio le indicazioni contenute nella proposta di direttiva comunitaria¹⁸⁰, appare più delicato il profilo attinente alla nozione di “utente”, posto che, sotto tale nozione sembrerebbero accomunarsi realtà diverse e distanti, quali persone fisiche ed imprese¹⁸¹.

Venendo ai ricavi di cui alla lettera a), ossia quelli derivanti dalla **veicolazione di pubblicità online**, è opportuno sottolineare come le disposizioni nazionali, ricalcando la proposta europea, richiedano che la pubblicità sia “mirata” agli utenti di un’interfaccia digitale. Si è portati dunque a ritenere che l’ISD consideri imponibili, non tutte le forme di pubblicità online, ma solo quelle caratterizzate da messaggi pubblicitari definiti e collocati sfruttando attivamente informazioni raccolte presso l’utenza. In quest’ottica andrebbero escluse dalle fonti di ricavo imponibili, le attività che consistono nella somministrazione di messaggi pubblicitari generici, anche se rivolti a specifiche categorie di soggetti, come quelli che caratterizzano le trasmissioni TV (anche in streaming) o gli annunci nelle versioni digitalizzate di quotidiani e/o riviste.

Merita un cenno, inoltre, la possibilità che i soggetti responsabili della collocazione di messaggi pubblicitari imponibili non siano i proprietari delle interfacce digitali su cui detti messaggi compaiono¹⁸². È auspicabile che l’eventuale regolamentazione di questa fattispecie, presente nella proposta di direttiva europea, ma non anche nelle norme

¹⁸⁰ Che definisce l’interfaccia digitale come “ogni software, inclusi i siti web, le loro parti e le applicazioni, incluse le applicazioni mobili, accessibili agli utenti”.

¹⁸¹ E’ ad esempio possibile che più persone fisiche fruiscono di un servizio digitale mediante un’impresa e ciò creerebbe incertezze in merito al quale sia il soggetto qualificabile come “utente” (si pensi al caso in cui un’impresa sottoscrive un abbonamento per accedere ad una banca dati e l’account corrispondente è utilizzato da tutti i dipendenti della stessa).

¹⁸² Si pensi agli annunci pubblicitari profilati sulle nostre ricerche e preferenze che, tra gli altri, Google colloca su siti internet di terzi.

italiane, non produca in alcun caso oneri (comunicativi o d'altro genere) in capo ai soggetti che, pur mettendo a disposizione le interfacce digitali, non integrano i requisiti per l'assoggettamento all'ISD.

Una necessaria riflessione andrebbe svolta anche in merito all'inclusione o meno nel perimetro imponibile delle cd. *barter activities* (attività di "baratto") a sfondo promozionale, e cioè di quegli "scambi di visibilità" che avvengono tra aziende e che possono portare, ad esempio, all'inserimento di contenuti pubblicitari (banner, video, etc) sui rispettivi siti web o su interfacce digitali di altra natura.

La seconda categoria di ricavi imponibili riguarda le **interfacce multilaterali che consentono l'interazione tra utenti, anche prescindendo dal fine della stessa**. Ricadrebbero innanzitutto in tale categoria i **ricavi da servizi di intermediazione finalizzati allo scambio di beni e servizi tra utenti**, che caratterizzano, ad esempio, la cd. "*sharing economy*". Molteplici potrebbero essere gli esempi noti in tal senso, categorizzabili come marketplace online (eBay, Airbnb, Uber, ecc.). **In secondo luogo** verrebbero colpiti i ricavi provenienti **da servizi che si limitano a favorire l'interazione tra utenti pur non favorendo scambi di natura commerciale tra questi**. E' il caso, ad esempio, delle interfacce che dietro pagamento di quote di iscrizione consentono agli utenti di mettersi in contatto tra loro per scopi non direttamente riconducibili a finalità commerciali.

E' opportuno sottolineare come l'elemento colpito dall'imposta, nel primo caso, sarebbe il ricavo dell'interfaccia che dipende e non di rado è commisurato al valore scambiato tra gli utenti¹⁸³; e non anche quest'ultimo, per il quale resterebbero ferme le ordinarie regole di tassazione. Nel secondo caso sarebbe imponibile, invece, un ricavo generalmente vincolato alla sola adesione alla piattaforma e di norma svincolato dalle successive azioni degli utenti¹⁸⁴.

In relazione a questa categoria imponibile, le norme italiane non hanno per ora reiterato le opportune esclusioni previste nella proposta di direttiva comunitaria che, tra le altre, esentava dall'ISD i ricavi derivanti dalla fornitura diretta di contenuti digitali agli utenti (ad esempio, i servizi di *streaming* di musica o video), nonché i servizi di comunicazione (messaggistica, posta elettronica, videochiamate, ecc.) o di pagamento¹⁸⁵. Tali esclusioni

¹⁸³ E' il caso delle commissioni (fee) che le piattaforme di intermediazione percepiscono sulle operazioni commerciali condotte dagli utenti. Si pensi, ad esempio, in un modello di *ride-sharing* (Uber, Lyft, etc), al compenso percepito dalla piattaforma, in funzione dell'effettuazione del servizio da parte dell'autista e del relativo costo (variabile in base alla distanza, all'orario, alla disponibilità di veicoli in zona e altri fattori).

¹⁸⁴ Ricadrebbero in tale fattispecie, ad esempio, le piattaforme che danno accesso a taluni servizi a fronte di una quota di iscrizione, quali i social network con riferimento alle funzionalità "premium" (LinkedIn premium, Tinder premium, Meetic.com, ecc).

¹⁸⁵ La direttiva considerava esenti anche i ricavi derivanti dalla fornitura di servizi e attività d'investimento da parte di sedi di negoziazione, internalizzatori sistematici e operatori di *crowdfunding*. Esclusioni rilevanti, volte a non ricomprendere nell'ISD operatori che talvolta svolgono ruoli cruciali in comparti altamente regolamentati, in cui l'attività degli utenti ed i rischi di erosione delle basi imponibili appaiono contenuti (si pensi ad esempio alle interfacce digitali di interazione nel settore delle utilities). Ha destato in alcuni casi perplessità la scelta di condizionare l'esenzione al rispetto di disposizioni comunitarie, in considerazione della possibilità di ritenere passibili dell'ISD anche operatori non residenti (e dunque non tenuti a conformarsi alle normative UE). Per quanto concerne le piattaforme di *crowdfunding*, la proposta di direttiva ha operato una sottile distinzione esentando unicamente le forme di *crowdfunding* basate sugli investimenti e sui prestiti effettuati dagli utenti, ma assoggettando quello basato sulle donazioni o sulle ricompense.

appaiono tutt'altro che marginali nella costruzione di un meccanismo impositivo coerente con l'intento di colpire unicamente le attività caratterizzate dal ruolo attivo degli utenti nei processi di creazione del valore ed è pertanto auspicabile che vengano implementate nella disciplina italiana, eventualmente in sede attuativa.

Sono da ultimo imponibili, come terza fattispecie, i ricavi derivanti dalla **trasmissione di dati generati dagli utenti mediante l'utilizzo di interfacce digitali**. Si tratta probabilmente della categoria più controversa, in considerazione del ruolo che i dati ricoprono, nei moderni processi di creazione del valore (si pensi, ad esempio, all'utilizzo dei megadati nei processi di *training* delle intelligenze artificiali). È bene chiarire che l'ISD, nella sua forma attuale, non colpirebbe la raccolta di dati in sé, o il loro utilizzo per finalità interne alla medesima impresa (o gruppo), bensì la sola **trasmissione a terzi e a titolo oneroso. Le transazioni rilevanti risulterebbero solo quelle relative a dati generati dagli utenti tramite interfacce digitali**. Quest'ultimo inciso appare però vago.

Poiché anche le imprese parrebbero ricadere a pieno titolo nella definizione di "utenti" generatori di dati, non possono escludersi a priori ricadute negative dell'ISD sugli scambi informativi B2B, ad esempio attraverso un "raffreddamento" delle cessioni di banche dati potenzialmente utili in ambiti esterni a quello in cui sono state create o mediante impatti sui processi di transizione delle imprese verso modelli di manifattura avanzata ("Industria 4.0")¹⁸⁶. A tali preoccupazioni si sono aggiunte perplessità riguardanti l'applicazione pratica dell'imposta, non essendo chiaro se la stessa colpisca unicamente il primo trasferimento dei dati (dal soggetto che crea il database al primo acquirente) ovvero ogni trasmissione successiva.

4.6 Territorialità e profili temporali

La disciplina italiana dell'ISD (art. 1, comma 40, L. n. 145/2018) specifica gli elementi che consentono la corretta identificazione del luogo in cui avvengono le prestazioni e, di conseguenza, in cui si realizza il presupposto impositivo. I ricavi si considerano assoggettati a tassazione in Italia se l'utente del servizio imponibile è materialmente localizzato nel territorio dello Stato in un determinato periodo d'imposta (coincidente con l'anno solare). In via preliminare, si osserva che le norme nazionali omettono di chiarire come, in concreto, potrà avvenire la localizzazione dell'utente.

A tale riguardo, la proposta di direttiva europea aveva precisato che la localizzazione dei dispositivi utilizzati dagli utenti per accedere alle interfacce digitali potesse avvenire mediante l'indirizzo di protocollo internet (IP)¹⁸⁷ o, se più accurato, ricorrendo a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione. Quest'ultimo richiamo lasciava peraltro intendere la

¹⁸⁶ In ambito comunitario è stata discusso il mancato assoggettamento all'imposta di ricavi generati da dati acquisiti mediante sensori e altri mezzi (si veda al riguardo il punto 17 della relazione illustrativa alla proposta di direttiva sull'ISD), non è stato tuttavia chiarito come tale esclusione verrebbe attuata. Le imprese che raccolgono i dati, infatti, potrebbero non essere al corrente delle modalità di generazione degli stessi (automatizzata o umana), né tantomeno essere in principio tenute a classificarli discriminando in funzione di elementi necessari all'applicazione dell'ISD.

¹⁸⁷ Etichetta numerica che identifica univocamente un dispositivo collegato ad una rete informatica.

consapevolezza dei limiti connaturati al mero ricorso all'indirizzo IP quale indicatore affidabile per stabilire la territorialità degli utenti¹⁸⁸. In ambito europeo sono state evidenziate le criticità connesse all'esigenza di raccogliere, a fini fiscali, dati sensibili dal punto di vista della privacy, indipendentemente dalla volontà degli utenti. La proposta di direttiva si preoccupava di specificare al riguardo che la raccolta dei dati dovesse avvenire impedendo l'identificazione degli utenti ed in conformità con la normativa vigente in materia di trattamento dei dati personali. Cautele che si ritiene debbano necessariamente essere trasfuse nella disciplina nazionale¹⁸⁹.

Ciò premesso, si ricorda che l'imposta italiana regola la localizzazione nel territorio dello Stato e la competenza temporale con tre distinti approcci, uno per ciascuna tipologia di ricavi imponibili.

Nel caso della **pubblicità su interfacce digitali**, rilevarebbe il luogo in cui si trovano gli utenti che visualizzano la pubblicità. Luogo e periodo d'imposta verrebbero stabiliti in funzione del territorio e del momento in cui l'utente accede all'interfaccia digitale su cui la pubblicità è collocata. A tale riguardo merita sottolineare che per le imprese non sempre potrebbe essere agevole tracciare le traiettorie dei messaggi pubblicitari (la cui apparizione è possibile anche su dispositivi offline o indipendentemente dalla volontà del soggetto che li colloca inizialmente). Inoltre, vale la pena osservare che, seppur in casi limitati, il luogo in cui i dispositivi accedono alla rete potrebbe non coincidere con il luogo in cui fisicamente si trovano gli utenti che visualizzano i messaggi pubblicitari¹⁹⁰.

Nel caso della **messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale**, la disciplina italiana (prendendo spunto da quella europea) opera una distinzione tra interfacce finalizzate ad agevolare le cessioni di beni o le prestazioni di servizi tra gli utenti e le interfacce che si limitano alla sola messa in contatto degli utenti.

Per quanto concerne le prime, la localizzazione degli utenti nel territorio dello Stato verrebbe stabilita in base al luogo (e al momento) in cui questi accedono all'interfaccia per concludervi un'operazione. Dal tono letterale della disposizione non è chiaro, tuttavia, se al fine della verifica territoriale e temporale venga in rilievo il mero accesso all'interfaccia (dall'Italia) o se sia rilevante anche la conclusione dell'operazione (eventi spesso non coincidenti). In questo secondo caso dovrebbe essere considerata l'eventualità in cui le imprese che gestiscono le piattaforme non siano al corrente dell'effettiva conclusione delle operazioni intermedie.

Per le interfacce digitali che mettono in contatto gli utenti, ma non facilitano le cessioni di beni o prestazioni di servizi tra loro, è indicato come rilevante il luogo in cui l'utente crea un *account* che gli consenta l'accesso all'interfaccia digitale per una parte o

¹⁸⁸ In particolare, considerando la diffusione di strumenti che consentono di limitare il valore informativo dell'indirizzo IP: come ad esempio, le *virtual private network* (VPN) ed i protocolli di anonimato (es. TOR).

¹⁸⁹ Opportunamente nella definizione del decreto interministeriale attuativo la disciplina italiana dell'ISD coinvolge infatti, tra gli altri, il garante per la protezione dei dati personali (articolo 1, comma 45, L. n. 145/2018).

¹⁹⁰ Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, in tutti i casi in cui il contenuto, anche pubblicitario della piattaforma, venga ritrasmesso sulla rete da un utente (che vi accede in via diretta) a beneficio di altri, che lo visualizzano pur non raggiungendolo direttamente.

per la totalità del periodo d'imposta (anno solare). Sarebbe non assumere rilievo in questo caso la localizzazione dell'utente al momento della fruizione del servizio/dell'accesso all'interfaccia, posto che l'apertura dell'account utilizzando un dispositivo in Italia sarebbe requisito essenziale ai fini della territorialità. Non dovrebbero esserci dubbi sulla facoltà di considerare imponibili i ricavi maturati di anno in anno per via dell'esistenza/rinnovo del medesimo conto nel tempo. D'altro canto, sarebbe configurarsi l'irrilevanza sistematica dei ricavi legati ad account aperti all'estero, anche se utilizzati in Italia. Se così fosse, risulterebbe in parte inficiato il principio che vorrebbe l'ISD orientata a catturare i processi di creazione del valore che implicano la partecipazione di utenti italiani.

La terza e ultima fattispecie considerata dalla normativa riguarda i **ricavi derivanti dalla cessione a terzi di dati-utente**. Per questa categoria imponibile la territorialità è stabilita in funzione della localizzazione in Italia del dispositivo utilizzato per accedere alle interfacce su cui i dati sono generati. Sotto il profilo temporale sarebbe invece rilevare il momento di trasmissione dei dati, indipendentemente dal periodo di generazione.

Tale impostazione potrebbe generare diverse difficoltà applicative. Andrebbe, ad esempio, chiarito se debbano essere considerate imponibili le trasmissioni di dati raccolti in periodi precedenti l'entrata in vigore dell'ISD o solo quelle che riguardano banche dati create successivamente. Nel primo caso, difficoltà potrebbero emergere anche con riferimento alla ricostruzione della rilevanza territoriale dei dati raccolti.

4.7 Aspetti applicativi

L'aliquota d'imposta è stata fissata in misura pari al 3%, applicabile all'ammontare dei ricavi tassabili realizzati dal soggetto passivo, al lordo dei costi e al netto dell'IVA e di altre imposte indirette.

Il versamento è dovuto entro il mese successivo a ciascun trimestre e alla presentazione della dichiarazione annuale dell'ammontare dei servizi tassabili prestati entro quattro mesi dalla chiusura del periodo d'imposta.

È stato stabilito che i soggetti non residenti, privi di stabile organizzazione in Italia e non identificati ai fini IVA, qualora integrino i requisiti soggettivi dell'ISD, siano tenuti a richiedere all'Agenzia delle Entrate un numero identificativo ai fini dell'imposta, con modalità che saranno stabilite con un futuro provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate. Preme sottolineare come l'assenza dei tradizionali legami che preludono alla soggettività tributaria (residenza o stabile organizzazione) costituisca, anche nel caso dell'ISD, un elemento di debolezza strutturale della pretesa impositiva. Nel caso in cui le entità assoggettabili ad imposta decidano di non adempiere gli obblighi di identificazione e versamento richiesti, non è chiaro quali siano le contromisure esperibili dall'Amministrazione finanziaria. Per garantire l'applicazione dell'imposta, la normativa ha previsto che i soggetti residenti in Italia, appartenenti a gruppi che integrano i presupposti impositivi, pur in carenza di legami territoriali, siano responsabili in solido con questi ultimi per l'assolvimento degli obblighi d'imposta. Tuttavia tale disposizione, oltre a lasciare

impregiudicate le fattispecie in cui tale presenza manca, potrebbe provocare controversie, nella misura in cui rimette in capo ad entità del gruppo responsabilità (ed oneri d'imposta) non sostenibili.

Ai fini dell'accertamento, delle sanzioni e della riscossione sono estese, per quanto compatibili, le disposizioni previste in materia di IVA.

Da ultimo, l'imposta sui servizi digitali, così come formulata, presenta diversi rischi, primo fra tutti quello della traslazione economica sui consumatori finali.¹⁹¹ Tale rischio appare tanto più fondato alla luce della frammentazione legislativa, a livello europeo, in materia di tassazione del digitale. È evidente che assoggettare a tassazione solo in alcuni Stati le stesse imprese che operano a livello internazionale creerebbe inevitabilmente squilibri a svantaggio dei Paesi che adottano tali misure, in termini di investimenti "digitali".

Peraltro, i limiti di una misura "locale" risultano tanto più evidenti alla luce della circostanza per cui molti Paesi hanno già adottato misure individuali volte all'introduzione di una web tax: tale scenario, per un'impresa multinazionale, comporterebbe il doversi districare tra una "giungla" di regole locali¹⁹². Peraltro, la frammentazione legislativa presenta quale possibile effetto negativo la creazione di fenomeni di doppia tassazione, di tipo indiretto, derivanti dalla scelta di tassare i ricavi in funzione del territorio in cui concretamente si esplica la partecipazione degli utenti¹⁹³.

¹⁹¹ Sul punto anche Stevanato D., *La web tax piace a tutti, ma ha un problema: è sbagliata*, in *Il foglio* del 12 settembre 2017. Secondo l'autore "si avrebbe un nuovo tributo spannometrico sul prodotto lordo, dal carattere selettivo con una evidente sovrapposizione rispetto all'IVA e il rischio di una traslazione a valle sui prezzi dei prodotti e dei servizi (...)".

¹⁹² Oltre all'Italia, i Paesi UE che hanno annunciato l'introduzione di una web tax sono Spagna, Francia e Austria, cui si aggiunge il Regno Unito. Sul punto, Gallucci G. e Pennesi M., *La web tax rischia di cadere sulla doppia imposizione*, *il Sole24Ore*, del 6 febbraio 2019.

¹⁹³ Esemplificando, qualora due soggetti, localizzati in Paesi diversi (Paesi che abbiano introdotto una propria web tax nazionale), scambiassero su una piattaforma digitale un bene (o un servizio), il ricavo derivante dallo scambio potrebbe risultare tassato in capo alla piattaforma due volte, in forza del vincolo territoriale che lega le due parti alle discipline nazionali.