



Dipartimento di *Impresa e Management*

Corso di laurea magistrale in *Amministrazione, Finanza e controllo*

Cattedra di *Diritto Tributario*

La tassazione dell'economia digitale tra sviluppi recenti e prospettive future

Relatore

Chiar.mo Prof. Fabio Marchetti

Candidato

Valeria Ventura

Matr.702681

Correlatore

Chiar.mo Prof. Giuseppe Napoli

Anno Accademico 2018/2019

Sommario

Introduzione	5
Capitolo 1 – L’era dell’economia digitale	8
1.1 The <i>digital economy</i> attraverso le definizioni di Negroponte e Tapscott	8
1.2 Dall’ <i>e-commerce</i> all’ <i>Internet of Things (IoT)</i>	13
1.3 Gli intangibili: la crescita del patrimonio invisibile	17
1.3.1 Le “ <i>Four S’s of Intangibles</i> ”	22
1.3.2 La proprietà intellettuale ed il <i>Patent Box</i>	25
1.4 I nuovi modelli di <i>business</i> digitale e le loro caratteristiche	31
1.5 Le criticità fiscali dopo la crisi della stabile organizzazione	41
1.5.1 I comportamenti elusivi delle imprese digitali	50
1.5.2 <i>Double Irish with Dutch Sandwich</i> e <i>IP Box Regimes</i>	56
1.5.3 <i>Transfer Pricing – Actions 8-10</i>	60
Capitolo 2 – Le discussioni sulla creazione di valore	67
2.1 La creazione di valore come nuovo criterio di allocazione dei redditi	67
2.2 L’allineamento tra ubicazione degli utili imponibili e ubicazione della creazione di valore	71
2.2.1 Possibili alternative all’ <i>arm’s length principle</i>	75
2.3 La catena del valore: da Porter al <i>Value Shop</i>	80
2.3.1 La <i>Value Chain Management</i>	87
2.3.2 La <i>Global Value Chain</i>	90
2.3.3 La <i>Supply Chain</i>	94
2.3.4 La <i>Value Chain</i> nelle multinazionali	97

Capitolo 3 – Interventi dei governi e delle organizzazioni internazionali in materia di tassazione dell’economia digitale	100
3.1 Economia digitale, tecnologie abilitanti e nuove fattispecie imponibili	100
3.2 Le reazioni dei singoli Stati alla <i>digital economy</i>	106
3.3 La visione della Commissione europea sulla tassazione dell’economia digitale (nel periodo 2013-2018)	110
3.3.1 L’iter delle Proposte di Direttiva CCTB e CCCTB fino all’approvazione nel marzo 2018	118
3.3.2 La riforma fiscale U.S.A. 2017	123
3.4 L’OCSE ed il Progetto BEPS: le 15 <i>Actions</i>	128
3.5 Evoluzione della stabile organizzazione in linea con la <i>digital economy</i>	143
3.6 Proposta di Direttiva COM (2018)147 <i>final</i> sulla c.d. “stabile organizzazione digitale”	151
3.7 La tassazione della <i>digital economy</i> secondo le più recenti linee di intervento OCSE	157
Capitolo 4 – La tassazione dei servizi digitali e la <i>Bit tax</i>	166
4.1 Caratteri generali dell’ <i>Interim Web tax</i>	166
4.1.1 I soggetti passivi dell’imposta	171
4.1.2 L’oggetto dell’imposta	175
4.1.3 La determinazione della base imponibile	177
4.1.4 Le modalità applicative	181
4.2 La “breccia francese” e le altre iniziative europee	184
4.3 L’imposta italiana sui servizi digitali	188
4.4 La nuova <i>Web tax</i> a partire dal 2020	194
4.5 La <i>Bit tax</i>	197
Conclusioni	200
Bibliografia	204
Sitografia	212
Riassunto	214

Introduzione

*“L’economia come la conoscevamo è finita per sempre. Nel nuovo mercato digitale, dove la merce più preziosa sono i dati degli utenti, vince chi cattura la nostra attenzione. La lotta è senza quartiere, e i volumi di ricchezza generati sono immensi. Dal lavoro al tempo libero, dall’ambito privato alla dimensione pubblica, il digitale gioca un ruolo sempre più determinante nelle nostre vite quotidiane.”*¹ Con tale affermazione N. Srnicek ci dà la misura di come oramai le tecnologie digitali siano parte integrante della nostra vita, ad esempio nella gestione delle comunicazioni, nell’accesso alle informazioni, nell’interazione con le macchine e nelle relazioni con le persone. Un semplice “click”, dunque, è ciò che nel quotidiano ci consente di svolgere le nostre attività, di ottenere i beni e i servizi desiderati, ovunque essi si trovino e con possibilità di raggiungerli da qualsiasi luogo ed in qualsiasi momento della giornata, senza alcun ostacolo spazio-temporale ma anzi con un considerevole miglioramento della nostra qualità di vita ed un’accreciuta possibilità, grazie anche alla rapidità nell’accesso alle informazioni, di partecipare alla vita sociale.

Altrettanto consistenti sono i vantaggi che derivano dalla digitalizzazione sul piano della produttività e della crescita economica, tramite una maggiore efficienza dei processi, connessa all’elevata velocità di circolazione delle informazioni tra clienti e fornitori, ed ai ridotti costi di comunicazione. Da parte degli utenti, infatti, vi è una conquistata fiducia nel nuovo sistema - dai *social network* alle piattaforme *e-commerce* - che appare efficace ed efficiente perché integralmente condiviso e condivisibile e che risulta meritevole di essere preferito in quanto economicamente vantaggioso.

Le autorità nazionali e internazionali, d’altra parte, hanno da qualche tempo avvertito l’esigenza di trovare nuove soluzioni per regolamentare il sistema fiscale di tali innovative forme di *business*. La legislazione allo stato vigente, infatti, non è di recente emanazione e, pensata per le attività tradizionali, appare in più punti obsoleta, facilmente aggirabile dai comportamenti elusivi posti in essere dalle società del *web2*,

¹ SRNICEK N., *Capitalismo digitale: Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press, 2017.

² L’elusione fiscale consiste nell’evitare l’obbligo d’imposta senza violare le norme tributarie. FALSITTA G., in *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, CEDAM, Milano, 2011, la definisce così: “L’elusione fiscale è

consistenti nell'evitare la tassazione nei territori in cui operano, lucrando in tal modo considerevoli vantaggi economici, in pregiudizio delle giurisdizioni degli Stati i quali si sono trovati impreparati, di fronte ai nuovi modelli di economia, ad esercitare pienamente la loro potestà impositiva, con conseguenti perdite di gettito. La strada che conduce all'individuazione di nuove formule in grado di adeguare le regole previgenti al mutato contesto economico è stata, tuttavia, lenta e tortuosa, disseminata di ostacoli soprattutto riconducibili alla resistenza di un approccio conservativo, giustificato sia dal genuino desiderio di non frenare lo sviluppo tecnologico ma anche dalla meno autentica riluttanza, da parte di coloro che si sono trovati ad operare in economie più avanzate, a sacrificare posizioni di relativo vantaggio, di recente acquisite. Le criticità fiscali delle reti globali dell'informazione e del commercio elettronico sono così divenute criticità dell'economia digitalizzata nel suo complesso, nella perdurante assenza, in disparte meri mutamenti lessicali, di efficaci azioni risolutive³. Un grosso impulso all'attività di revisione della fiscalità internazionale d'impresa si è senz'altro registrato dopo la crisi economica del 2008, su *input* del G20 e grazie all'attività dell'OCSE il cui progetto BEPS, in particolare – sul quale si avrà occasione di soffermarsi più avanti (v. infra cap. 3 par.4) - ha posto come proprio orizzonte proprio la digitalizzazione. Tuttavia, a distanza di diversi anni dalla ripresa serrata dei lavori internazionali, si rimane ancora in attesa di risultati tangibili.

L'obiettivo del presente elaborato è, dunque, quello di esaminare il fenomeno dell'economia digitale e della relativa tassazione - che ha mostrato lacune normative che consentono alle imprese di eludere il sistema fiscale - e di illustrare i corrispondenti interventi posti in campo dai vari governi e dalle organizzazioni internazionali in materia di commercio elettronico, finalizzati ad individuare soluzioni idonee per una tassazione equa ed efficace.

L'elaborato è stato suddiviso in 4 capitoli: nel primo capitolo si vuole fornire una definizione dell'economia digitale, analizzando l'impatto che la digitalizzazione ha avuto sul settore produttivo e soffermandosi sulle caratteristiche differenti dei “nuovi beni” intangibili; nel secondo capitolo si affronta il concetto di dematerializzazione dell'accesso ai mercati che ha reso obsoleto il tradizionale *nexus* basato sulla localizzazione di una stabile organizzazione dell'impresa nel territorio di uno Stato e che ha fatto emergere la necessità di ricercare nuovi concetti di *nexus*; nel terzo

caratterizzata dalla anormalità delle concatenazioni di atti escogitata per raggiungere un dato risultato economico rispetto a quelle normalmente escogitati dagli operatori che versano nelle medesime esigenze.”

³ CONFINDUSTRIA, Position Paper, *Principi fiscali internazionali e digitalizzazione dell'economia*, Giugno 2019.

capitolo si passa ad una più approfondita analisi degli interventi dei governi e delle organizzazioni internazionali in tema di commercio elettronico con particolare *focus* sul progetto BEPS; il quarto ed ultimo capitolo verte sui recenti interventi per la regolamentazione del sistema fiscale digitale, con particolare riferimento alla “*Web Tax*” e specifica attenzione all’analisi del campo di applicazione e dei benefici attesi, dei principali punti di forza nonché dei limiti ravvisati e dei pericoli paventati rispetto a tale nuova forma di tassazione; la chiusura dell’elaborato, infine, esamina in un approccio prospettico, la nuova normativa entrata in vigore a partire dal 2020.

CAPITOLO 1 – L’era dell’economia digitale

1.1 The *digital economy* attraverso le definizioni di Negroponte e Tapscott

Il 1995 fu l’anno in cui il manager ed economista Don Tapscott⁴ pubblicò il libro “*The digital Economy: Promise and Peril in the Age of networked intelligence*”⁵, destinato di lì a poco a divenire un vero e proprio *best seller*.

Entrava ufficialmente in scena un fenomeno, tuttora al centro di studi ed analisi, spesso accostato e confuso con l’*internet economy* o la *web economy* ma dai quali si differenziava per avere un raggio d’azione ben più ampio, includendo altresì strumenti *hardware* e *software*, ossia tutte quelle tecnologie informatiche che ne rappresentavano il presupposto ed il fondamento.

L’intento dell’opera di Don Tapscott era quello di fornire adeguata risposta ad una domanda che, in maggiore o minor misura, agitava ogni moderno operatore economico: quali fossero le conseguenze dell’applicazione delle nuove tecnologie alle varie forme di attività economica. L’opera di Tapscott restituiva un quadro di radicale trasformazione dei processi aziendali, caratterizzata da una rivoluzionaria modalità delle attività di produzione e di commercializzazione di beni e servizi, cui faceva seguito una modifica della struttura dell’impresa e degli obiettivi ai quali tendere nella ricerca delle regole da seguire per la scalata verso il successo.

Evidente appariva il collegamento tra informatica, comunicazioni e intrattenimento che conduceva, nel suo complessivo operare, al fenomeno all’epoca ancora *in nuce* di “economia digitale”, destinato a soppiantare i sistemi economici e sociali tradizionali ad un tratto in netta difficoltà ed improvvisamente obsoleti di fronte ai nuovi aggregati digitali ed agli effetti che tali aggregazioni producevano sulla stessa cultura aziendale. Nell’esordio della sua trattazione, l’autore presenta i dodici elementi che descrivono la *new economy*:

⁴ TAPSCOTT D., *Principles for Business in the Digital Age (Full Speech)*, <https://www.youtube.com/>.

⁵ Il libro è il seguito di una precedente opera: “*Paradigm Shift: The New Promise of Information Technology*”, 1992.

All’epoca i colossi del *web* non si erano ancora affacciati e lo stesso *internet* non permetteva di realizzare transazioni.

- *Conoscenza*: ritenuta quale vero motore dell'economia e origine del potere economico, la conoscenza diviene la nuova lente attraverso cui l'azienda deve valutare i propri dipendenti;
- *Digitalizzazione*: rappresenta lo strumento più prezioso al servizio della conoscenza, in grado di veicolare le informazioni non più in formato analogico e fisico, che presuppone la relazione fisica tra persone e la trasmissione materiale dei dati, ma tramite connessione da remoto tra le parti, a consentirne lo scambio di informazioni e dati, fondamentale per lo sviluppo della *new economy*;
- *Virtualizzazione*: indica la possibilità di convertire cose materiali in oggetti virtuali, modificando la natura delle attività di produzione e commercializzazione;
- *Molecolarizzazione*: processo riferito ai nuovi moduli di organizzazione e funzionamento delle aziende sempre più "light" e meno "heavy", volto a favorire ambienti di lavoro più fluidi e flessibili, normalmente caratterizzati da *project team* in cui persone, di formazione e provenienza diversa, si trovano a lavorare insieme costruendo il successo delle stesse imprese;
- *Integrazione e internetworking*: l'interazione e l'integrazione degli attori (fornitori, clienti e concorrenti) sono poste alla base del sistema economico complessivo, volto a trarre benefici dal *network* delle nuove tecnologie e ad eliminare ogni pregiudizievole retaggio derivante dalla gerarchizzazione delle strutture e dall'incapacità di cambiamento;
- *Disintermediazione*: la *new economy* sviluppa preferenzialmente modelli di *business* che, anche grazie alla conoscenza ed alla digitalizzazione, instaurano un rapporto diretto tra fornitori e clienti e nei quali lo spazio per gli intermediari residua esclusivamente nella misura in cui essi riescono ad individuare nuovi percorsi per creare valore aggiunto;
- *Convergenza*: i settori economici di nuova creazione nascono dalla fusione di *computing*, comunicazione e contenuti;
- *Innovazione*: alla base della *new economy* si pone l'impiego dell'IT per creare nuovi prodotti e servizi;
- *Audacia*: mentre nell'era industriale il fattore propulsivo era la produzione di massa in cui il prodotto era destinato ad una moltitudine di consumatori inerti, nella nuova era una delle componenti del successo di un'azienda è la "customizzazione" di massa, intesa come tendenziale sovrapposizione delle figure di produttore e consumatore. Ogni cliente, nel momento in cui formula

un ordine da inoltrare al venditore, esprime la sua opinione e la sua preferenza rispetto alla produzione, fornendo suggerimenti ed informazioni preziosi per il venditore;

- *Immediatezza*: il rapporto tra le parti diviene immediato ed “in tempo reale” grazie all’IT, operando una considerevole contrazione dei tempi che intercorrono tra l’ordine, la sua materializzazione e la consegna finale;
- *Globalizzazione*: anche se continuano a sussistere organizzazioni a livello locale, la conoscenza, supportata dalle nuove tecnologie, gioca il suo maggior ruolo, quale fattore di successo in un’economia mondiale che vede i soggetti economici impegnati in un’azione da considerarsi non più a livello multinazionale ma globale;
- *Discordanza*: come in ogni fase di cambiamento, sussistono fattori di resistenza che permangono lungo il lento processo di adattamento, durante il quale aumenta sempre di più la distanza tra coloro che utilizzano una cultura tecnologica e chi è rimasto ancorato agli schemi tradizionali. Tale distanza non può che originare grandi conflitti.

Un altro contributo fondamentale alla definizione dell’economia digitale è stato fornito da Nicholas Negroponte, fondatore nel 1985 del *Massachusetts Institute of Technology’s Media Lab*⁶ e autore sempre nel 1995 dell’opera intitolata “*Being Digital*”. Tale trattazione affronta il tema dei cambiamenti imposti alle nostre esistenze dalle nuove tecnologie ed a tal fine descrive l’economia digitale come quella che usa i *bit* al posto degli atomi (“*bits instead of atoms*”) focalizzandosi sul punto ritenuto nodale, vale a dire il tramite col quale ci pervengono le informazioni di cui siamo destinatari. Anche il concetto di economie di scala⁷ è affrontato nell’opera di Negroponte, e viene posto a confronto il significato rivestito da tale espressione nell’era industriale, in cui indicava il frutto dell’uniformità e ripetitività dell’attività di produzione entro determinati limiti temporali e spaziali, con quello assunto dalla medesima espressione nell’era dell’informatizzazione, in cui l’attività di produzione

⁶ Laboratorio fondato da Negroponte e guidato fino a settembre 2019 dalla visione anticonvenzionale di Joichi Ito, convinto del fatto che per far progredire la scienza l’unico modo sia rendere l’innovazione più “popolare”. Ribaltare dunque le regole che governano la ricerca e “aprire” i laboratori anziché lavorare al chiuso, si tratta quindi di attivare un’intelligenza collettiva coinvolgendo Stati, Governi e la società in generale. “Il progresso non può che essere open” questo è quello che ha sostenuto Joichi Ito davanti alla platea del *World Business Forum* tenuto nel novembre 2016 a Milano.

⁷ BESANKO D. - BRAEUTIGAM R., “Per economie di scala si intendono tutti quei vantaggi economici, sintetizzati nella discesa del costo medio unitario, che l’azienda acquisisce al crescere dei volumi produttivi.”, in *Microeconomia*, seconda edizione, McGraw-Hill, Milano.

prescinde totalmente dal fattore spazio-temporale, potendo avvenire in qualsiasi luogo ed in qualsiasi istante ed essere quotata nei più disparati mercati del mondo. Il totale disancoramento da coordinate legate ad un luogo e ad un momento specifico – evidenza Negroponte – caratterizza ogni concetto legato alla “vita digitale”, potendosi prendere ad esempio, per comprendere meglio la portata di tale novità, il significato attribuito al concetto di “indirizzo” di posta elettronica che ha completamente sostituito l’indirizzo tradizionale, svincolato da qualsiasi coordinata stradale o da altra informazione toponomastica.

Negroponte descrive, dunque, la “*digital era*” come una vera e propria forza della natura, inarrestabile e caratterizzata da quattro qualità fondamentali: decentramento, globalizzazione, armonizzazione e potenziamento.

Con riguardo ad essa Negroponte si esprime in termini di passaggio dalla terza alla “quarta rivoluzione industriale”⁸ poiché contiene in sé un passo ulteriore e fondamentale rispetto al passato; la vera svolta nel passaggio dai dispositivi analogici a quelli digitali, infatti, non risiede tanto e solo nella loro creazione quanto nella capacità di sfruttare tali tecnologie per attività non presenti in passato: dunque, l’elemento trainante della *new economy* diviene non la novità bensì l’innovatività delle emergenti attività.

Le intuizioni di Negroponte troveranno ulteriore conferma dopo la drammatica crisi del 2008. A partire da tale data ha assunto sempre maggiore importanza, a fronte della crescita della tecnologia, il ricorso all’automazione, alla *sharing technology* che molti imprenditori sono stati attenti a cogliere, sfruttando l’innovazione per trasformare i propri modelli di *business*, e per crearne di nuovi, in adattamento alle informazioni ed ai suggerimenti provenienti dalla propria fascia di consumatori. In una prima fase della *digital economy* gli imprenditori avevano intrapreso questo cammino anzitutto creando propri siti *web* per consentire anche le vendite *online* e spostare sul canale virtuale l’incrocio della domanda e dell’offerta. Successivamente, in un processo che è tuttora in corso con modalità e strumenti sempre più affinati, gli imprenditori hanno iniziato ad utilizzare le nuove tecnologie per rispondere al meglio ed in modo personalizzato alle esigenze dei propri clienti, tramite le *app* per dispositivi mobili dalle quali è possibile acquisire informazioni preziose circa gli interessi e gli orientamenti del cliente, seguendolo sui *social media*, strategico punto di snodo in entrata ed in uscita

⁸ Così introdotta dal presidente esecutivo del *World Economic Forum* e allo stesso tempo definita come “cambiamento di paradigma” da McKinsey, nell’opera intitolata “*Capitalismo digitale*”, di SRNICEK N., Luiss University Press, 2011.

di questo ciclo⁹ di informazione. In una prospettiva di più ampio raggio è possibile vedere come le aziende che non si sono integrate con questo nuovo approccio abbiano riscontrato significati cali delle vendite, sino ad arrivare al collasso totale¹⁰.

Il 6 agosto del 1991 un'ulteriore tappa, in questo inarrestabile processo di “cambio di rotta”, è stata segnata grazie ad un informatico inglese Tim Berners - Lee che, basandosi su un progetto realizzato presso il CERN¹¹ di Ginevra, ideò il primo sito *web*. Nato dall'esigenza di semplificare ed agevolare lo scambio di documentazione in formato elettronico tra i ricercatori dell'Istituto, è divenuto, negli anni successivi, un elemento insostituibile nella nostra esistenza quotidiana ed un fattore di crescita eccezionalmente trainante per le imprese.

Uno studio statistico condotto nel 2017 dal “*Worldwide Semiannual Internet of Things Spending Guide*”¹² mostra la portata del fenomeno in esame, evidenziando come in detto anno la spesa mondiale fosse stata stimata in circa 674 miliardi di dollari in soluzioni *Internet of Things (IoT)* ed ipotizzata, per il 2018, nell'importo di 772,5 miliardi di dollari (14,6% in più rispetto all'anno passato) secondo un *trend* che si prevede possa arrivare nel 2021 a toccare la cifra di 1100 miliardi di dollari.

Il percorso di crescita appena iniziato dall'economia digitale è stato analizzato dagli esperti di *business* i quali hanno previsto come nei prossimi anni ciò che davvero renderà competitiva un'organizzazione sarà la capacità dei propri *leader* di innovare e di utilizzare le nuove tecnologie per consentire all'azienda di avanzare di pari passo con i progressi dell'economia digitale.

⁹ Si fa riferimento al *Multi-Channel Retailing* ovvero la pratica di vendere i prodotti non solo tramite negozi fisici ma sfruttando altri canali come *internet*. In questo modo l'uso di una molteplicità di canali per vendere va di pari passo con la maggiore attenzione nei confronti del consumatore al quale si vuole far vivere un'esperienza di acquisto con cui appagare ogni sua esigenza. Evoluzione del *Multi-Channel* è la strategia definita “*Omni-Channel*” che intende creare una forte integrazione tra sistemi fisici e virtuali, con l'obiettivo di offrire una *shopping experience* completa. Per approfondimenti si veda NESLIN S., *Challenges and Opportunities in Multichannel Customer Management*, in *Journal of Service Research*, 2006.

¹⁰ A titolo esemplificativo si pensi alla nota catena “Blockbuster” che non ha adottato le tecnologie di *streaming* in modo rapido oppure alla nota “Kodak” che non essendo passate ai formati digitali ed a piattaforme di condivisione online ha registrato una drastica riduzione dell'offerta di prodotti.

¹¹ CERN, *the european organization for nuclear research*, è il più grande laboratorio al mondo di fisica delle particelle.

¹² Tassonomia della guida alla spesa semestrale mondiale di IDC per *l'Internet of Things*, 2018. Lo studio può essere usato dai fornitori di tecnologia per costruire una prospettiva incentrata sul settore per perseguire opportunità di mercato *dell'Internet of Things*.

1.2 Dall' e-commerce all' Internet of Things (IoT)

Il processo che vede l'interazione tra tecnologia ed economia, avviato nel secolo scorso, quando fecero la loro comparsa le prime forme di commercio elettronico (*e-commerce*), ha conosciuto una fase massiccia di digitalizzazione, fino a giungere ai nostri giorni in cui il linguaggio binario attinge ogni aspetto della nostra esistenza, doppiando ciascuno oggetto reale con la sua esistenza in rete.

Tale processo è stato definito *l'Internet delle cose (Internet of Things, IoT)* ed è stato avviato con i primi esempi di commercio elettronico posti in essere verso la fine degli anni Settanta da alcune aziende di grandi dimensioni che scambiavano al loro interno documenti in modalità automatizzata tramite il sistema EDI¹³ (*Electronic Data Interchange*).

Uno dei primi esempi è ravvisabile in quello che è considerato il vero antesignano del commercio elettronico - il *Mintel*, un terminale creato nel 1982 da *Telecom France* sotto forma di dispositivo da collegare al telefono di casa che consentiva di accedere all'elenco degli abbonati. Dispositivi simili furono presto utilizzati anche dalle imprese; una connessione simile al televideo consentiva di accedere alla borsa, alle informazioni metereologiche ed alle principali *news* e finanche comprendeva la possibilità di effettuare i primi acquisti *online*.

La svolta si ebbe, tuttavia, nel 1994 quando l'impresa statunitense *Netscape Communication Corporation* creò la prima forma di *Business to Consumer (B2C)*¹⁴ ovvero la possibilità di effettuare transazioni *online* applicando ad esse gli *standard* di sicurezza per tali forme di scambio (*Secure Socket Layer*). A seguire, nacquero negli

¹³ L'EDI (*Electronic data interchange*) è la comunicazione interaziendale di documenti di *business* in un formato *standard*. Con l'EDI le informazioni si spostano direttamente da un'applicazione del *computer* in un'organizzazione ad un'applicazione in un'altra eliminando così la necessità di interventi manuali. Per approfondimenti si veda <https://www.ibm.com>.

¹⁴ B2C è l'abbreviazione del termine "*Business to consumer*" e si riferisce ai rapporti commerciali tra aziende e consumatori a differenza del B2B con cui si fa riferimento ai rapporti commerciali almeno tra due imprese; vedi per approfondimenti CELLINI P., *Economia digitale – l'industria e i mercati di internet e dei nuovi media*, Luiss University Press, 2015.

anni immediatamente seguenti i due principali colossi dell'*e-commerce*: *E-bay*¹⁵ ed *Amazon*¹⁶.

Il fenomeno è stato oggetto di uno studio approfondito condotto da *Casaleggio e Associati*¹⁷ ed ha rivelato che in Europa, il continente con più alto accesso alla rete, il 79,6% della popolazione utilizza tale modalità di acquisto.¹⁸ Al fine di tracciare il *trend*, è stato evidenziato che nel 2018 il 69% degli *internet users* ha effettuato almeno una transazione *online*, con un incremento del 1% rispetto all'anno precedente.¹⁹ In complessivo le vendite al dettaglio *online* nel 2018 hanno raggiunto un valore di 313 miliardi di euro, con un incremento del 9% rispetto ai 285 dell'anno precedente.²⁰ I settori che hanno registrato il maggior numero di *internet users* sono: *moda* con 92 miliardi di euro; *elettronico* al secondo posto con 73 miliardi; a seguire *tempo libero* con 60 miliardi; *arredamento* e *salute/bellezza* entrambi con 43 miliardi di euro ciascuno²¹. Altro aspetto emerso dal Report di Aprile 2019 è una sempre maggiore tendenza dei cittadini europei ad acquistare oltre la frontiera del proprio Paese di origine, con un 44% di europei che effettua acquisti solo nel proprio Paese, un 47% che acquista anche all'estero e un 9% che acquista solo all'estero.²²

Nell'ambito dei Paesi che risultano preferiti per le transazioni *online*, più frequenti sono risultati gli acquisti effettuati in Cina, UK, USA e Germania.

Anche il legislatore si è adeguato al vertiginoso incremento delle transazioni *online*, a partire da quello europeo, intervenuto a favorire l'*e-commerce*, per ultimo con la Direttiva europea sui servizi di pagamento digitali (PSD2) che, a decorrere dal 14 settembre 2019, ha introdotto rilevanti novità sia a livello commerciale, attraverso l'*open banking*, sia nelle transazioni legate al commercio elettronico.

In particolare, l'*open banking*, importante segmento del mercato finanziario volto ad incrementare la concorrenza, è stato regolamentato dalla normativa PSD2 che ha

¹⁵ Fondata dal programmatore Pierre Omidyar nel 1995 come *Action Web*, prende il nome attuale due anni dopo e nel 1998 va *online* come sito per le aste. Negli anni diventa il primo mercato *online* al mondo a livello C2C e B2C, un *marketplace* virtuale in cui domanda e offerta si incontrano. Nei primi anni 2000 *e-Bay* compra *PayPal*.

¹⁶ Fondata da Jeff Bezos nel 1994 a Seattle come *Cadabra.com*. Si afferma prima come negozio *online* di libri e poi diversifica il campo con vendita anche di videogiochi, DVD e abbigliamento fino a diventare una delle aziende di *e-commerce* più grandi al mondo. Notizia recente è che *Amazon* vorrebbe aprire negozi fisici in cui vendere al pubblico.

¹⁷ CASALEGGIO ASSOCIATI, Report aprile 2019 *E-commerce in Italia*, 2019.

¹⁸ Fonte: *Global internet penetration rate from 2009 to 2018, by region*, Statista, 2019.

¹⁹ Fonte: *E-commerce statistics for individuals*, Eurostat, 2019.

²⁰ Fonte: *E-commerce – Europe*, Statista, 2019.

²¹ Ibidem.

²² Fonte: *Paypal Cross-Border Consumer Research 2018*, Paypal, 2018.

previsto che i fornitori di tale servizio possano richiedere l'accesso al conto ed altre informazioni sensibili che l'istituto bancario deve condividere nel rispetto dei limiti e delle modalità delle Direttive, ove è precisato, tra l'altro, quali tipi di dati devono essere resi accessibili dalle banche e quali, invece, possono facoltativamente essere resi accessibili.

Tale spinta verso *l'open banking* è, tuttavia, accompagnata dal parallelo incremento dei sistemi di sicurezza e dall'introduzione dell'autenticazione forte o c.d. autenticazione a due fattori che affianca all'inserimento dei dati tradizionali (nome utente o *e-mail* e *password*) un secondo elemento, costituito da un codice inviato tramite SMS al numero di cellulare dell'utente per confermare un pagamento *online*.²³ Ancora il legislatore europeo è intervenuto nel 2018 con il nuovo Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati, un provvedimento che ha eliminato il *geoblocking* per gli *e-shopper*, vale a dire la possibilità per i siti di *e-commerce* di bloccare i visitatori di altri Paesi europei.²⁴ L'attuazione del nuovo GDPR ha, inoltre, incrementato i controlli volti a tutelare i dati personali con un risultato che, fino a maggio del 2018, ha visto 100 mila ricorsi per violazione della *privacy*, essenzialmente causati da *e-mail* promozionali ed attività di *telemarketing*, con l'irrogazione di pesanti sanzioni come, ad esempio, quella inflitta in Francia, di 50 milioni a carico di Google.²⁵

Un *focus* sull'Italia ci rivela, invece, la diffusione in misura pari al 70% delle transazioni *online* con un calo rispetto al 2018 ma un ampliamento, a comprendere anche bambini dai 2 agli 11 anni e le persone sopra i 74 anni, della fetta di popolazione dedita agli acquisti *online*.

In conclusione, dunque, l'Italia è il Paese in cui la percentuale di popolazione che acquista *online* è inferiore rispetto agli altri Paesi europei²⁶ ma allo stesso tempo è quello ove lo *smartphone* è lo strumento maggiormente usato dagli *shoppers online*: l'85% della popolazione lo usa per fare *shopping*, a fronte di altri dati significativi che vedono il 34% della popolazione che usa spesso lo *smartphone* ed il 14% che lo usa sempre.²⁷

Dal commercio elettronico, la successiva evoluzione ha condotto a quello che è stato definito *l'Internet of Things* (internet delle cose), espressione utilizzata per la prima volta nel 1999, quale neologismo introdotto da Kevin Ashton, ricercatore presso il

²³ Vd. per approfondimenti <http://wallstreetitalia.com>.

²⁴ Fonte: *EU ends geoblocking in ecommerce, Ecommerce News–Europe, 2018*.

²⁵ Fonte: *Privacy: i 100 mila ricorsi e altre cose da sapere sul Data Protection Day, Ninja Marketing, 2019*.

²⁶ Fonte: *E-commerce in europe 2018, Postnord, 2018*.

²⁷ Fonte: *European Mobile Commerce Study, Mastercard, 2018*.

MIT, che si era prefissato il compito di descrivere il fenomeno della interazione tra i dispositivi abilitati al *web* (es: *computer* e *smartphone*) e le applicazioni tecnologiche in grado di comunicare con questi, consentendo operazioni come l'apertura di una pagina *web* o la riproduzione di un video²⁸, dotando, dunque, l'oggetto, di un'intelligenza in grado di reperire e trasferire informazioni tra rete *internet* e mondo reale.

L'*Internet of Things* si presenta oggi come uno dei contesti tecnologici con maggiore previsione di crescita e sviluppo. Secondo le proiezioni di alcune società di ricerca, come *Accenture*, entro la fine del 2020 si dovrebbe giungere a circa 25 miliardi di apparati *Iot*.

Analoga previsione è prospettata da Adrian McEwn che nel volume "*Designing the internet of Things*"²⁹ prevede il sempre maggior successo sul mercato dei prodotti in grado di mettere in collegamento oggetti della vita quotidiana con le nuove tecnologie ed, in particolare, con *internet*, con conseguente incremento della quantità di dati da gestire e delle relative applicazioni da sviluppare.

L'ormai prossimo scenario vede tecnologie digitali completamente autonome dalla gestione umana, in grado di risolvere problemi e soddisfare esigenze anche in assenza di un diretto intervento dell'uomo. I *computer*, ad esempio, già attualmente possono operare partendo da *input* non strutturati per elaborare risposte a domande che richiedono sottili giudizi. Ciò ha portato taluni esperti a concludere che essi siano in grado di conquistare sempre maggiori campi finora dominati esclusivamente dalla conoscenza degli esseri umani.³⁰

Infine, vale la pena citare uno studio condotto da *PwC* nel corso del 2017 che ha ricostruito l'evoluzione dell'economia digitale sostanzialmente suddividendola in tre fasi storiche:

- un primo periodo, noto anche come fase *Pre-Internet*, dagli anni Settanta fino al 1995, nella quale *internet* era utilizzata esclusivamente come rete di comunicazione interna della comunità scientifica o tra le associazioni governative;

²⁸ Estensioni dell'*Iot* sono *l'ambient intelligence* e *l'autonomous control*: la prima indica un ambiente costituito da oggetti che rispondono alla presenza di esseri umani agendo in conformità alle aspettative di questi; con la seconda si amplia il campo d'azione applicando strumenti intelligenti a ciascun oggetto reale/virtuale e mettendoli in grado di comunicare tra loro. Vd. <http://treccani.it/enciclopedia/internet-of-things>.

²⁹ MCEWEN A. - CASSIMALLY H., *Designing the Internet of Things*, 2013.

³⁰ CELLINI P., *La rivoluzione industriale: economia di internet dallo Sputnik al machine learning*, Luiss University Press, 2018.

- un secondo periodo, denominato anche “*Internet of Human Information*” che va dal 1995 al 2014, contraddistinto dall’incremento esponenziale di accesso alla rete da parte di privati, dall’aumento e dalla maggiore diversificazione dei contenuti e dei servizi offerti dal *web* anche dovuto all’aumento della velocità della trasmissione dei dati reso possibile dalle connessioni a banda larga e DSL;
- un terzo periodo, dal 2014 ad oggi, che vede la diffusione dell’*Internet of Things* e dell’*Internet of Thinks*, con un notevole aumento di dispositivi connessi alla rete (*Iot*), dell’attività di raccolta e analisi dei dati da essi provenienti (*Big data*)³¹ e della creazione di algoritmi di Intelligenza Artificiale (AI)³² utilizzati al fine di adattare i dati raccolti ai più diversi contesti.

In conclusione, nella combinazione di *IoT*, *Big Data* ed AI e nella interconnessione tra di essi, oggi si individua la forma più evoluta di tecnologia digitale in un processo finalizzato all’automatizzazione totale per un efficace utilizzo dei dati provenienti da dispositivi connessi (*Iot*), grazie ad analisi veloci in grado di renderli utili e funzionabili (*Big data*), mentre l’Intelligenza artificiale (AI) ne consente l’analisi agevolando gli sviluppatori nel porre in evidenza le relazioni utili tra di essi.

1.3 Gli intangibili: la crescita del patrimonio invisibile

Uno dei fenomeni di maggior rilievo nell’economia moderna è rappresentato dai processi di creazione e diffusione di valore attraverso l’uso di beni immateriali. Anche l’avvio della c.d. *new economy* si è fondato su modelli di *business* rispetto ai quali le attività immateriali e gli investimenti ad alta componente tecnologica e di conoscenza

³¹ Lo sviluppo dell’*IoT* porta con sé lo sviluppo di nuovi sistemi di estrapolazione, elaborazione e condensazione dati, ossia gli strumenti di analisi di *Big Data*. Questi permettono di raccogliere ed elaborare dati in quantità inimmaginabile. Tali diventeranno condizione necessaria per *real time decision making* e fonte di vantaggio competitivo per le imprese che ne fanno buon uso;

MACHÌ G., “*Big data: possibilità e pericoli derivanti dall’introduzione in azienda*”, Bollettino ADAPT, 2015.

³² Vi sono vari modi con cui è possibile definire l’intelligenza artificiale, RUSSEL J. S., NORVING P., in *Artificial Intelligence: A Modern Approach* definiscono l’AI sulla base di quattro diverse dimensioni: l’agire, l’uomo, il pensiero e la razionalità, andando a rintracciare così due diverse definizioni: “Sistemi che pensano come umani e razionalmente e Sistemi che agiscono come umani e razionalmente”. L’AI è pertanto considerabile come una visione di un’ampia e profonda intelligenza sovraumana, una branca della computer science che accelera tutte le altre tecnologie; il suo scopo, dunque, non è quello di emulare l’essere umano ma di fornire supporto alle sue azioni, ed. Pearson, 2005.

hanno costituito un fattore preponderante. L'innovazione, peraltro, ha inciso positivamente non solo a favore dell'impresa, sotto il profilo dell'aggiornamento dei processi produttivi, ma anche a favore del consumatore, nello sviluppo di nuovi prodotti e servizi che hanno ingenerato un accresciuto e consolidato benessere divenuto in breve tempo irrinunciabile.

Tale fenomeno ha messo in moto una sorta di "*Soft Revolution*"³³ in ragione della quale gli elementi che erano stati definiti "soffici" e immateriali sono diventati poi beni economici a tutti gli effetti³⁴. La conoscenza, ad esempio, da sempre nel ruolo di componente astratta del processo produttivo, acquisisce ora una rilevanza sempre maggiore se collegata alla produzione di beni materiali, in ragione della consolidata interazione tra i dispositivi abilitati al *web* (es: *computer e smartphone*) e le applicazioni tecnologiche in grado di comunicare con questi; anche i servizi, intesi come prestazioni immateriali, diventano sempre più *knowledge intensive* partecipi al procedere dell'innovazione ed alla crescita della produttività.³⁵ Se ne evince una crescita parallela e sinergica di immateriali e servizi il cui portato è rappresentato da un aumento degli investimenti effettuati nella produzione e nella diffusione della conoscenza.³⁶

Già in passato il legame tra immateriali e servizi era sempre stato molto stretto anche se ontologicamente si tratta di due concetti ben distinti.

Con *immateriale*³⁷ si fa riferimento all'uso della conoscenza per fini produttivi adattandosi detto termine ad esprimere quel particolare nesso strumentale che si realizza ogni qualvolta la conoscenza produca utilità, conferendo un valore aggiunto alla prestazione ottenuta da un bene materiale.

Con l'accresciuto ruolo della conoscenza, nel senso appena esposto, sempre più frequentemente il valore della prestazione che il cliente acquista risulta formato da una parte di utilità "immateriale" e da una parte di utilità "materiale" che sarà sempre più ridotta se originata soltanto dall'uso in sé del bene. A ciò si accompagna una

³³ Termine adoperato dall'economista Paul Romer.

³⁴ La teoria materialistica di origine anglosassone che aveva come massimi esponenti Adam Smith e David Ricardo, qualificava ricchezza solo i beni "utili, limitati e materiali". Tale pensiero era stato ripreso anche in Italia da esponenti come Toniolo, Nazzari e Loria i quali riconducevano l'essenza di valore economico ai soli beni materiali, dotati di fisicità, che si possono contare, possono essere oggetto di ipoteca o garanzia; con tale pensiero si negava, quindi, ai beni immateriali qualsiasi possibilità di contributo alla creazione di valore. Per approfondimento si veda Loria (1953).

³⁵ MILES, 2002;

GALLOJ e WEINSTEIN, 1997.

³⁶ NORMANN, 1984, 1996, 2000; BONACCORSI e GRANELLI 2005.

³⁷ RULLANI E., *Economia delle risorse immateriali: una Introduzione*, in "Sinergie", 1992.

progressiva smaterializzazione del valore in diversi settori: dalle macchine utensili ove ciò che conta è il servizio, alla moda, in cui il valore è prodotto in relazione ai significati, alla cultura che intanto produce valore in quanto veicolata attraverso modelli estetici condivisi.

Il termine servizio, invece, ha una valenza relazionale, ispirata dal contatto che si instaura quando un operatore della filiera produttiva “si mette al servizio” dell’acquirente per offrire non una prestazione già definita ma la propria disponibilità a procedere insieme nel percorso finalizzato a soddisfare l’esigenza, sempre più personalizzata, dell’acquirente.

Il servizio,³⁸ dunque, esprime il legame che viene ad instaurarsi tra produttore e utilizzatore nel quale il primo non scompare dalla scena dopo la cessione di una prestazione ma si impegna a esaminare con il secondo tutte le istanze, anche secondarie rispetto all’esigenza primigenia, che emergeranno e ad individuarne le corrispettive soluzioni.

Rispetto al passato, dunque, in cui la distanza concettuale tra servizio e immateriale era ridotta fino ad annullarsi - sovrapponendosi il servizio all’immateriale allo stesso modo in cui si sovrapponevano e quasi integralmente coincidevano gli elementi dell’opposta coppia materialità/industria - il binomio immateriale/servizio non è più così né automatico né scontato.

Il concetto di immateriale ha oggi ampliato a dismisura il suo raggio d’azione e le sue multiformi espressioni e potenzialità, arrivando a comprendere le conoscenze che conferiscono valore agli oggetti, il pensiero che crea nuove idee, le espressioni artistiche, le informazioni, ecc. In sostanza, tutti gli immateriali che possono essere incorporati in oggetti o in contesti materiali sono suscettibili di essere replicati e trasferiti mediante supporti materiali.

Da tempo, infatti, può dirsi acquisita la consapevolezza che la conoscenza costituisca un pilastro della nuova economia e che siano le idee, più che le cose, a generare materialmente il profitto delle aziende,³⁹ divenendo esse stesse fattori produttivi nella misura in cui il loro impiego produce un’utilità che l’acquirente riconosce e

³⁸ RULLANI E., *Il ruolo dei servizi nella realtà dell’impresa moderna*, in “Sinergie”, 1997;

MILES I., *Services Innovation: Towards a Tertiarization of Innovation Studies*, in Gadrey J. e F. Gallouj (a cura di), *Productivity, Innovation and Knowledge in Services. New Economic and Socio-Economic Approaches*, Cheltenham, Elgar, 2002.

³⁹ OWENS J., *Myths and misconceptions about transfer pricing and the taxation of multinational enterprises*, Bloomberg BNA Daily Tax Report, 2013;

MARKHAM M., *A Rose by any other name...? The OECD ‘S proposed revised definition of intangibles*, In *Intertax*, Volume 43, Issue 15, 2015.

conseguentemente paga, dunque fonte di valore economico.⁴⁰ Ma proprio tali caratteristiche hanno finito per rallentare l'impiego e, dunque, lo sviluppo: la possibilità dei beni immateriali di essere replicati e di produrre valore economico, in misura che è solo in funzione dell'ampiezza delle possibilità di ri-utilizzo, ha finito per rendere determinante la sola analisi delle possibilità di replica e dei relativi costi, rispetto ai quali spesso risultava recessivo un investimento nella produzione di nuova conoscenza o nella divulgazione di quella posseduta.

L'inversione di rotta, in questo *trend*, è giunto con la concezione della scienza quale forma di sapere astratto, specificamente finalizzato a produrre valore economico per le sue intrinseche caratteristiche di agevole riproducibilità, grazie all'introduzione di macchine in grado di replicarla a costi convenienti, con il conseguente, solo apparentemente contraddittorio effetto, di trovare la sua più efficace espressione nella fabbrica industriale attraverso la produzione materiale che tale scienza incorpora e, seppur indirettamente, veicola.⁴¹

Nella nuova economia, dunque, la conoscenza come creazione di valore non è costituita dalla mera cessione di idee, considerato che tale vendita di per sé non rappresenta una prestazione finita ma esprime, piuttosto, un ventaglio di potenzialità il cui valore dipende dalle capacità di utilizzo e dall'esperienza degli *users*. È normale, a questo punto, domandarsi in che modo sia possibile dare attuazione a quelle che sono mere potenzialità. La risposta è nel grado di complessità dell'idea: più basso è il livello di conoscenza che la supporta, maggiore sarà la possibilità di decodificarla e di separarla dall'ideatore rendendola riutilizzabile anche in contesti diversi; maggiore è il livello di complessità e di articolazione, meno agevole sarà la possibilità di replicarla indipendentemente dalle persone che l'hanno messa a punto.

Tali riflessioni hanno assunto un rilievo strategico nell'avvento della nuova economia: il riconoscimento della vendita di idee, che diventano servizio nel momento in cui sono condivise nel processo di realizzazione, è stato ritenuto il nucleo della transizione *postfordista*. L'*immateriale* produce autonomamente valore in quanto associa al prodotto materiale significati, esperienze, potenzialità apprezzate e retribuite dagli *users*, consapevoli di avere a disposizione un valore molto superiore rispetto a quello che avrebbero ricavato dalla semplice lavorazione di beni materiali.

⁴⁰ RULLANI E., *La nuova economia dell'immateriale*, 2004;

RULLANI E., *La fabbrica dell'immateriale. Produrre valore con la conoscenza*, Roma, Carrocci, 2000.

⁴¹ RULLANI E., CANTÚ C., MONTAGINI F., PRAIOLA M., SEBASTIANO R., *La nuova economia dei servizi. L'innovazione terziaria nell'esperienza delle imprese italiane*, Milano, ed. Franco Angeli, 2006.

A partire dall'acquisizione di tale coscienza, le imprese, specialmente quelle operanti su mercati internazionali, iniziano a costruire il loro successo incentrando sempre più le strategie aziendali sulla disponibilità di *intangibles*, ai quali è ormai riconosciuto un ruolo fondamentale nell'ambito dei processi di creazione del valore.⁴²

Di tale evoluzione vi è traccia anche nell'attività dell'OCSE che, nelle linee guida del 2010, definiva gli intangibili come “*i diritti per l'utilizzo di beni industriali nonché i diritti di proprietà letteraria ed artistica, e di proprietà intellettuale come il know-how e i segreti industriali e commerciali.*”⁴³ Era ferma la distinzione in due tipologie:

- *Trade intangibles*: brevetti, *know-how*, modelli e disegni usati per la produzione di un bene o la prestazione di un servizio;⁴⁴
- *Marketing intangibles*: marchi di fabbrica e denominazioni commerciali che favoriscono lo sfruttamento commerciale di un prodotto o di un servizio, nonché i simboli o i disegni che costituiscono un rilevante valore promozionale per il prodotto cui si riferiscono.⁴⁵

Le linee guida fornite dall'OCSE con l'atto del 10 luglio 2017, nell'indicare i criteri riconosciuti internazionalmente per l'applicazione del principio di libera concorrenza e nel determinare ai fini fiscali il valore delle transazioni *intercompany* poste in essere da gruppi multinazionali, mostrano un'evidente rivisitazione della precedente regolamentazione. In particolare, la sezione “A” del nuovo capitolo formula una definizione di “*intangible*” in termini di “*something which is not a physical asset or a financial asset, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances*”⁴⁶ e specifica la differenziazione da tener presente tra beni immateriali e altri *items* che non possono

⁴² GUATRI G. - VILLANI M., *Valutazione e Financial reporting. Gli intangibili acquisiti nelle business combinations: identificazione e valutazione*;

CHURTON S. - LAMBERT E. - DENNIS I., *The impact of Beps in intangibles assets*, International Tax Review, 2016.

FAZZINI M., *La valutazione degli intangibles secondo i principi di valutazione internazionali*, in Amministrazione e Finanza, n.10 del 2018, p.57.

VERLINDEN I. - MONDELAERS Y., *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer pricing Issues*, in International Transfer Pricing Journal, 2010.

⁴³ OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, para. 6.2, 2010.

⁴⁴ OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, para. 6.3, 2010.

⁴⁵ OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, para. 6.4, 2010.

⁴⁶ OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 2017.

essere detenuti, controllati e trasferiti e che quindi in conclusione non possono essere considerati *intangibles* ai fini del *transfer pricing*.⁴⁷

Nella nuova formulazione, dunque, l'OCSE non fornisce una rigida classificazione dei beni immateriali, quale contenuta nelle precedenti *Guidelines* ma, procedendo ad un approfondimento analitico di talune tipologie, non si pone l'obiettivo di tracciare una lista esaustiva di *intangibles* quanto piuttosto di fornire una definizione di essi consistente in “*unique and valuable intangibles*”, ovvero quei beni immateriali che assommano la caratteristica dell'unicità, in quanto non assimilabili a quelli impiegati dalle parti in operazioni potenzialmente comparabili, e quella di essere *valuable*, poiché consentono di realizzare vantaggi economici futuri, diversamente non conseguibili. La sezione “B” del nuovo capitolo, poi, precisa che, ai fini della determinazione del prezzo di trasferimento, la proprietà legale del bene immateriale non implica che il proprietario abbia diritto necessariamente a qualsiasi reddito generato dalla transazione. Nella sezione “C” sono state individuati due tipi di transazioni, a seconda che implicino il trasferimento del bene immateriale o del diritto sul bene. La sezione “D”, infine, offre informazioni supplementari per l'applicazione del principio di libera concorrenza alle transazioni tra imprese associate che riguardano beni immateriali.

1.3.1 Le “*Four S's of intangibles*”

Le caratteristiche economiche tradizionalmente attribuite ai beni intangibili a rappresentarne l'essenza e l'unicità rispetto ai beni materiali, sono convenzionalmente racchiuse nelle c.d. quattro “S” (*Scalability, Sunkness, Spillovers e Synergies*)⁴⁸. Anzitutto, per *Scalability*, si intende la possibilità di utilizzo ripetuto dei beni intangibili, a costi pressoché nulli, differentemente dai beni materiali per i quali occorrono continui investimenti per essere replicati. Questa peculiare caratteristica degli *intangibles* permette di realizzare economie di scala in assenza di rivalità, termine con cui si intende, in campo economico, l'impossibilità che più individui

⁴⁷ RIGATO C., *Transfer pricing sui beni immateriali: cosa cambia. La disciplina prevista dall'Ocse nella nuova versione delle linee guida sui prezzi di trasferimento*, si veda <https://www.ratioquotidiano.it>, 2018.

⁴⁸ HASKEL J. - WESTLAKE S., *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Cap4, Princeton University Press, 2017.

fruiscono dello stesso bene nello stesso momento, come accade per i beni materiali, laddove, invece, un bene immateriale, come un'idea, può essere utilizzata contestualmente da più soggetti. Questa specifica caratteristica ha agevolato la grande ascesa delle imprese che utilizzano in misura crescente gli intangibili, determinando, altresì, un profondo cambiamento dei modelli economici impiegati dalle stesse imprese, sempre più orientate verso modelli fondati sull'acquisizione e sullo sviluppo di beni immateriali a discapito dei modelli tradizionali incentrati sui beni materiali.⁴⁹ La seconda caratteristica degli intangibili è stata ravvisata nella capacità di creare i c.d. *Sunk Costs*, definibili anche costi recuperabili. Tale qualità consente di sviluppare all'interno dell'impresa in cui l'intangibile è stato impiegato, un valore aggiunto al complesso aziendale, difficilmente utilizzabile o cedibile all'esterno. In ciò differiscono profondamente dai beni materiali, prodotti secondo sistemi di massa e standardizzati. Gli immateriali, invece, recidono ogni esclusivo legame con l'impresa che li possiede o li produce e sono diretti alla più ampia platea possibile di acquirenti che agevolmente potrà determinarne il prezzo.

Tale peculiare caratteristica degli intangibili unici, definita appunto *Sunkness*, comporta altresì una difficoltà nella loro valutazione che, in mancanza di mercati di riferimento in cui trovare comparabili, risulterà particolarmente incerta. Questa incertezza, tuttavia, può essere foriera di effetti negativi per l'impresa che li detiene, rappresentata dalla possibilità che i *managers*, in assenza di termini di paragone esterni, effettuino una sovrastima del loro reale valore economico, suscettibile di rivelarsi molto inferiore se non inesistente. Sebbene permane questo potenziale rischio, le imprese si dimostrano generalmente ben disposte ad affrontare le insidie legate ai *sunk costs* degli intangibili, consapevoli, d'altra parte, che dal loro utilizzo possono trarre grandi guadagni o, in alternativa, consistenti vantaggi nello sviluppo di progetti collegati (un progetto A può non giungere al risultato desiderato di produrre un determinato intangibile ma essere efficace nel successo del progetto B fornendo informazioni sul cosa non fare)⁵⁰.

L'ulteriore caratteristica degli *intangibles* è rappresentata dalla possibilità di generare i c.d. *spillover effects*, definibili anche effetti di diffusione. Si tratta di effetti positivi prodotti anche al di fuori dell'ambito nel quale sono stati realizzati.⁵¹ Ad impedire

⁴⁹ HASKEL J. - WESTLAKE S., op cit., pp 65-68.

⁵⁰ HASKEL J. - WESTLAKE S., op. cit., pp 68-72.

⁵¹ "There is a significant volume of literature that indicates that investments in intangible assets result in substantial increases in productivity to those making the investment. As with any investment, in addition to the direct effect, these particular investments in intangible assets may elicit spillovers. Spillovers refer to situations in which the activities of one agent in the market induce an indirect effect (of either a positive or negative character) on one or

l'utilizzo esterno dei beni materiali, le imprese hanno senz'altro a disposizione strumenti ed accorgimenti anche di natura normativa, messi a punto in secoli di tutela della proprietà. Ben più difficoltoso appare però garantire l'uso esclusivo ed impedire lo sfruttamento e la diffusione di un bene immateriale, quale può essere un'idea innovativa, frutto dell'attività di ricerca e sviluppo all'interno dell'impresa ma, salvo tenerla nascosta o sottoporla, ove ne sussistano i requisiti, a tutela legale attraverso la registrazione (come per i brevetti), destinata inevitabilmente ad avere anche effetti esterni di diffusione, essendo incorporata in un determinato prodotto materiale accessibile anche dalle imprese concorrenti che potranno agevolmente trarne ispirazione e guadagni.

E' quanto accaduto, ad esempio, nel settore degli *smartphones*, in cui *Apple*, con l'immissione sul mercato dell'*Iphone*, ha costituito fonte di ispirazione per *Samsung* e per le altre imprese rivali immediatamente messesi all'opera per realizzare un prodotto analogo e partecipare all'incremento delle vendite e dei relativi profitti derivati dall'originaria idea innovativa.

Ad evitare tali conseguenze potrebbero incidere sia l'assenza di un'effettiva rivalità economica tra le stesse idee, fruibili da più entità contemporaneamente senza che il primo produttore ne sia pregiudicato, sia l'esistenza di una normativa a difesa della proprietà intellettuale, ormai presente, sin dal Medioevo (se ne fa risalire la prima comparsa a Venezia per la tutela delle tecniche di lavorazione del vetro)⁵² in tutti i Paesi industrializzati.

In ogni caso, dal lato delle imprese concorrenti, è sempre più sviluppata la capacità di captare *spillovers* provenienti da imprese terze, che ha condotto anche alla creazione di vere proprie reti ai fini della massimizzazione dei profitti.⁵³

L'ultima caratteristica degli *intangibles*, che va sotto il nome di "*Synergies*" è, infine, quella di produrre, sotto un profilo economico, delle sinergie. E' facilmente riscontrabile, infatti, la circostanza per cui le diverse idee, considerate singolarmente, risultano avere scarso valore. Tuttavia, se poste in condizione di interagire, aumentano reciprocamente il loro valore e contribuiscono sinergicamente all'innovazione nel settore di appartenenza.⁵⁴

more other agents in the market.", *The impact of Investment in Intangible Assets on Productivity Spillovers*, BIS RESEARCH PAPER NUMBER 74, May 2012.

⁵² ZECCHINI P., *La nascita delle conterie veneziane*, in *Journal of glass studies*, Vol. 47, 2005, pp. 77-92.

⁵³ HASKEL J. - WESTLAKE S., op. cit.

⁵⁴ RIDLEY M., *The rational optimist: how prosperity evolves*, Fourth Estate, 2010, p. 453.

Non è esclusa, naturalmente, anzi è assai frequente, un'interazione sinergica tra beni intangibili e beni tangibili, come nel caso di un *computer* che, tolti i *software* ed i dati inseriti al suo interno, risulterebbe privo di qualsiasi valore e utilità.

La sinergia, inoltre, può essere anche intesa come condivisione tra imprese di conoscenze e di talenti: la rilevanza di un dialogo tra i diversi *assets* ha portato al concetto di *open innovation*,⁵⁵ spingendo le imprese ad abbandonare i modelli tradizionali verso un tipo di innovazione che condivide la sperimentazione e la ricerca di idee, attraverso sinergie in grado di fornire vantaggi maggiori rispetto alle altre imprese non partecipi della condivisione.

1.3.2 La proprietà intellettuale ed il *Patent Box*

Si è fatta menzione, nel paragrafo precedente della c.d. “proprietà intellettuale”.

Con tale espressione si fa riferimento all'insieme dei diritti, i c.d. *Intellectual Property Rights* (IPR) di carattere sia personale (diritto di essere riconosciuto autore dell'opera o ideatore della soluzione tecnica o del marchio) sia patrimoniale (diritto di sfruttamento economico del risultato della propria attività) connessi ad una creazione intellettuale.

Sotto il profilo della tutela legale, le opere sono classificabili in tre categorie:

- le opere dell'ingegno (idee creative nel campo culturale);
- la ditta, l'insegna ed il marchio, ovvero i tre principali segni distintivi dell'imprenditore;⁵⁶
- le invenzioni industriali (idee creative nel campo della tecnica).

⁵⁵ L'*Open innovation* fa leva sull'utilizzo da parte dell'azienda di fonti esterne di tecnologia ed innovazione per stimolare la crescita interna; si sostanzia in quei flussi di conoscenza in entrata e in uscita, che hanno lo scopo di accelerare il processo di innovazione interna. *Open innovation* significa che le imprese dovrebbero sempre più sfruttare le idee e tecnologie esterne nel proprio business, lasciando che le proprie idee inutilizzate possano essere sfruttate da altre imprese. L'OI si contrappone alla “Closed Innovation” ovvero l'approccio tradizionalmente proprietario verticalmente integrato che ad oggi presenta notevoli limiti. CHESBROUGH H., *Open innovation: Researching a new paradigm*, Oxford University Press, 2006.

⁵⁶ CAMPOBASSO G.F., in *manuale di Diritto commerciale*: è opinione pacifica che i segni distintivi non costituiscono un numero chiuso e che l'imprenditore può avvalersi di altri simboli di identificazione sul mercato (i c.d. segni distintivi atipici), 2016, Vicenza.

L'analisi dell'istituto richiede, anzitutto, un breve cenno al concetto di diritto di proprietà che si sostanzia nel diritto di godere di un bene, che può essere sia materiale che immateriale, in modo pieno ed esclusivo. Ciò premesso, la nozione di proprietà intellettuale deve essere distinta da quella di proprietà industriale, trattandosi non di una differenza meramente lessicale ma sostanziale.

Per proprietà intellettuale, infatti, si intende la protezione e la valorizzazione delle molteplici forme di creatività artistiche ed intellettuali, come ad esempio le opere musicali, grafiche editoriali etc. Sotto il profilo normativo, esse coincidono con le forme di espressione intellettuale tutelate attraverso il diritto d'autore.⁵⁷

Per proprietà industriale invece, si intende una sottocategoria della proprietà intellettuale, avente ad oggetto sempre creazioni intellettuali umane, ma a contenuto tecnologico, vale a dire opere dell'ingegno (invenzioni) suscettibili di applicazione industriale.

Si tratta, dunque, di un ambito che presenta le stesse caratteristiche delle altre creazioni inserite nel novero della proprietà intellettuale ma, mentre per le altre opera la tradizionale tutela dei diritti personali e patrimoniali dell'autore, per la proprietà industriale si attiva la tutela dell'invenzione d'impresa, inserita nel contesto di una remunerativa attività economica. Ad ambiti applicativi diversi corrispondono tipi di tutela e diritti differenti: a fronte di un diritto d'autore con riferimento alla proprietà intellettuale, si pone un titolo di brevetto relativamente alla proprietà industriale. La disciplina legislativa di tutela delle creazioni intellettuali è, in ogni caso, ispirata ai medesimi principi fondamentali, tendenzialmente volti a contemperare due opposte esigenze. Da un lato, vi è quella di promuovere ed incentivare l'attività creativa dei privati, quale motore del progresso culturale, evitando la creazione di posizioni di monopolio culturale e tecnologico che impediscano la fruizione esterna del progresso raggiunto; dall'altro, quella di tutelare i diritti personali e patrimoniali del loro autore.⁵⁸ La prima esigenza, quella socialmente più sentita, è avvertita in special misura per le creazioni intellettuali particolarmente significative per la collettività; in

⁵⁷ Le opere dell'ingegno formano oggetto del diritto d'autore, regolato dagli artt. 2575-2583 cod. civ. e dalla legge 22-4-1941, n.633, più volte modificata.

⁵⁸ Sugli interessi coinvolti dalla disciplina delle creazioni intellettuali e sulla funzione cui risponde il riconoscimento del diritto di sfruttamento economico esclusivo si veda CAMPOBASSO G.F., *manuale di Diritto commerciale*, 2016, Vicenza;
ASCARELLI T., *Teoria della concorrenza*, pag. 305 e seguenti;
FRANZOSI M., *l'Invenzione*, Milano, 1965.

tal senso l'art 45 c.p.i (codice della proprietà industriale)⁵⁹ elenca una serie di invenzioni che non possono essere giuridicamente definite come tali o che non possono costituire oggetto di brevetto (i.e. prodotti medicinali). La brevettabilità delle invenzioni, peraltro, era esclusa dalla legge del 1939 ed è stata introdotta solo con la riforma del 1979 che ha previsto, a consentire che i progressi derivanti dalle creazioni intellettuali diventino di pubblica conoscenza e ad evitare comportamenti monopolistici, un'articolata disciplina del diritto di esclusiva, sia con riguardo alle modalità di acquisto che della relativa durata, differenziata, come vedremo, per la proprietà industriale rispetto alla proprietà intellettuale in genere.

Infatti, mentre il diritto d'autore si acquista per il solo fatto della creazione dell'opera (art. 2576 c.c.), per le invenzioni industriali il diritto di esclusiva nasce solo in seguito alla loro brevettazione (artt. 2584, 2592 e 2593 c.c.) che, al fine di conciliare le due esigenze appena rappresentate, permette la tutela dell'invenzione ma al contempo serve a rendere pubblica la conoscenza dell'invenzione stessa (art.51 c.p.i.)⁶⁰.

In tal senso, dunque, il diritto patrimoniale su una creazione intellettuale può definirsi come un diritto *funzionale e limitato* ma pur sempre un diritto di proprietà, come evincibile dalle espressioni che menzionano la “proprietà letteraria, artistica e industriale”, per sottolineare il particolare atteggiarsi del diritto di proprietà assunto su tali beni immateriali.⁶¹

Le proprietà intellettuali (IP) e, più precisamente, le proprietà industriali sono comprese, nel nostro ordinamento, all'interno di quelle attività iscritte nel patrimonio aziendale sotto la voce di “immobilizzazioni immateriali”.

In ragione della forte globalizzazione che caratterizza l'economia attuale, è da dire anche che a questi *assets* non corrisponde una precisa localizzazione geografica.

Questa particolare caratteristica ha consentito alle imprese di localizzare o delocalizzare “IP”, spostando i ricavi derivanti dall'utilizzo delle proprietà intellettuali in Paesi che beneficiano di un regime fiscale vantaggioso, provocando così due fenomeni che si muovono in verso opposto ma tra loro dipendente: allo sforzo delle

⁵⁹ Il decreto legislativo 10 gennaio 2005, n.30 introduce il codice della proprietà industriale, entrato in vigore il 19 marzo 2005 in cui si specifica che *con l'espressione proprietà industriale si comprende marchi, altri segni distintivi, indicazioni geografiche, denominazioni di origine, disegni e modelli, invenzioni, modelli di utilità, topografie dei prodotti a semiconduttori, informazioni aziendali riservate e nuove varietà vegetali.*

⁶⁰ L'art.51 c.p.i. richiede, a pena di nullità del brevetto stesso, che la domanda di concessione del brevetto per invenzione industriale sia accompagnata dai disegni e dalla descrizione dell'invenzione stessa. Dopo la concessione del brevetto, la descrizione e i disegni sono messi a disposizione del pubblico (art 53 c.p.i.)

⁶¹ La materia della proprietà industriale dà vita ad un contenzioso ampio e complesso, per tale motivo le cause riguardanti i diritti di proprietà industriale sono state di recente concentrate presso apposite *sezioni speciali in materia d'impresa* costituite presso i tribunali e le corrispondenti corti d'appello del capoluogo di regione.

imprese di ridurre il complessivo aggravio fiscale si contrappone l'impegno dei governi di cercare nuovi sistemi di incentivazione, per attrarre "attività mobili" ed i ricavi ad esse connessi. A tale situazione si aggiunge, poi, la menzionata incertezza nella determinazione dell'effettivo valore dei beni immateriali, attesa la loro natura intangibile e la conseguente difficoltà per le imprese, di catturarne i benefici economici, criticità, queste, che in ogni caso, hanno portato ad una contrazione degli investimenti in attività di ricerca e sviluppo.

A fronte di tale situazione, emerge, dunque, la forte opportunità per i singoli Paesi, di concedere incentivi all'innovazione, in modo tale che la stessa economia nazionale ne possa trarre benefici.

Tra gli strumenti volti a questo fine rientra a pieno titolo il *Patent Box* - consistente nell'introduzione di un regime agevolativo opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'uso di opere dell'ingegno, di brevetti industriali, di marchi, di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relative ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili - considerato uno dei fattori destinati a "favorire" la quarta rivoluzione industriale.

L'Irlanda è stata la prima a sviluppare ed introdurre tale sistema nel 1973, seguita verso la fine degli anni 2000, da sette Paesi: Belgio, Cina, Francia, Lussemburgo, Olanda, Spagna e Svizzera e, di recente, nel 2013, anche dal Regno Unito.⁶²

La *ratio* che ha spinto i legislatori nazionali ad introdurre nei rispettivi ordinamenti questo regime va rinvenuta nel ruolo ormai riconosciuto, negli ultimi decenni, ai beni intangibili quali fattori di creazione di valore aggiunto nei processi di produzione industriale ed all'obiettivo di attrarre investimenti nazionali ed esteri di lungo termine, di agevolare il rientro di beni immateriali delocalizzati all'estero, di salvaguardare la base imponibile e di incentivare l'investimento delle imprese nell'attività di ricerca e sviluppo.

L'assenza di vincoli logistici allo sfruttamento dell'intangibile comporta che la relativa localizzazione sia orientata dal criterio dall'efficienza complessiva in termini di flussi netti ritraibili, con l'ulteriore conseguenza che i regimi di *Patent Box* rappresentano uno strumento di competizione fiscale tra Stati, nell'obiettivo da ciascuno perseguito di attrarre gli investimenti in beni immateriali.

⁶² MANG F., *The (in) Compatibility of IP Box Regimes with EU Law, the code of conduct and the BEPS Initiatives, European Taxation*, 2015.

EVERS L. - MILLER H. - SPENGLER C., *Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and Tax Policy Considerations*, ZEW Discussion paper n.13-070, 2013.

In Italia, il legislatore ha previsto questo nuovo regime agevolativo con la legge 23 dicembre 2014, n.190 (Legge di Stabilità 2015) e con il successivo decreto “*investment compact*” (D.L. n.3 del 24.01.2015), introducendo anche nel nostro Paese, il c.d. “*Patent Box*”, già sperimentato precedentemente in altri Paesi europei.

Per ultimo, è entrato in vigore, il decreto “*Patent Box*” del 28 novembre 2017 di modifica alla precedente regolamentazione. La nuova disciplina prevede un regime opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall’utilizzo di *software* protetto da *copyright*, di brevetti industriali, di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relative ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili. E’ prevista una parziale esenzione fiscale che arriva fino al 50%, sui redditi assoggettabili alla disciplina del *Patent Box* (già fissata al 30% per il 2015 e al 40 % per il 2016).

Ciò comporterà, in pratica, che i redditi derivanti da marchi e brevetti, invece di essere assoggettati alla tassazione del 31,4 %, con l’adozione del *Patent Box* saranno tassati nella minore aliquota del 16%, mentre è prevista una quasi integrale detassazione delle plusvalenze ricavate dalla cessione di beni immateriali a condizione che il 90% del corrispettivo della cessione sia reinvestito entro il secondo periodo di imposta successivo nella manutenzione/sviluppo di altri beni immateriali. Sotto il profilo soggettivo, i destinatari di tale beneficio sono tutti i sotto elencati soggetti titolari di reddito d’impresa (quindi sia soggetti IRES che IRPEF)⁶³, senza nessuna preclusione, indipendentemente dal tipo di contabilità e dalla forma giuridica adottata⁶⁴:

- Persone fisiche che esercitano imprese commerciali;
- Società per azioni e in accomandita per azioni, SRL, società cooperative e società di mutua assicurazioni residenti in Italia;
- Enti pubblici e privati che abbiano come oggetto esclusivo o principale s’esercizio di attività commerciali;
- Società semplici in nome collettivo ed in accomandita semplice;
- Società ed enti di ogni tipo, con o senza personalità giuridica, non residenti nel territorio dello Stato, purché con tali Paesi esteri sia in vigore un accordo che eviti la doppia imposizione e con i quali lo scambio di informazioni sia effettivo, con stabile organizzazione in Italia alla quale possono essere attribuiti beni immateriali.

⁶³ COMMITTERI G.M., “*Patent Box*”: *il regime*, pag. 3394.

⁶⁴ ANDREANI G. - TUBELLI A., *Reddito detassato per le imprese titolari di intangibles*, in “Il Fisco”, 2014.

Il beneficio fiscale è tuttavia escluso per le società in fallimento, per quelle che si trovano in liquidazione o sono coinvolte in procedure di amministrazione straordinarie delle grandi imprese.⁶⁵

Sotto il profilo oggettivo, i beni immateriali considerati dal *Patent Box* sono mutati nel corso delle varie revisioni normative, in quanto originariamente il beneficio riguardava esclusivamente i redditi derivanti dall'uso di brevetti industriali, opere dell'ingegno, modelli e disegni, in seguito si è esteso anche ai marchi di impresa, giungendo alla disciplina attuale che lo vede applicato ai seguenti beni: *software* protetti dal diritto d'autore, brevetti per invenzioni industriali, invenzioni biotecnologiche, disegni e modelli, *know how* aziendale, marchi di impresa già registrati.⁶⁶

Alla luce delle istruzioni fornite dal MISE, il regime di tassazione agevolata è ravvisato quale esercizio di un'opzione, da comunicarsi all'Agenzia delle Entrate, avente la durata di cinque periodi di imposta, e natura irrevocabile e rinnovabile. Prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, era attiva una procedura definita del "*ruling obbligatorio*" che subordinava il regime agevolato all'attivazione di un accordo preventivo con l'amministrazione finanziaria per definire in contraddittorio i metodi e i criteri di determinazione del reddito agevolabile. Tale modalità applicativa, tuttavia, si è rivelata particolarmente farraginoso rallentando notevolmente l'applicazione del regime di *Patent Box*, per cui è stata oggetto di modifica normativa con l'art 4 del D.L. n. 34/2019 che ha delineato una sorta di "*Patent Box ad accesso rapido*" prevedendo che "*A decorrere dal periodo di imposta in corso al 1° maggio 2019 (data di entrata in vigore del Dl n. 34/2019 – “decreto crescita”), i soggetti che optano per il regime di Patent box possono scegliere, in alternativa alla procedura di ruling, di determinare e dichiarare direttamente il reddito agevolabile, rimandando il confronto con l'amministrazione finanziaria a una successiva fase di controllo. A tal fine, devono indicare le informazioni necessarie alla determinazione del reddito agevolabile in un'idonea documentazione, predisposta secondo quanto previsto dal provvedimento attuativo dell'Agenzia delle Entrate*".

Nella nuova disciplina il *ruling* non è più obbligatorio ed i titolari di reddito di impresa possono scegliere di determinare autonomamente, indicandolo direttamente nella

⁶⁵ THE ITALIAN TIMES, "*Patent Box 2019 Decreto Crescita: novità, requisiti, cos'è, come funziona*", 2019, <https://theitaliantimes.it>.

⁶⁶ I marchi erano inizialmente agevolabili, poi sono stati esclusi, per effetto delle prescrizioni OCSE con decorrenza dal periodo d'imposta 2017. Dunque, rientrano solo i marchi per cui i soggetti interessati abbiano effettuato opzione nel 2015 e nel 2016.

dichiarazione annuale, il reddito agevolabile, fornendo le informazioni necessarie per la determinazione del beneficio con idonea documentazione.⁶⁷

In definitiva, allo stato attuale, per calcolare il beneficio del *Patent Box* occorre calcolare prima la quota di reddito derivate dall'uso dell'immobilizzazione immateriale per cui:

- se l'utilizzo dell'opera dell'ingegno avviene in modo indiretto, il reddito è definito sulla base dei canoni derivanti dalla concessione in uso del bene al netto dei costi fiscalmente rilevanti;
- se l'utilizzo dell'opera dell'ingegno è invece diretto, per calcolare la misura della deduzione occorre definire il contributo economico che il bene immateriale ha apportato al reddito complessivo dell'impresa.

Alla quota di reddito così calcolata è applicata la percentuale di detassazione, sulla base del rapporto tra i costi di attività di ricerca e sviluppo sostenuti per sviluppare il bene immateriale oggetto dell'agevolazione ed i costi complessivi sostenuti per produrre tale bene⁶⁸.

1.4 I nuovi modelli di *business* digitale e le loro caratteristiche

La *digital economy*, oltre che dall'introduzione della *Information and Communication Technology (ICT)* e dalle nuove opportunità di profitto derivanti dai profili più strettamente tecnologici, si caratterizza anche per l'affermarsi di nuovi modelli di *business*.

⁶⁷ Il provvedimento attuativo dell'Agenzia delle Entrate indica che la documentazione idonea è costituita da un documento, articolato in due sezioni, A e B, contenenti i dati, le informazioni e gli elementi di seguito elencati:
SEZ. A: Struttura partecipativa dell'impresa anche in relazione alle imprese associate ed eventi straordinari, Operazioni con imprese associate, modello organizzativo dell'impresa, Caratteristiche del mercato di riferimento e dei principali fattori competitività, Descrizione della catena di valore dell'impresa, Funzioni, rischi e beni dell'impresa, Beni immateriali, Attività di ricerca e sviluppo, Plusvalenze da cessione di IP agevolati, Eventuali somme ottenute a titolo di risarcimento o di restituzione dell'utile di cui all'art 7, comma 4, del decreto *Patent Box*.
SEZ. B: Metodo adottato, Informazioni di sintesi sulla determinazione del reddito agevolabile, Valutazioni riferibili agli IP oggetto di agevolazione *Patent Box*., Si veda <https://www.startupbusiness.it/patent-box-2019>.

⁶⁸ CICOGLIA F., Ufficio internazionale brevetti, *paper "Il Patent Box"*, 2018.

Prendendo le mosse proprio dall'espressione "*business model*"⁶⁹, è intuitivo che si faccia riferimento alle modalità con cui si può fare del *business* ed ai principali strumenti utilizzabili a tal fine.

Sempre in un approccio di tipo generale, potremmo definire il *business model* come lo schema teorico che rappresenta le modalità con le quali una società effettua transazioni commerciali o svolge le proprie attività di acquisto e vendita di beni e servizi al fine di generare profitti⁷⁰. Le molteplici definizioni presenti nella letteratura economica, sebbene differenziate sul piano lessicale, conducono tutte ad identificare il modello di *business* con il modo in cui un'azienda intende creare valore: "*Business models are stories that explains how enterprises work...to deliver value to costumers, entice constumers to pay for value and convert those payments to profits*"⁷¹. Un autorevole economista, Peter Drucker, nella sua *Teoria del business*, aveva dato all'espressione *business model* un preciso significato, definendola come: "*the underlying logic that explains how a firm can deliver value to costumers at an appropriate cost*".⁷²

Da questa teorizzazione è agevole evincere i tratti fondamentali del concetto di *business model*:

- La finalità della creazione di valore: il modello di *business* è naturalmente destinato a creare valore per l'impresa che lo utilizza; esso deve creare valore a beneficio dei clienti, di cui ha bisogno per sopravvivere, e degli azionisti, di cui ha bisogno per esistere. Per i clienti il valore è rappresentato dal prodotto che costituisce la ricompensa del sacrificio iniziale (prezzo pagato); per gli azionisti la creazione di valore riguarda il profitto, quale ricompensa del sacrificio iniziale (investimento effettuato)⁷³.

⁶⁹ OSTERWALDER A. - PIGNEUR Y., *Business models and their elements*, Position Paper for the International Workshop on Business Models, Lausanne, Switzerland, 4-5 October 2002.

OSTERWALDER A., *Business Model Generation*, <https://www.youtube.com/>.

⁷⁰ Definizione che il dizionario Zanichelli dà delle due parole di "Business" e "Modello". Per la prima intende l'affare, la transazione commerciale, attività di acquisto e vendita di beni e servizi; per la seconda si riferisce allo schema teorico elaborato in varie scienze per rappresentare gli elementi fondamentali di uno o più fenomeni o enti. Unendo le due definizioni possiamo rintracciare una prima generica definizione di *business model*.

⁷¹ In tale definizione rintracciamo due pareri forniti da MAGRETTA J. e TREECE, uniti attraverso i puntini di sospensione.

⁷² Cfr. DRUCKER P., (1994).

⁷³ Un'ulteriore dimensione della creazione di valore che meriterebbe di essere maggiormente citata è "la creazione di valore sociale" dell'impresa, cioè il contributo che l'impresa può dare al progresso della società. Tale dimensione assume un ruolo di primo piano nel caso di enti pubblici o *no-profit*.

- La natura olistica: La creazione di valore non è generata da un insieme di fattori tra loro indipendenti, ma dall'aggregazione di essi in un nuovo complesso unitario.
- La selettività: Il modello di *business* deve contenere le sole informazioni essenziali e specifiche che caratterizzano un'impresa ed il suo modo di produrre valore, tralasciando tutti gli altri dati non utili a tale scopo ma anzi destinati a creare confusione se non sistematicamente aggiornati.
- Il collegamento con la strategia competitiva: la letteratura è concorde nell'effermare il sicuro collegamento tra *business model* e strategia d'impresa ma allo stesso tempo nel ribadire la differenza tra questi due concetti, ravvisabile nel fatto che la scelta del modello di *business* da implementare è una componente essenziale di qualsiasi strategia ma non ne esaurisce il contenuto, in quanto la strategia non si occupa solo della scelta del modello ma anche di come esso vada in concreto implementato.
- La definizione di *business* come antecedente: un ulteriore approfondimento consente di distinguere il concetto di *modello di business* da quello di *business*. Benché strettamente legati, è intuibile la necessità di individuare l'ambito in cui l'impresa intenda operare (*business*) dallo specifico schema teorico che intende utilizzare (*modello di business*) per creare valore.

Nonostante l'unanime condivisione dei tratti salienti appena descritti, in letteratura manca una definizione universale di *model business* in grado di coglierne a fondo il significato e l'importanza.

Negli ultimi anni numerosi sforzi sono stati fatti nel tentativo di trovare una definizione condivisa, alternandosi definizioni semplici e concise ad altre articolate ed analitiche, nonché classificazioni in alcuni casi tra loro complementari, in altri contrapposte.

Anche l'approccio semantico è stato talvolta differenziato, con il risultato che lo stesso termine è stato spesso utilizzato per indicare aspetti differenti di un medesimo fenomeno e che ciò che viene descritto come modello di *business* da parte di un autore è invece considerato solo come una sua componente da altri.

L'espressione di *business model* apparve per la prima volta nel 1998 nell'ambito del commercio elettronico ed a partire da allora si sviluppò una consistente letteratura al riguardo.

Fu il citato economista Peter Drucker il primo che si cimentò nel tentativo di fornire un significato condiviso del concetto di *business model* e nel 1954 definì un buon *business model* come uno strumento in grado di rispondere a quattro domande precise:

*Chi è il cliente finale? Qual è il customer value? Come l'azienda produrrà profitti? Quali sono le logiche economiche che possano spiegare come un'azienda possa offrire valore al proprio cliente a un prezzo appropriato?*⁷⁴

Sono seguiti ulteriori contributi dei diversi esponenti in materia, tra cui quello di Timmers che individua nel commercio elettronico uno strumento complementare al *business* tradizionale ovvero una modalità del tutto innovativa di fare *business*. Nel suo articolo *Business Model for Electronic Markets* del 1998, Timmers giunge a teorizzare le componenti di un modello di *e-business* quali: modello *die-business*, concetto di *e-business*, *value proposition*, fonti di ricavi e *resource/capabilities*. Al citato autore, inoltre, si deve la classificazione di *business model* basata su due macro-livelli di differenziazione: livello di innovazione e livello di integrazione.

Un ulteriore passo avanti è compiuto da Friedman e Langlinais che nella loro opera *Best Intention* colgono in modo puntuale le opportunità offerte dalle rete globale; con *a Business Model for the Economy* del 1999, tratteggiano, per la prima volta, quel concetto di soddisfazione del consumatore che sarà poi assunto a fondamento del *business model*. Anche nel loro caso, l'approccio non è quello di formulare una definizione esatta di modello di *business* ma di individuarne i tratti salienti, quali basi per un'elaborazione più completa a riguardo. Altro contributo di rilievo è la definizione proposta da Weil e Vitale nel 2001. Nel loro articolo economico *Place to Space: Migrating to E-business Models*, essi forniscono una definizione non troppo distante da quella proposta da Timmes, nel senso di concepire il *business model* come una sorta di architettura. Secondo Weil e Vitale, infatti, un *business model* vale a descrivere i ruoli e le relazioni tra clienti *partners* e fornitori di un'impresa, ad individuare i flussi informativi e monetari correlati a dette relazioni nonché i principali benefici finali per ciascuna delle parti. Partendo da questa teorizzazione, che applicano in via sperimentale ad una serie di aziende internazionali del tempo, gli autori giungono ad elaborare otto modelli di *business* atomistici. Ad integrare la definizione di *business model* intervengono successivamente anche Amit e Zott con la loro opera *Value Creation in E-business* del 2001, ove analizzano e studiano i mercati virtuali prendendo le mosse da alcuni fondamentali postulati di teoria economica, vale a dire il concetto di catena di valore di Porter, la definizione di innovazione elaborata da Schumpeter, il concetto di *resource-based view* di Wernerfelt, la teoria della rete

⁷⁴ CARUSO E., "whether companies like it or not, the customer is the boss". Drucker P. è stato il primo a porre in evidenza la rivoluzione introdotta alla *General Motors* da Alfred Sloan che ha teorizzato l'importanza del consumatore nella definizione dei processi produttivi. Drucker P., con i propri clienti era solito affrontare l'argomento "consumatore" ponendo le quattro domande sopra riportate., per maggiori informazioni si veda <https://www.impresaoggi.com/>.

strategica di Gulati e l'economia dei costi di transazione di Williamson. Sulla base di tale approccio ed alla luce delle analisi da loro condotte su 60 imprese, Amit e Zott affermano che il modello di *business* rappresenta il contenuto (beni o informazioni scambiate), la struttura (parti coinvolte nello scambio e le relazioni esistenti) e la *governance* (modo in cui le parti controllano i flussi di informazioni, risorse e beni) degli schemi di transazioni elaborati per creare valore attraverso lo sfruttamento di opportunità di *business*.

Ne emerge, in conclusione, un concetto di modello di *business* inteso come “*configurazione architettonica finalizzata all'individuazione di opportunità*” (Amit R., Zott C., 2001) con la notazione di una necessaria distinzione tra concetto di *business model* e quello di modello di profitto, inteso come modalità specifiche con le quali un modello consente la generazione di reddito.

Sempre nel 2001, Peter Weil e Michael Vitale introdussero una classificazione molto articolata degli *Atomic e-business model* basata su quattro variabili: obiettivi strategici, fonte di valore, fattori critici di successo e competenze-chiave. Essi affermarono di aver individuato ben otto *Atomic e-business model*, intesi come elementi fondanti di tutte le iniziative di *e-business*, con la precisazione che gli *Atomic business model* erano da considerarsi solo come “blocchetti” (*building block*) e che non erano da identificarsi direttamente con gli *e-business model* alla costruzione dei quali, piuttosto, considerati integralmente, concorrevano.

Nel 2002, poi, Chesbrough e Rosenbloom, in *The Role of the Business Model in Capturing Value from Innovation Xerox Corporation's Technology spin off companies*, evidenziarono in modo particolare il contributo dell'innovazione anche tecnologica, ai fini della creazione di valore economico, e sotto tale profilo approfondirono il ruolo rivestito dal *business model* in tale ambito. Per i due autori la creazione di valore è, in ogni caso, una condizione necessaria ma non sufficiente perché un'impresa tragga profitto dal suo *business model*, attesa la ormai chiarita distinzione tra modello di *business* e strategia, ove il primo crea valore per il consumatore e per l'impresa e si basa su una relazionalità limitata ad impresa-clienti-terzi, la seconda, basata su informazioni più ampie, crea valore, inteso come profitti ed aumento di competitività, attraverso processi decisionali, a beneficio degli azionisti. Il modello di *business* diviene quindi la descrizione sintetica di come un'impresa intenda creare valore nel mercato. Sempre nello stesso periodo Magretta, nel suo articolo pubblicato nel 2002 su *Harvard Business Review*, censurando il recente abuso del termine, elaborava una sua definizione di *business model* affermando la necessità

al riguardo, di scrivere una nuova storia⁷⁵ che racconti come l'azienda porti al proprio cliente finale un valore, un prodotto o un vantaggio e in che modo vi riesca tenendo conto dei vari prezzi (costo interno sostenuto inizialmente e prezzo finale per il cliente), per poter generare ricavi profittevoli.

Un contributo definitivo, infine, può considerarsi quello di Alexander Osterwalder e la seguente definizione da questi formulata: “*A business model is a conceptual tool that contains a set of elements and their relationships and allows expressing a company's logic of earning money. It is a description of the value a company offers to one or several segments of costumers and the architecture of the firm and its network of partners for creating, marketing, and delivering this value and relationship capital, in order to generate profitable and sustainable revenue streams.*”⁷⁶

Anche successivamente a tale intervento altre opinioni, a volte contrastanti, furono espresse in merito alla definizione del *business model*, tra cui vale la pena citare il contributo dato nel 1998 da Bambury che identificò i *buisness model* classificandoli in due categorie differenziate in base all'origine distinguendo così i *Transplanted Real-World Business* ed i *Native Internet Business Model*. La prima categoria citata racchiudeva tutti quei modelli che, applicati nel mondo reale, sono poi stati trasferiti nel mondo di *internet*, tra i quali, rientrano , come più rilevanti, i seguenti:

- *Mail Order - Model*: è un modello utilizzato da imprese come Amazon che hanno sviluppato un apposito *web site shop* per vendere prodotti materiali che successivamente sono inviati fisicamente al cliente. In tale struttura la pubblicità ed il pagamento dei beni sono effettuati online ma le imprese produttrici operano nel mondo reale ed effettuano transazioni tradizionali all'interno dei loro *website shop*.
- *Advertising - Based Model*: è stato il modello che ha consentito l'ascesa di motori di ricerca come *Yahoo!* e *Google*, basati su meccanismi utilizzati in origine dalle televisioni commerciali che offrivano un servizio gratuito finanziato con i ricavi derivanti dalla pubblicità.
- *Subscription Model*: con il quale un utente sottoscrive un abbonamento per l'accesso ad un catalogo di prodotti digitali per un determinato lasso di tempo.

⁷⁵ MAGRETTA J., *Why Business Models Matter*, Harvard Business review, Financial management, Maggio 2002.

⁷⁶ OLOFSSON L. - FARR R., *Business model tools and definition, a literature review*, 2006, VIVACE Consortium Members.

OSTERWALDER A. - TUCCI C.L. - PIGNEUR Y., *Clarifying business models: origins, present, and future of the concept*, Communications of AIS, Volume 15.

- *Real Estate Model*: è impiegato da imprese che si occupano di vendita di spazi *web*, domini e indirizzi email.
- *B2B*: si tratta di *model business* impiegati nelle relazioni tra aziende attraverso l'uso di *internet*, differentemente dai modelli fin qui esaminati e rivolti al mercato *consumer* (B2C). In tali modelli l'architettura che sta dietro *l'internet commerce* riguarda le relazioni tra venditori, società di carte di credito, banche, *internet service provider* (ISP), autorità di certificazione (CA), società di *software* ed altri soggetti partecipi ai circuiti di pagamento.

Nel 2006, infine, Michael Rappa identificò, attraverso uno studio approfondito del *web* da lui stesso definito “*Tassonomia dei business model osservati nel web*”, nove categorie di modelli che articolò in quarantuno sottocategorie. I criteri di classificazione erano i medesimi descritti da Brambury con il limite che tale classificazione non appariva del tutto aggiornata in quanto risalente al 1998, a fronte di un'evoluzione tecnologica che nel frattempo era andata avanti. Da qui la necessità di creare una nuova classificazione dei *business model* riprendendo la definizione del Prof. Rappa opportunamente aggiornata, al passo con l'evoluzione di *internet*. Alla fine di questo processo sono state identificate tre macrocategorie di *Internet business model*:

- *Transaction Based*, relativa ai modelli di *business* che si fondano sulla transazione diretta tra domanda e offerta;
- *Advertising Based*, relativa ai modelli di *business* che si fondano su una transazione indiretta tra domanda e offerta;
- *Free Based*, relativa ai modelli in cui lo scambio tra domanda e offerta avviene gratuitamente o almeno in parte o per un determinato periodo di tempo.⁷⁷

L'inarrestabile diffondersi della tecnologia nell'economia ha reso ormai inestricabile la reciproca interazione al punto che, sfumandosi sempre più i confini tra le due componenti, non è più possibile distinguere quale sia la componente digitale rispetto a quella puramente economica.

Tale osservazione risulta particolarmente utile per meglio comprendere le strutture di cui si dotano le *Multinational Enterprises* (MNE's) al fine di prevedere possibili forme di evasione in relazione ai vari modelli di *business* adottati, nonché i fattori utilizzabili per l'erosione della base imponibile e per finalità di spostamento del profitto verso aree con fiscalità privilegiata.

⁷⁷ ZOTT C. - AMIT R. - MASSA L., “*The Business model: Theoretical Roots, Recent Developments and Future Research*”, IESE Business School, University of Navarra, 2014, Working Paper.

Dall'economia digitale hanno avuto origine i nuovi modelli di *business*, spesso nati dai paralleli modelli già affermati nelle attività tradizionali, rispetto ai quali i progressi dell'ICT hanno reso possibile trasferire molte attività su scala e su distanze maggiori.⁷⁸ In conclusione, si riportano i modelli di *business* emergenti della *digital economy*, quali illustrati nell'*Action plan n.179*:

- *E-commerce* classificabile in:
 - *Business-to-Business (B2B)*, con riguardo a transazioni tra soggetti imprenditoriali, relative alla fornitura di beni e servizi, anche di supporto;
 - *Business-to-Consumer (B2C)*, che descrive l'originaria forma di interazione utilizzata nel commercio elettronico per raggiungere i consumatori, sia nel caso che i prodotti provengano da una struttura commerciale esistente, sia in assenza di una struttura fisica di vendita, con la customizzazione del prodotto in sola modalità *online* ai propri clienti;
 - *Consumer-to-Consumer (C2C)*, di più recente creazione nel commercio *online*, offre supporto ai clienti (che possono agire sia in veste di venditori che di acquirenti) per entrare in contatto e concludere le transazioni in totale sicurezza;
 - *Servizi di pagamento*: nelle transazioni concluse *online* uno dei punti critici è sempre stato il pagamento, per il quale sin da subito si è avvertita la necessità di *standard* di sicurezza molto elevati per la massima protezione contro le frodi. Ma allo stesso tempo il pagamento *online* è anche uno dei punti di forza, per gli innegabili benefici legati alla velocità della transazione rispetto alle forme tradizionali ed alla possibilità di operare con diverse valute.
- Tra le opzioni di pagamento *online* ricordiamo:
- *Soluzioni di pagamento "cash"*;⁸⁰

⁷⁸ "Capitolo 4 - L'economia digitale, nuovi modelli di business e caratteristiche principali", www.felixcaffarrelli.com

⁷⁹ OECD, BEPS Action Plan: *Action 1 - Tax Challenges Arising from Digitalisation*, Addressing, l'economia digitale non può più essere circoscritta e separata dal resto dell'economia, in quanto essa rappresenta in misura sempre maggiore l'economia stessa. Il previgente sistema fiscale spesso non risultava capace di intercettare i redditi prodotti dalle grandi multinazionali, pertanto mettere a punto un'idonea disciplina fiscale riguardante l'economia digitale costituisce un tema di grande rilevanza ma al contempo con profili di grande complessità dati soprattutto dalle differenti caratteristiche dell'economia digitale rispetto alla previgente economia, www.oecd.org.

⁸⁰ Potrebbe sembrare una contraddizione in termini, in realtà è una valida alternativa per il cliente che non vuole adoperare altre metodologie di pagamento ma compra *online* e paga in contanti, utilizzando un codice a barre o un codice di pagamento per il tramite di un mediatore o avvalendosi di un punto di vendita che aderisce all'iniziativa.

- *E-wallets o cyber -wallets*: di impiego alternativo alle carte di credito, per la maggiore economicità delle micro-transazioni, vengono caricati anticipatamente per la successiva spesa *online*;
- *Soluzioni di pagamento "mobile"*: tutte le forme di pagamento rese possibili con strumenti elettronici quali *smartphone*, *tablet* o con carta *contactless*;
- *Applications stores*: piattaforme digitali abilitate alla distribuzione delle *app* (applicazioni), dei *software*, sviluppati dal produttore del supporto ove si intendono scaricare, da installarsi sugli apparati elettronici e utilizzati per diverse finalità;
- *Pubblicità online*: modalità utilizzata dalla rete *internet* per divulgare i messaggi di *marketing* e indirizzare il pubblico verso gli obiettivi di mercato. Particolarmente efficace rispetto alle forme tradizionali, questo tipo di pubblicità digitale consente di utilizzare i dati raccolti sui consumatori per indirizzare al meglio l'offerta del prodotto, fino a giungere a forme di autentica incidenza ed influenza della domanda/ bisogni della clientela;
- *Clouding computing*: il *cloud* è una tecnologia che permette di accedere, tramite *server* remoto, a risorse *software e hardware* distribuite nella rete ed offerte come servizio da un *provider*. I benefici innovativi di questa tecnologia sono riscontrabili nella maggiore affidabilità del servizio e nella semplice scalabilità dell'infrastruttura;⁸¹
- *High frequency trading*: gli enormi progressi dell'informatica e lo sviluppo della capacità di calcolo degli apparati informatici, unitamente alla formulazione di sofisticati algoritmi, consentono di effettuare operazioni su titolo in frazioni di secondo;
- *Partecipative networked patforms*: tramite tali piattaforme è possibile per gli utenti collaborare allo sviluppo e all'ampliamento di contenuti creati da loro stessi.

Per un quadro completo dei *business model* creati dall'economia digitale è utile, altresì, indicarne i caratteri distintivi che ne tratteggiano le specificità:

- *Mobilità*: caratteristica tipicamente riferibile ai beni immateriali, considerati fattori determinanti nella creazione di valore e nella crescita economica delle

⁸¹ La scalabilità nel contesto informatico rappresenta la misura relativa alla capacità di un servizio o di un'applicazione di adattarsi alle crescenti richieste a livello di prestazioni. La scalabilità in orizzontale implica l'aggiunta di un server per soddisfare ogni esigenza; in verticale include maggiori risorse di sistema per l'hardware esistente o per la sostituzione di tale hardware con risorse di sistema superiori.

- società nella *new economy* ma al contempo elementi più suscettibili di spostamento al fine di dirottare profitti verso Paesi con fiscalità privilegiata⁸²;
- *Dipendenza dai dati e dalla partecipazione dell'utenza*: a connotazione dell'economia digitale vi è la sistematica raccolta e l'uso massivo di dati relativi all'utenza, per orientare le scelte aziendali, per rivolgersi ad altre fasce di clientela ma anche suscettibili di essere monetizzate in ragione della loro funzione di vera e propria "leva";
 - *Effetti sul network*: nell'economia digitale le scelte degli utenti non sono del tutto scollegate tra loro: le decisioni di un utente possono avere un impatto diretto nei benefici prodotti a favore di altri utenti;
 - *Modelli di business multipli*: operano in un mercato in cui più gruppi distinti interagiscono attraverso un intermediario o una piattaforma e le decisioni di ognuno di essi produce effetti sui risultati degli altri a causa di esternalità positive o negative incidenti sui prezzi praticati;
 - *Tendenza al monopolio*: tutte le caratteristiche finora elencate comportano altresì che il primo operatore che riesca a trarre profitto in un mercato appena configurato, tende ad assumere una posizione di tipo monopolistico;
 - *Volatilità*: l'incidenza combinata di fattori, quali la rapidità dello sviluppo tecnologico e le capacità innovative dei nuovi soggetti che si affacciano sul mercato, può mettere in difficoltà le aziende già presenti, repentinamente chiamate a fronteggiare la concorrenza agguerrita di altri operatori dotati di modelli di *business* più performanti ed innovativi.

⁸² MAURO A., *Elenco Paesi Black List 2019*. La Black List dell'Agenzia delle Entrate è l'elenco degli Stati che hanno adottato regimi fiscali agevolati che prevedono tasse molto basse e che in parallelo non hanno aderito al sistema di scambio dei dati fiscali con le altre Nazioni. Comunemente questi paesi sono chiamati Paradisi Fiscali. L'ultimo aggiornamento all'elenco Paesi *Black List* 2019 è stato disposto dall'Unione Europea il 12 Marzo ed ha incluso altri 10 Stati nell'elenco unico dell'UE. A seguito della decisione dell'Ecofin del mese di marzo sono rientrati nell'elenco degli Stati non cooperativi a livello fiscale: Aruba, Barbados, Belize, Bermuda, Dominica, Figi, Isole Marshall, Oman, Emirati arabi uniti, Vanuatu. <https://www.informazionefiscale.it/>.

1.5 Le criticità fiscali dopo la crisi della stabile organizzazione

Per comprendere le criticità fiscali che derivano dalla grande crescita dell'economia digitale, occorre introdurre i principi di fiscalità internazionali che si sono sviluppati durante la prima metà del secolo scorso e che attualmente ancora governano la ripartizione della potestà impositiva tra Stati, con particolare riguardo al concetto di stabile organizzazione.

Tradizionalmente, la stabile organizzazione, quale istituto di diritto tributario, ha ricoperto sempre un ruolo rilevante nell'imposizione dell'attività d'impresa.⁸³ All'origine la sua natura era meramente convenzionale, delineata nell'art. 5⁸⁴ del Modello di Convenzione OCSE⁸⁵ che individua due figure: "la stabile organizzazione materiale", ad indicare un complesso di beni organizzati e "la stabile organizzazione personale", per rappresentare un soggetto che opera svolgendo attività imputabili al non residente. La definizione di stabile organizzazione evincibile è, dunque, quella di "sede fissa di affari attraverso la quale un'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività"⁸⁶. Successivamente l'istituto ha conosciuto anche una disciplina ed una regolamentazione da parte dei legislatori interni, in Italia come in altri Paesi. Allo stato attuale può affermarsi che l'espressione di "stabile organizzazione" coincida con quello di *permanent establishment* ed *établissement stable* disciplinata in sede internazionale, nei Progetti e nelle Convenzioni bilaterali predisposti da organismi

⁸³ GARBARINO C., *Stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., 1998, pag. 365.

⁸⁴ Cfr. SKAAR A.A., *Permanent Establishment. Erosion of a tax Treaty Principle*, Deventer, 1991.

⁸⁵ TESAURO A., *Istituzioni di diritto tributario*, ed., Torino, 2015, p. 383 e ss.: l'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico in inglese *OECD Organization for Economic Co-operation and Development*) è un'organizzazione internazionale che si occupa di effettuare studi economici e commerciali per i Paesi membri. Tale organizzazione permette il confronto tra i vari Paesi membri su temi politici e commerciali per la risoluzione di questioni comuni con lo scopo di assicurare una coordinazione e cooperazione delle politiche. L'OCSE è stata istituita con la Convenzione sull'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico, la quale viene firmata il 14 Dicembre 1960, ed entra in vigore il 30 Settembre 1961, sostituendo l'OECE (Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea), creata nel 1948 per amministrare il cd. Piano *Marshall*. L'OCSE ha sede a Parigi, all'inizio i paesi facente parte erano solo 20, oggi è composta da 36 Paesi. L'OCSE mantiene inoltre contatti con le altre organizzazioni internazionali e con oltre 70 Paesi non membri. Ha una struttura composta da un Consiglio, alcuni Comitati specializzati e una segreteria. Gli obiettivi che si prefigge sono quelli rivolti alla realizzazione di una crescita economica favorendo gli investimenti e la competitività e mantenendo la stabilità finanziaria. Oggigiorno, i fenomeni di doppia imposizione ostacolano la vita economica internazionale, infatti si è affidato da tempo il controllo di tale aspetto alle organizzazioni internazionali, in primo luogo all'OCSE:

⁸⁶ il termine "impresa" qui adoperato include anche "la prestazione di servizi professionali e di altre attività di lavoro autonomo".

internazionali al fine di evitare la doppia imposizione sui redditi. In linea generale, dunque, la stabile organizzazione è concetto che attiene all'esercizio da parte di imprese di attività commerciali all'estero ed ha lo scopo di collegare ad uno Stato il reddito derivante ad un'impresa non residente, da un'attività economica svolta sul suo territorio, rappresentando, quindi, non un autonomo soggetto giuridico ma una mera articolazione organizzativa di un soggetto non residente, dotata di autonomia funzionale, gestionale ed organizzativa. In Italia, come nel resto del mondo, “*la nozione di stabile organizzazione è considerata come centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive e determina l'assoggettamento a tassazione del non residente che opera in Italia con tale forma organizzativa. La stabile organizzazione integra il presupposto impositivo dato da un'attività economica svolta da un non residente sul territorio e permette di separare l'attività imponibile qui svolta da quella esercitata all'estero*”⁸⁷. Trattandosi, in sostanza, di un criterio di collegamento tra lo Stato impositore ed il reddito prodotto nel suo territorio, necessariamente considera la ricchezza prodotta in quello Stato in modo autonomo rispetto a quella prodotta all'estero, divenendo necessario individuare gli elementi essenziali di tale criterio di collegamento al fine di vincolare, in concreto, il reddito imponibile prodotto nell'esercizio di un'attività d'impresa all'estero.⁸⁸

Sempre sotto il profilo fiscale, la stabile organizzazione funge non solo come criterio di collegamento ma altresì di determinazione del *quantum* imponibile e della potestà impositiva ai fini dell'eliminazione della doppia imposizione. La stabile organizzazione pone, dunque, in relazione lo Stato della fonte e lo Stato di residenza per un'equa e condivisa ripartizione dei redditi d'impresa transnazionale,⁸⁹ prevedendone l'imposizione nel Paese di provenienza solo in presenza di una stabile organizzazione, in assenza della quale residua la potestà impositiva del Paese d'origine.

È necessario, infatti, premettere che i regimi impositivi tradizionali delle società si fondano o sul concetto di fonte del reddito o su quello di residenza, ovvero su un sistema ibrido.⁹⁰ L'imposizione che pone a base la fonte non tassa i non residenti che

⁸⁷ D'ALFONSO G., *La stabile organizzazione fa il suo esordio in Italia*, in A&F, 2003;

GALLO F., *Contributo all'elaborazione del concetto di “stabile organizzazione” secondo il diritto interno*, in Riv. Dir. Trib., 1985.

⁸⁸ FANTOZZI A., *La stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., 2013;

GALLO F., *Contributo all'elaborazione del concetto di Stabile organizzazione secondo il diritto interno*, in Riv. Dir. Trib., 1985.

⁸⁹ Nelle Convenzioni internazionali si definisce Paese di origine lo Stato in cui il soggetto è residente (Residence State) e come Paese fonte del reddito, la nazione in cui la stabile organizzazione è situata (Source State).

⁹⁰ Si vedano a riguardo: VOGEL K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Kluwer Law International, 1997;

sono, invece, sottoposti a tassazione sul reddito derivante da un Paese c.d. “fonte”, inteso come Paese in cui ha avuto luogo la produzione dei beni o servizi venduti. Tali sistemi trovano la loro giustificazione in ragione del fatto che i contribuenti dovrebbero pagare le tasse in base ai costi sostenuti dal governo di un Paese o al beneficio derivante dall’uso delle infrastrutture dello stesso.⁹¹ Diversamente, i regimi di tassazione basati sulla residenza, che sottopongono a tassazione le imprese fisicamente residenti in un Paese per i redditi da esse prodotti in qualsiasi altro Stato, trovano ragione nell’opinione secondo la quale le imprese debbano contribuire ai servizi pubblici loro forniti dal rispettivo Paese di residenza. ⁹² In realtà entrambi i regimi traggono derivazione dalla più ampia teoria del beneficio, fondata sull’idea che la tassazione trovi giustificazione nel fatto che l’impresa, nel generare profitto, riceva comunque sostegno su un dato territorio. Ciò, da un lato, giustifica la tassazione basata sulla fonte ma, dall’altro, ammette anche quella basata sulla residenza, atteso che innegabilmente il soggetto che svolge attività economiche si avvale dei servizi fornitigli dallo Stato, quali l’utilizzo di infrastrutture di trasporto ed altri pubblici servizi.⁹³

Alla luce di tali teorie, il modello OCSE è stato formulato presupponendo che lo Stato di residenza possa sempre sottoporre a tassazione i redditi delle imprese residenti, prevedendo altresì che ove i redditi sono tassati dallo Stato della fonte, non siano sottoposti ad imposizione anche nello Stato di residenza. In tal senso, l’art. 23 del Modello OCSE dispone che lo Stato di residenza preveda, per il reddito prodotto all’estero, la totale esenzione o che conceda una deduzione ovvero un credito d’imposta, pari all’imposta pagata all’estero.⁹⁴

Nel panorama internazionale la nozione di stabile organizzazione non è del tutto univoca, in quanto ciascuno Stato può stipulare specifici accordi nell’ambito di convenzioni bilaterali.

L’idea della stabile organizzazione come “*presupposto per l’imposizione di un’attività economica svolta in un dato Paese, dallo straniero*” si è sviluppata grazie soprattutto al contributo delle organizzazioni internazionali, restando essenzialmente sullo sfondo il ruolo svolto dall’elaborazione giurisprudenziale. E’ a partire dagli anni Venti che il

BENNETT M.C. - DUNAHOO C.A., *The attribution of profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations*, in Intertax, volume 33, 2005.

⁹¹ SKAAR A.A., *Permanent Establishment*, Kluwer Law International, 1991.

⁹² GANN P., *The concept of an independent Treaty Foreign Tax Credit*, Tax L.Rev.58, 1982.

⁹³ T’NG A., *The modern marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing*, in Intertax, Volume 44, 2016.

⁹⁴ Cfr. MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè, 1990.

concetto di “stabile organizzazione” trova spazio negli accordi di cooperazione tra gli Stati per evitare la doppia imposizione di redditi prodotti da imprese multinazionali operanti nel territorio di più Stati.⁹⁵ In particolare, la prima formulazione del concetto di stabile organizzazione nacque in seno alla Società delle Nazioni che costituì un Comitato di esperti (formato da Bruis, Einaudi, Seligman e Stamp) al quale si deve, nel 1928, un progetto di convenzione-tipo, finalizzata ad evitare la doppia imposizione dei redditi mediante l’individuazione della reale fonte di reddito rispetto alla residenza del soggetto passivo, superando così tutte le questioni relative alla potestà impositiva dello Stato. In seguito, l’espressione di “stabile organizzazione” fu espressamente inserita, in via esemplificativa, nell’articolo V del Protocollo annesso ai Modelli di Convenzione del Messico nel 1943 e di Londra nel 1946.⁹⁶

Il tratto tipizzante di tale definizione era costituito dal “*carattere produttivo*”, con ciò intendendosi la necessità che la stabile organizzazione dovesse contribuire alla produzione di nuovi utili dell’impresa per essere considerata come tale. Successivamente il Comitato fiscale dell’OCSE avvertì l’esigenza di formulare un’unica nozione di stabile organizzazione e vi procedette considerando, anzitutto, gli elementi comuni a tutte le convenzioni stipulate dagli Stati membri, in modo tale da raggiungere un risultato condiviso dal maggior numero possibile di Paesi. Da tale operazione derivò l’esclusione di ogni riferimento al carattere produttivo, per mantenere, con riferimento alla stabile organizzazione, solo il significato di una sede fissa di affari⁹⁷.

All’indomani del secondo conflitto mondiale, l’Italia ha sottoscritto numerosi accordi bilaterali con i Paesi più industrializzati, ispirati al progetto di Londra del 1946 mentre, a livello di normativa interna, la nozione di stabile organizzazione ha fatto il suo primo ingresso con l’approvazione del testo unico delle imposte indirette (TUID)⁹⁸.

È utile rilevare che, in tale ambito, la normativa italiana è stata piuttosto “atipica”, in quanto il concetto di stabile organizzazione, pur richiamato dalle leggi fiscali in vari

⁹⁵ LOVISOLO A., *il concetto di stabile organizzazione*, in UCKMAR V., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002.

⁹⁶ In tali protocolli viene precisato che per aversi stabile organizzazione sono richieste due condizioni: l’impresa straniera deve essere un “*fixed place*” di affari nello Stato, tale “*fixed place*” deve essere produttivo contribuendo ai guadagni commerciali dell’impresa.

⁹⁷ LAVISOLO A., *La stabile organizzazione*, cit. p.297 e ss.; *Rapport du Comité fiscal. Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, Parigi, 1963.

⁹⁸ L’art 82 del TUID stabilì che “(...) i redditi delle imprese commerciali operanti in Italia e all’estero si considerano prodotti nel territorio dello Stato per la parte derivante dall’attività esercitata nel territorio stesso per mezzo della sede centrale, di succursali o di altre stabili organizzazioni.”

contesti, non riceveva alcuna espressa definizione.⁹⁹ Al fine di colmare tale lacuna normativa ed in assenza di uno specifico Trattato, si è ritenuto di far riferimento alla disciplina contenuta nel Modello OCSE. La prima comparsa della nozione di stabile organizzazione nell'ordinamento italiano è dovuta al d.lgs. n. 344/2003, mentre la definizione è stata formulata solo l'anno successivo, nel 2004, con l'introduzione dell'art.162 nel TUIR, che recepiva, nei contenuti generali, il Modello OCSE, nella versione aggiornata a quella data. Alla più puntuale formulazione del concetto in argomento ha contribuito grandemente la giurisprudenza nazionale, soprattutto della Corte di Cassazione che, con fondamentali sentenze,¹⁰⁰ si è pronunciata in riferimento al caso *Philip Morris*, individuando i requisiti essenziali per la stabile organizzazione ed elaborando uno specifico modello di c.d. "stabile organizzazione plurima". A livello europeo, è da evidenziare che, nonostante i sistematici aggiornamenti, l'incessante sviluppo e le continue innovazioni tecnologiche hanno reso il Modello OCSE e la definizione di stabile organizzazione in esso contenuta non più idonea a garantire le imprese dalle doppie imposizioni ed a regolare la ripartizione del gettito tra le diverse giurisdizioni.¹⁰¹ Ciò è dovuto essenzialmente al mutamento, a causa dei fenomeni della globalizzazione e della digitalizzazione, della connotazione di impresa cui far riferimento, rispetto a quella assunta nel passato, cambiando profondamente il mondo del *business* delle imprese multinazionali, sempre più orientate verso attività divenute globali, digitali ed immateriali.

Conseguentemente, solo di recente l'attenzione degli Stati e delle Organizzazioni internazionali si è concentrata sul tema della tassazione dell'economia digitale, in quanto - fino ad un passato ancora prossimo - le attività in rete erano considerate parte di una realtà virtuale dai contorni non ancora definiti e dagli incerti riflessi sull'economia reale e rispetto alle quali una politica di contenimento sarebbe stata avvertita anche come causa di arresto del progresso tecnologico. In questa prospettiva, la rete *internet* si è presentata, almeno in una fase iniziale, come una "no tax land", non suscettibile di essere assoggettata a tributi propri.¹⁰²

Di tale approccio costituisce dimostrazione la comunicazione intitolata "*Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*" (doc. n.157 del 15 aprile 1997), con la

⁹⁹ MAYR S. - SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013.

¹⁰⁰ Le sentenze in questione sono la n.3367 e la n.3368 del 7 marzo 2002, la n.10925 del 25 luglio 2002 la n.7682 del 25 maggio 2002.

¹⁰¹ MAYR S. - SANTACROCE B., *La stabile organizzazione*, op. cit., pag. 28.

¹⁰² Sul punto, cfr. URICCHIO A., *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010.

quale la Commissione Europea ha ritenuto di non assoggettare le operazioni *online* ad imposizioni aggiuntive rispetto a quelle esistenti; allo stesso modo anche il *Committee on fiscal affairs* dell'OCSE ha ribadito l'inopportunità di introdurre tributi specifici per le attività in rete alle quali ben poteva estendersi la disciplina prevista per le operazioni realizzate con strumenti tradizionali. Pari avviso si è registrato nel Commentario alla modifica dell'art 5 del Modello OCSE che ha inteso confermare la libertà di stabilimento delle imprese digitali e la loro salvaguardia dall'esercizio sovrapposto delle pretese fiscali dei vari Stati a diverso titolo interessati, sulla base della considerazione che la presenza di un sito *web* o l'utilizzo dei servizi di un *Internet service provider* non valgono a costituire per ciò solo stabili organizzazioni di un soggetto non residente, con questo escludendo la potestà di uno Stato di assoggettare a tassazione i redditi realizzati da un'impresa digitale nel proprio territorio per il solo fatto di avvalersi di un sito *web* ivi istituito o di una connessione fornita da un *internet provider* ivi residente, fattori, come si è detto, da soli insufficienti a costituire l'esistenza di una stabile organizzazione.

L'abbandono di una tale prospettiva è stato coevo, agli inizi del millennio, all'acquisita percezione delle attività in rete e di tutti i loro potenziali sviluppi, non più come mera modalità o strumento per svolgere le tradizionali attività, bensì come un nuovo, autonomo mercato, per il quale si rendeva necessaria una specifica disciplina.¹⁰³

A ciò deve aggiungersi il progressivo allargamento del fenomeno della globalizzazione economica e degli effetti ad essa connessi, con riguardo alla riduzione delle distanze spazio-temporali ed agli innegabili vantaggi che ciò ha rappresentato per imprese e consumatori nello scambio di un sempre più ampio e variegato ventaglio di beni e servizi provenienti da tutto il mondo¹⁰⁴. Nell'era della *new economy*, dunque, è stato possibile per le imprese inserirsi nei mercati esteri pur in assenza di un proprio insediamento, in termini di sede fissa, nel Paese ove si realizza la fonte, visto che a produrre profitti in territori diversi da quello di residenza, possono ormai valere attività innovative ed immateriali. In tal senso l'economia digitale ha accelerato il fenomeno del *the spread of global value chains*, grazie al quale si verifica un'integrazione delle operazioni poste in essere dalle imprese multinazionali in ogni parte del mondo. In questo modo esse, avvalendosi delle nuove tecnologie informatiche che hanno consentito lo sviluppo di prodotti digitali, nonché dell'assenza di barriere doganali e

¹⁰³ DE STEFANO A., *L'economia digitale, tra libertà di stabilimento ed elusione fiscale*, Università Europea di Roma, 2016.

¹⁰⁴ LEO M., *La tassazione della digital Economy*, seconda edizione, Stampa: App. Sc. CORRITORE N., App. Sc. ROCCO S., gennaio, 2019.

di valuta, si trovano ad operare come imprese globali, adottando il *Global Business Model* che concentra le funzioni a livello regionale o globale piuttosto che *country by country level*.¹⁰⁵

Le descritte trasformazioni, tuttavia, hanno reso il nuovo mercato non più in linea con i sistemi di tassazione vigenti che, ancorati alle regole ed ai criteri del tradizionale modello di impresa, ai fini fiscali determinano e ripartiscono i profitti realizzati dall'impresa multinazionale simulando che quei profitti siano stati generati nei diversi territori da imprese distinte e non da mere stabili organizzazioni prive di soggettività giuridica. I sistemi impositivi tradizionali, infatti, sono stati concepiti per un'economia materiale nell'ambito della quale gli scambi internazionali sono regolati da rapporti bilaterali tra Stati e le transazioni *intercompany* fortemente ristrette entro gli angusti vincoli alla circolazione di beni, capitali e servizi, il tutto governato dal principio dell'*arm's length*¹⁰⁶ e dell'*independent person* di cui all'art. 7 del Modello OCSE, in forza del quale le transazioni commerciali tra la casa madre e la *branch* estera vanno assunte a valori di mercato, quali esse avrebbero ove fossero intervenute tra parti indipendenti.¹⁰⁷

Il nuovo modello di *business*, invece, caratterizzato da una visione globale e da un'integrazione verticale delle funzioni di impresa ove i profitti realizzati non risultano facilmente attribuibili ad uno specifico territorio tanto da essere definiti "apolidi" e quindi sottratti ad ogni giurisdizione, mal si concilia con i sistemi tradizionali di tassazione.¹⁰⁸

A rendere sempre più incerto e lontano il raggiungimento della legittima aspirazione degli Stati ad imporre una tassazione equa per tutti gli operatori sul mercato in assenza di distorsioni fiscali nella tassazione degli investimenti internazionali,¹⁰⁹ concorre altresì la naturale tendenza dei soggetti economici a ricercare le migliori soluzioni per ottimizzare il carico fiscale.

¹⁰⁵ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Annex B., Executive Summary, BEPS 2014.

¹⁰⁶ Se le imprese associate di gruppi multinazionali potessero liberamente manipolare i prezzi di trasferimento nelle operazioni infragrupo, conseguirebbero grandi vantaggi economici, derivanti dall'abbattimento dei costi fiscali e dalla massimizzazione dei profitti, e le singole imprese nazionali subirebbero importanti perdite economiche a causa di una concorrenza del tutto sbilanciata in favore delle imprese associate. Per tale motivo si è affermato nel tempo il principio di libera concorrenza: le transazioni tra parti associate devono avvenire alle condizioni di mercato, cioè alle stesse condizioni che sarebbero negoziate tra parti indipendenti per le medesime transazioni.

LANGEBEIN S. I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 Tax Notes, 1986.

¹⁰⁷ CARPNTIERI L. - LUPI F. - STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003.

¹⁰⁸ MICOSSI S., *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato*, 2017, Assonime.

¹⁰⁹ FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI: "La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili", 28 maggio 2018.

Tale ricerca, fisiologicamente connessa al principio edonistico del perseguimento del miglior risultato, alimenta incessantemente la messa a punto di strategie di pianificazione ed erosione fiscale, a formare quello che è definito “*aggressive tax planning*” con il quale il contribuente-pianificatore fiscale, in questa fase “grigia”, si insinua negli spazi vuoti venutisi a creare nei sistemi impositivi degli Stati ed, approfittando delle lacune e dei vuoti di coordinamento tra i vari sistemi, sottrae sostanzialmente ricchezza alla potestà impositiva di tutti i Paesi che in qualche modo ne avrebbero titolo e, quindi, alla complessiva realizzazione di un corretto prelievo tributario.

Dall’altro lato, in risposta a tale fenomeno, noto anche come *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)¹¹⁰, è stato rilevato che, se la distorsione è dovuta al *gap* normativo ovvero al difetto nella circolazione delle informazioni tra i vari ordinamenti, la reazione non può che essere corale, unitariamente posta in atto da tutti i Paesi coinvolti nella c.d. “catena globale del valore creato”.¹¹¹ In presenza di un’economia globalizzata, dunque, la disciplina fiscale domestica di ogni singolo Stato non può prescindere dal contesto internazionale e deve fornire non una risposta isolata ma univoca e globale.

Viene da chiedersi, a questo punto, come mai ed in quale momento una situazione “tollerata” per anni sia divenuta, improvvisamente, una minaccia per l’intero sistema. Senza dubbio la risposta è nella velocità con cui si è ampliata la possibilità di effettuare transazioni transfrontaliere, a differenza dell’era pre-digitale nella quale le vendite oltre frontiera erano rese possibili solo in presenza di una minima struttura materiale dell’impresa nella sede del consumatore.

Ma alla rapidissima crescita del fenomeno ha concorso anche lo spostamento degli utili, reso più agevole grazie al trasferimento della proprietà di beni immateriali, difficili da valutare ma strategici e centrali nel *model business* di molte imprese, verso Paesi a bassa tassazione.

Infine, occorre tener conto anche delle distorsioni economiche reali che si realizzano quando le aziende trasferiscono in Paesi a bassa tassazione attività come “Ricerca & Sviluppo”, gestibili, grazie alla digitalizzazione, anche da luoghi diversi ed il cui approvvigionamento è reso possibile tramite catene sempre più strutturate.

Il concomitante concorso di tutti i fattori esaminati ha generato la nuova tendenza ad una corsa concorrenziale dei diversi Paesi verso una riduzione delle aliquote

¹¹⁰ Per una puntuale disamina del fenomeno e dei relativi mezzi di contrasto: “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, rapporto OCSE 2013.

¹¹¹ “*GVC: OECD Work on Measuring Trade in Value- Added and Beyond*”, internal working document, Paris.

dell'imposta sulle società, con il risultato di un'evidente marginalizzazione di quest'ultima ed una altrettanto evidente espansione, al contrario, del fenomeno del “*Patent box*”.

In sintesi, ogni Stato, a fronte della dilagante diffusione dell'impresa globale, è stato costretto a districarsi tra la necessaria tenuta e coerenza del proprio sistema tributario e l'utilizzo della leva fiscale come incentivo per attrarre investimenti, anche a costo di politiche di concorrenza fiscale dannosa.

Le problematiche finora menzionate, riconducibili alla non territorialità ed all'elevata mobilità dei fattori produttivi, da assumere come “evanescenti” all'interno di un mercato che non conosce più confini geografici, sono state oggetto di approfondimento per trovare soluzioni ottimali a livello fiscale.

Il nodo essenziale della questione, in realtà, è stato identificato nel tentativo di ogni sistema fiscale di tassare le imprese in base al luogo in cui si trovano i fattori mobili, compreso il luogo dove si svolge la produzione e dove quindi si trova l'IP, ma tale approccio mostra sempre maggiori limiti con il crescere della digitalizzazione che tende ad incrementare la mobilità, e quindi ad aprire sempre maggiori breccie ed incongruità nei sistemi fiscali.

A tale problema è stata opposta la soluzione di prediligere sistemi che tassano le aziende in base al territorio ove si trovano i fattori definibili “immobili” e, poiché i consumatori sembrano rispondere a tale requisito, si è ipotizzato di tassare le società in base al territorio cui si trovano i rispettivi consumatori, ossia in quello definito come “luogo di destinazione”. Tali opzioni rappresentano un consistente allontanamento dal sistema tradizionale basato sui concetti di “residenza” e di “fonte”, non scevro di nuove e non considerate insidie.

L'OCSE, infatti, nel 2013, con il Rapporto “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”¹¹² ha preso coscienza della pericolosità, sotto il profilo fiscale, delle attività immateriali e dello sviluppo esponenziale dell'economia digitale, prendendo atto dell'inefficacia delle soluzioni fino ad allora adottate dai Paesi Membri.

Il piano d'azione, pubblicato nel luglio 2013, prevede, quindi, una serie di misure riguardo ai principali temi della fiscalità internazionale, quali la definizione di “stabile organizzazione”, la disciplina delle *Controlled foreign Companies* (CFC) e dei *prezzi di trasferimento*, la *neutralizzazione degli “accordi combinati ibridi”* e degli *abusi dei trattati*, usualmente adoperati dai gruppi a dimensione sovranazionale per dirottare redditi verso Paesi a fiscalità privilegiata.

¹¹² OCSE, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 12 febbraio 2013, <http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting>.

La risposta dell'OCSE e dell'Unione europea si è concentrata, in particolare, nella ricerca di regole di coerenza e di trasparenza internazionale e nell'applicazione del principio della "sostanza", al fine di differenziare la concorrenza leale, volta ad attrarre attività economiche reali, da quella dannosa che, in presenza di limitati investimenti reali, concede benefici per attirare redditi, distogliendoli da altre giurisdizioni.¹¹³

1.5.1 I comportamenti elusivi delle imprese digitali

Come anticipato nel paragrafo che precede, la globalizzazione ha comportato profondi mutamenti nel modello di *business* adottato dalle imprese multinazionali le cui attività sono divenute globali, digitali ed immateriali a fronte di sistemi fiscali sostanzialmente immutati rispetto a quelli in vigore un secolo fa.¹¹⁴ La trasformazione che più rileva sotto il profilo fiscale è quella che ha rappresentato il passaggio dal modello *country specific* - nel quale l'impresa che intendeva affacciarsi sul mercato di un altro Paese doveva stabilirvi una sede sussidiaria (*subsidiary*) o una *branch* sostanzialmente replicanti tutte le strutture necessarie a realizzare, sul nuovo territorio, l'oggetto dell'attività d'impresa - ad un modello basato sulla forte integrazione di tutte le attività del gruppo, nel quale la singola entità è chiamata ad occuparsi solo di una parte del *business*, realizzato, nelle sue componenti, a livello globale.

Questo modello di attività dell'impresa multinazionale ha messo seriamente in difficoltà i sistemi fiscali vigenti, inerti nel replicare la ripartizione dei profitti realizzati dall'impresa multinazionale come se fossero realizzati da imprese distinte con sedi in diverse giurisdizioni¹¹⁵. La rilevazione reddituale di tali transazioni utilizzava il principio *dell'indipendent person*, principio che considerava i prezzi di trasferimento tra le consociate in misura pari al prezzo di mercato che avrebbe trovato applicazione tra imprese indipendenti. Considerando, peraltro, che le transazioni *intercompany* rappresentano più del 70 per cento delle transazioni totali d'impresa, tale principio si rivela sempre più inadeguato rispetto al nuovo modello delle imprese multinazionali che vede l'integrazione verticale delle funzioni, fermo restando che è

¹¹³ MICOSSI S., *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, 1/2017, Assonime.

¹¹⁴ Mutamenti analizzati nel Note e Studi Assonime n.17/2016, *Imprese multinazionali: aspetti societari e fiscali che hanno portato a sviluppare un modello di business rispetto al quale i tradizionali principi di fiscalità internazionale appaiono ormai inadeguati*.

¹¹⁵ Scuola Europea e Università di Bologna, *"La fiscalità della quarta rivoluzione industriale"*, 24 febbraio 2017.

proprio sui prezzi di trasferimento che si verifica la principale forma di erosione delle basi imponibili con la creazione dei redditi apolidi che tendono a sfuggire ad ogni giurisdizione fiscale.¹¹⁶ Un ulteriore problema è, poi, rappresentato dal ruolo sempre più preponderante occupato dagli intangibili all'interno delle multinazionali con la conseguente criticità nell'applicazione del principio di libera concorrenza (*arm's length principle*) alle operazioni riguardanti beni immateriali. La problematicità è legata alla specifica caratteristica di unicità dei beni intangibili. Infatti, a fronte di tale unicità, diviene difficoltosa l'individuazione di transazioni comparabili – ai fini della determinazione dei prezzi di trasferimento – individuazione che diviene, anzi, impossibile, ove la transazione abbia ad oggetto un bene intangibile. Ciò in quanto, ove si tratti di beni intangibili legalmente protetti (*i.e.* brevetti o marchi) non sarà possibile rinvenire altri beni simili liberamente circolanti all'interno del medesimo mercato e, ove invece si tratti di beni immateriali privi di tutela legale, essi saranno in ogni caso protetti da un livello di segretezza o dalla loro “unicità”, in modo tale che non vi saranno altri beni comparabili di alcun tipo.¹¹⁷ Un'ulteriore ipotesi, poi, riguarda i beni immateriali incorporati in beni tangibili (*i.e.* *computer* o automobile che possono contenere proprietà intellettuali di grande rilevanza economica). In questi casi occorre rilevare che al trasferimento dei beni materiali incorporanti si accompagna sempre anche il trasferimento dei beni immateriali incorporati ponendo, quindi, le autorità fiscali davanti alla necessità di considerare separatamente le due componenti (materiale e immateriale) dell'oggetto della cessione al fine di valutare correttamente il valore complessivo della transazione.¹¹⁸ Tale operazione, tuttavia, non sempre si rivela agevole, considerato che talvolta le imprese dei gruppi multinazionali sono in grado di trasferire opportunità commerciali che contengono beni immateriali a prezzi relativamente bassi verso imprese associate residenti in Paesi a bassa fiscalità. In tali casi i pagamenti visibili effettuati dal cessionario possono assumere una forma forfettaria o di *royalties*,¹¹⁹ in quanto la regolamentazione complessiva di tali

¹¹⁶ MICOSSI S., *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato e digitalizzato*, Note e Studi Assonime, 1/2017.

¹¹⁷ BRAUNER Y., *Transfer pricing in BEPS: first round – business interests win (but, not in knock-out)*, in *Intertax*, Volume 43, Issues 1, 2015;

T'NG A., *op cit*;

SCHREIBER U. - FELL L.M., *International profit allocation intangibles and sales based transactional profit split*, in *World Tax Journal*, 2017.

¹¹⁸ VERLINDEN I. - MONDELAYERS Y., *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer pricing Issues*, In *International Transfer Pricing Journal*, 2010.

¹¹⁹ Il termine “*royalty*” indicava in origine l'aliquota di prodotto lordo che le società concessionarie di giacimenti minerari si impegnavano a corrispondere in natura allo Stato concedente, in sostituzione o in aggiunta ai prelievi

transazioni è contenuta negli accordi con i quali due o più parti di un gruppo si spartiscono i costi dello sviluppo del bene immateriale.¹²⁰ Ne deriva una forte aleatorietà circa l'attività di sviluppo dell'intangibile trasferito e la notevole difficoltà di definizione del relativo prezzo nel rispetto dell'*arm's length principle*, in presenza di prezzi eccessivamente ridotti per questo tipo di transazioni tra le imprese associate. Peraltro, occorre altresì considerare che, ove si sviluppi positivamente l'intangibile ed il suo valore sia incrementato, il cessionario/acquirente del bene in questione ne ricaverà guadagni notevolmente superiori e sproporzionati al prezzo pagato per ottenerlo, soprattutto quando, in base agli accordi tra imprese associate, l'unico contributo a carico del cessionario per il valore dell'intangibile è il finanziamento di una parte dei costi di sviluppo, restando le residue frazioni di tali costi a carico delle altre imprese del gruppo.¹²¹ Tali difficoltà riscontrate nella valutazione e nella tassazione degli *intangibles* ha comportato l'effetto che, per anni, le multinazionali costruirono piani di fiscalità aggressiva basata proprio sui beni immateriali, mediante l'erosione della base imponibile degli Stati ad alta fiscalità ove si svolgono effettivamente le attività economiche e trasferendo i redditi, grazie al trasferimento della proprietà e dei rischi connessi agli intangibili, negli Stati a bassa o nulla fiscalità, ottenendo così i massimi profitti in violazione della *ratio* della norma.¹²² Questo fenomeno, noto come *Profit Shifting*, consiste nell'insieme di strategie fiscali poste in atto da talune imprese al fine di erodere la base imponibile e sottrarla ai Paesi ad alta imposizione per trasferirla verso Paesi a bassa tassazione.¹²³ In tali casi accade dunque che l'esistenza di trattati scritti e ratificati per evitare la doppia imposizione venga, in realtà, utilizzata per realizzare una "lecita" elusione fiscale.¹²⁴

In sostanza, quindi, i beni immateriali costituiscono elemento privilegiato negli schemi di pianificazione fiscale aggressiva, e ciò per due ragioni:

sugli utili netti. Oggi le *royalties* sono il compenso riconosciuto al proprietario di un bene, al creatore o all'autore di un'opera dell'ingegno, al possessore di un brevetto o di un copyright come corrispettivo della concessione di adoperare commercialmente il bene stesso.

[https:// www.mise.gov.it/](https://www.mise.gov.it/).

¹²⁰ OECD, *Action Plan on Base Erosion and profit Shifting*, 2013.

¹²¹ ANDRUS J. - COLLIER R., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017.

¹²² HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA P.A., *A historical analysis of the BEPS action plan: old acquaintances, new friends and the need for a new approach*, in *Intertax*, Volume 46, Issue 4, 2018.

¹²³ SERVIZIO DEL BILANCIO DEL SENATO, *Il progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, in *XVII Legislatura, Nota breve n.13*, 2015.

¹²⁴ DI DONFRANCESCO G., *Se il profit shifting permette a Google di beffare l'erario*, in *Il sole 24 ore*, 2013.

- in primo luogo, i beni intangibili rappresentano un fattore strategico per la creazione di valore nelle attuali imprese multinazionali, soprattutto in quelle digitali;
- in secondo luogo, la peculiare caratteristica di alta mobilità di tale categoria di beni consente un loro più agevole trasferimento rispetto a qualsiasi bene materiale.¹²⁵

Nonostante la diversificazione delle strategie di erosione, in ragione delle differenti tipologie di *business*, è possibile ravvisare uno schema comune, articolato in tre obiettivi:

- Ridurre al minimo le imposte dovute nei Paesi della fonte in cui svolgono effettivamente le attività economiche e/o sono venduti beni e servizi spostando i profitti lordi o netti in Paesi a bassa fiscalità, tramite arbitraggi su enti e strumenti finanziari ibridi;
- Ridurre al minimo o escludere le ritenute alla fonte nei Paesi di transito di tali profitti: con particolare riguardo alle *royalties*, si tratta di interessi attivi e dividendi in entrata e in uscita, facilmente comprimibili grazie a triangolazioni di comodo con Paesi sottoscrittori di convenzioni particolarmente favorevoli nell'evitare la doppia imposizione;
- Sterilizzare, nei Paesi di residenza della *ultimate company* del gruppo, l'imposizione fiscale tramite attività di *ruling* con l'amministrazione di appartenenza o altri strumenti giuridici. Tale pianificazione, comune a tutti i grandi gruppi multinazionali, vede particolarmente coinvolte le imprese della *new economy* in ragione delle nuove caratteristiche del loro *business*.¹²⁶

Per meglio comprendere le strategie alla base dell'*Aggressive tax Planning* è opportuno evidenziare come la vita dei beni intangibili sia essenzialmente caratterizzata da due fasi: una prima fase nella quale essi vengono alla luce attraverso l'attività di ricerca e sviluppo; una seconda fase nella quale tali beni vengono sfruttati per ricavarne dei guadagni.

In particolare, prima dell'introduzione del BEPS, era possibile tracciare tre macro-esempi di pianificazione che sfruttavano le caratteristiche degli intangibili.

La prima ad essere definita è la c.d. *royalty structure*.

Tale struttura si compone di: *i*) una struttura madre che sviluppa gli intangibili; *ii*) una società proprietaria degli intangibili sviluppati in cui questi vengono centralizzati (c.d.

¹²⁵ FUEST C. - SPENGLER C. - FINKE K. - HECKMEYER J.H. - NUSSER H., *Profit shifting and aggressive tax planning by multinational firms: issues and options for reform*, World tax Journal, 2013.

¹²⁶ Il "Pacchetto" BEPS approvato dal G20 di Lima, Fiscalità, Assonime, 2015.

IP Holding); *iii*) una società operativa; *iv*) un commissionario grazie al quale il prodotto è venduto o consumato.

La società madre, di solito, è collocata in una giurisdizione ad alta fiscalità ma non appena l'attività di ricerca e sviluppo da questa finanziata produce invenzioni brevettabili, tutti i diritti su tali invenzioni sono trasferiti e centralizzati presso la *IP Holding* controllata al 100%, avente sede in un Paese a bassa fiscalità nel quale la controllata svolgerà le funzioni relative alla licenza degli intangibili.

Successivamente la *IP Holding* concede in licenza gli intangibili alla società operativa che li utilizza ricavandone altri profitti e versando alti tassi di *royalties* alla *IP Holding*, titolare dei beni stessi.

Con tale strategia, dunque, i profitti derivanti dallo sfruttamento degli intangibili sono distratti dallo Stato in cui ha sede la società madre e nel cui territorio è stato sviluppato l'IP, per essere tassati, in misura notevolmente ridotta, nel Paese a bassa fiscalità ove ha sede l'*IP Holding* ma dove nessuna attività di ricerca e sviluppo è stata mai realizzata.¹²⁷

La seconda struttura individuata è la c.d. *cost-sharing structure*.

Anche in tale costruzione i soggetti partecipi sono gli stessi visti nel caso precedente. Il primo passaggio è dato dal trasferimento di un bene intangibile già esistente da una società che si occupa di ricerca e sviluppo ad una *IP Holding* residente in un Paese a bassa fiscalità. La società cedente è compensata per il solo trasferimento iniziale con un c.d. *buy-in payment* mentre a regolamentare la spartizione dei costi e dei rischi relativi allo sviluppo o alla produzione dell'*asset*, tenendo conto anche dei benefici futuri attesi, interviene uno specifico accordo contrattuale tra la società madre e la *IP Holding*, in forza del quale l'unico proprietario dell'intangibile sviluppato è la *IP Holding*, esonerata, dunque, dal versare alcun ulteriore pagamento alla società madre. Il secondo passaggio riproduce quanto evidenziato per la *royalty structure* e consiste nel trasferimento dell'intangibile in licenza alla società operativa mentre le relative *royalties* continuano ad essere vantaggiosamente gestite dalla *IP Holding* avente sede in un Paese a bassa fiscalità.¹²⁸

La terza struttura è la c.d. "*Principal/centralized entrepreneur structure*".

In tale costruzione la società madre che ha sviluppato gli intangibili li trasferisce a una società principale, situata in un Paese con bassa fiscalità che, a sua volta, li cede in licenza a una società operativa in un Paese ad ancor più favorevole fiscalità, per creare

¹²⁷ SCREPANTE M., *Rethinking the Arm's Length Principle and Its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed But the Change?*, World Tax Journal, August 2019.

¹²⁸ SCREPANTE M., op.cit.

nuovi prodotti. La società operativa a sua volta sottoscrive un accordo finalizzato alla distribuzione del prodotto con una società controllata cui andranno gli utili e le perdite derivanti dalla vendita, oltre ad un corrispettivo per le prestazioni eseguite. Il contratto di distribuzione solitamente prevede che la società distributrice acquisti i prodotti dalla società operativa per rivenderli a clienti collocati in tutta la sua area geografica d'azione. Tale schema comporta lo spostamento finale del *business* in modo da assoggettare i ricavi delle vendite *offshore* a un'aliquota fiscale ridotta.¹²⁹

Sono state messe a punto, infine, ulteriori strategie¹³⁰ in grado di acquisire vantaggi fiscali utilizzando strumenti ibridi, vale a dire connotati da caratteri tipici sia degli strumenti di debito, sia di quelli di partecipazione (*equity*). L'ipotesi più frequente è quello di una *subsidiary* finanziata dalla capogruppo mediante uno strumento ibrido. La *subsidiary*, essendo residente in uno Stato in cui lo strumento utilizzato è considerato uno strumento di debito, si avvale del regime di deducibilità degli interessi. La capogruppo, residente invece in Paese che ritiene prevalenti le caratteristiche di credito, tratta lo strumento ibrido come *equity*, con la conseguenza di assimilare i relativi frutti ai dividendi. In conclusione, avvalendosi sia del regime di deducibilità degli interessi che di quello dell'esclusione di imposizione sul dividendo, il gruppo ne ricava complessivamente un beneficio fiscale pari a:

$$\frac{[\text{Effective Tax (subsidiary)} - \text{Effective Tax rate (capogruppo)} \times (1 - \% \text{ esenzione})]}{\text{(Flussi strumento ibrido)}}$$

Avendo esaminato le tre grandi macro-categorie di strategie di pianificazione impiegate per trasferire i profitti in giurisdizioni a bassa fiscalità e le transazioni fiscali *cross border*, si passa, ora, ad illustrare i due principali schemi di pianificazione maggiormente usati dalle attuali multinazionali.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ VALENTE P., *Aggressive Tax Planning, Profili elusivi delle transazioni finanziarie*, Approfondimento in Il Fisco fascicolo 1, 22/2013. Per ulteriori approfondimenti in materia di pianificazione fiscale aggressiva cfr. VALENTE P., *manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011, p.1801 e ss.;

VALENTE P., Rapporto OCSE 2011: *Tax Planning aggressivo e legittimo*, in "Corriere Tributario" n. 28/2011.

1.5.2 *Double Irish with Dutch Sandwich e IP Box Regimes*

I fenomeni della globalizzazione e della digitalizzazione hanno profondamente inciso anche sul versante fiscale, portando alla creazione della figura del c.d. “contribuente globale”, intendendo, con tale espressione, un’entità che svolge attività economica in più Stati ed è, per questo, soggetta ai regimi fiscali dei diversi Paesi, da applicarsi ciascuno in ragione del reddito prodotto nel rispettivo territorio.¹³¹

Le nuove caratteristiche della *digital economy* e la difficoltà di stabilire con certezza la localizzazione e qualificazione dei redditi, unitamente alla struttura sovranazionale delle grandi imprese globali, ha permesso a quest’ultime, facendo un uso distorto e strumentalizzato delle numerose convenzioni bilaterali esistenti tra gli Stati, di creare “flussi artificiali di capitali” allo scopo di erodere la base imponibile e di spostare profitti verso Paesi a bassa fiscalità.

A favorire tali fenomeni elusivi è intervenuto, inoltre, accanto alla globalizzazione ed alla digitalizzazione, una sempre maggiore rilevanza, nei processi aziendali, degli intangibili – l’IP, l’integrità aziendale, le capacità di *leadership*, i *know-how* tecnologici ed altri elementi che danno origine a proventi qualificabili come *royalties*. Legata al maggior impiego di quest’ultima tipologia di proventi è, inoltre, la crescita delle società *offshore* nonché la diffusione di formule contrattuali adatte a distinguere nell’ambito dei ricavi d’impresa, la parte derivante dall’attività aziendale tipica da quella qualificabile come *royalties*. A tale scopo sempre maggiore impiego ha incontrato l’adozione, da parte delle multinazionali, di schemi di triangolazioni finalizzati a sottrarre alla tassazione la seconda quota di proventi (*royalties*) assoggettandovi solo la parte di proventi derivanti da attività a basso rischio.

Uno dei principali schemi di pianificazione aggressiva maggiormente adoperato dalle multinazionali è denominato “*Double Irish with Dutch sandwich*”, utilizzato da imprese come *Google, Apple, Facebook, e-Bay* e *PayPal*. Tale modello si fonda su una serie di triangolazioni tra Stati, utili alla movimentazione di *royalties*, al netto di ritenute, destinate a confluire in Paesi *offshore* in cui vanno a compensare l’extraprofitto del Gruppo.

Per dar vita allo schema esaminato la multinazionale ha posto in essere il modulo di seguito descritto.

¹³¹ ASSONIME, “*Stati sovrani e imprese multinazionali...*”, in Note e studi, n.15/2017.

Sulla scena sono presenti due società irlandesi, una delle quali è una *IP Holding*, cioè una società finalizzata a detenere i diritti d'uso della proprietà intellettuale della capogruppo, e l'altra è una società operativa. Accanto a queste è presente anche una società *conduit*¹³² con sede in Olanda. La *IP Holding*, controllata diretta dalla capogruppo statunitense, controlla a sua volta la società operativa irlandese e la società *conduit* olandese. Lo scenario è completato dal fatto che secondo la normativa fiscale irlandese la *IP Holding*, non possedendo né una sede fisica né personale allocate in Irlanda ma essendo gestita dalle Bermuda, è considerata società ivi residente e quindi in un paradiso fiscale in cui l'aliquota vigente per l'imposta societaria è allo 0%. D'altro canto, secondo la normativa statunitense, la *IP Holding* deve essere considerata come una società irlandese, dovendosi collegare la residenza fiscale alla giurisdizione in cui la società è stata costituita.¹³³ In questo schema, la controllante statunitense trasferisce i diritti d'uso della sua proprietà intellettuale alla *IP Holding* irlandese in cambio di un pagamento (*buy-in payment*) effettuato in esecuzione di un accordo di condivisione dei costi relativo al futuro perfezionamento dell'intangibile sottoscritto con la capogruppo statunitense. Anche il prezzo del *buy-in payment* è di difficile determinazione secondo un regime di libera concorrenza, atteso che l'intangibile non è del tutto perfezionato al momento del trasferimento e, dunque, discrezionalmente valutabile dalle multinazionali che possono così evitare un'elevata tassazione nello Stato della capogruppo.¹³⁴ La società operativa irlandese che paga un elevato tasso di *royalties*, sfrutta l'*IP Holding* e ricava altri guadagni in qualità di *partner* contrattuale di tutti i clienti non statunitensi; inoltre, essendo sprovvista di stabile organizzazione, evita la tassazione nel Paese del consumatore finale. Teoricamente i profitti così guadagnati dalla società operativa irlandese sarebbero tassati secondo la *corporate income tax* del 12,5% operativa in Irlanda, ma la base imponibile di tale società viene notevolmente ridotta, quando non azzerata, stante la deducibilità dal reddito complessivo delle *royalties* pagate per l'uso delle proprietà intellettuale di proprietà dell'*IP Holding*.¹³⁵ Inoltre, le *royalties* in uscita dalla società operativa non sono pagate

¹³² Si tratta di una "società veicolo", ovvero un ente societario creato per uno scopo preciso.

¹³³ AIELLO A., "Double Irish with Dutch sandwich": come le grandi multinazionale hanno guadagnato da un panino, <https://ufinsiderjournal.com>;

CIPOLLINA S., *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, fascicolo 1, 2014.

¹³⁴ FUEST C. - SPENGLER C. - FINKE K. - HECKEMEYER J.H. - NUSSER H., *Profit shifting and "aggressive" tax planning by multinational firms: issues and options for reform*, in *World tax Journal*, October 2013.

¹³⁵ CIPOLLINA S., op.cit., La possibilità di pagare alti tassi di *royalties* deriva dalla circostanza che, premesso che le regole di *transfer pricing* in Irlanda sono state introdotte solo di recente, queste non si applicano ai contratti conclusi prima del luglio 2010.

direttamente alla *IP Holding* irlandese, ma per il tramite della società *conduit* olandese la quale ha in sub-licenza l'intangibile dalla *IP Holding* ed ha stipulato un contratto di sub-licenza con la società operativa irlandese.¹³⁶ Nella sostanza, alcuna reale attività economica è svolta dalla società olandese ma, essendo la *IP Holding* considerata fisicamente residente alle Bermuda, se la società operativa irlandese pagasse direttamente a quella le *royalties*, sarebbe assoggettata, in base alla legge irlandese, ad una ritenuta alla fonte. Diversamente, pagando le *royalties* alla società *conduit* olandese, la tassazione può essere completamente elusa, grazie alla c.d. "*Interests and Royalties directive*" esistente tra Irlanda ed Olanda che manda esenti le *royalties* nelle transazioni tra i due Paesi e considerato, inoltre, che l'Olanda non impone alcuna ritenuta sul pagamento di diritti, a prescindere dallo Stato di residenza della società beneficiaria.¹³⁷

Il beneficio complessivamente ottenuto in questo schema è che la *IP Holding* non è tassata né in Irlanda né nelle Bermuda, visto che, come detto, la società non è residente in Irlanda e le Bermuda non applicano imposte sul reddito delle società.

Pertanto, possiamo dire che nel caso esaminato profitti ottenuti nell'Unione Europea non vengono praticamente tassati dove sono stati realizzati.¹³⁸

Un ulteriore schema di pianificazione fiscale aggressiva fa ricorso allo sfruttamento dei c.d. "*IP Box Regimes*".

I regimi *IP Box* nascono per compensare i rischi correlati all'attività di ricerca e sviluppo degli intangibili, consistenti nella produzione di *spillovers* e dai *sunk costs* e che hanno indotto i legislatori nazionali ad introdurre incentivi per promuovere tali attività. In tal senso, l'*IP Box* offre un trattamento fiscale preferenziale per i profitti derivanti dagli intangibili.

Più precisamente, all'interno dell'Unione Europea, tutti i regimi *IP Box* si applicano ai brevetti mentre solo alcuni Stati hanno previsto un regime fiscale premiale anche per marchi, *know-how* e diritti d'autore.¹³⁹

¹³⁶ CAPECCHI E., *Double Irish with Dutch sandwich*, <https://www.startingfinance.com/>, 2018.

¹³⁷ FUEST C. - SPENGLER C. - FINKE K. - HECKEMEYER J.H. - NUSSER H., op.cit.;
CIPOLLINA S., op.cit.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ SHI C. *IP Boxes in Light of the BEPS Project and EU Law – Part 1*, European Taxation, 2016;

Con un focus sull'Italia, la legge di stabilità del 2015 ha introdotto il *Patent Box* che prevede l'esclusione dal reddito complessivo del 50 % del reddito derivante dallo sfruttamento degli intangibili moltiplicato per un coefficiente. Per approfondimenti di veda paragrafo 1.3.2 del presente elaborato.

Per ulteriori approfondimenti si vedano: CASATI R., *Patent Box: i metodi ed i criteri di calcolo del reddito agevolabile nel caso di uso diretto dei beni immateriali*, Dir. Industriale, 2016;

VOLANTE M., *Patent Box: consigli mirati per gli "addetti ai lavori"*, Amministrazione e Finanza, 2018;

L'introduzione degli *IP Box* è stata comunque accompagnata da non poche perplessità legate al rischio che tale regime di favore potesse, più che incoraggiare le attività di ricerca e sviluppo, essere oggetto di un uso distorto da parte delle multinazionali, intenzionate a trasferire i propri intangibili nei Paesi che hanno introdotto un regime *IP Box*.¹⁴⁰ Tale rischio, infatti, si è concretizzato nello schema appena descritto ed utilizzato dalla multinazionale con capogruppo statunitense nel quale, alla fine, la *IP Holding* ha beneficiato del regime *IP Box*, in termini di esenzione di una quota elevata del reddito derivante dalle *royalties* oppure di applicazione di un'aliquota ridotta a tale reddito,¹⁴¹ confermando così il ruolo che la concorrenza fiscale aggressiva può assumere nello scenario internazionale.

Da quanto sin qui esposto, può evincersi, quindi, che obiettivo comune di tutti gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva è il raggiungimento di una bassa tassazione sui redditi derivanti dallo sfruttamento degli intangibili sviluppati in un Paese ad alta tassazione, sfruttando accordi formalmente leciti.

Tale pratica ha consentito alle multinazionali di ottenere ampi risparmi fiscali.¹⁴² L'effetto di questo tipo di prassi è stato amplificato anche a causa della c.d. *Harmful tax competition*¹⁴³ innestatasi a seguito della reazione di alcuni Stati che, temendo gli effetti derivanti dalla digitalizzazione, hanno tentato di colmare i *gap* di sovranità, offrendo alle multinazionali vantaggiosi regimi fiscali per attirare investimenti sui loro territori. Ha avuto origine in tal modo, una sorta di competizione tra Stati che, in concorrenza tra loro, hanno offerto alle multinazionali un certo numero di vantaggi consistenti sia nel garantire un certo grado di riservatezza (come nel caso dei c.d. paradisi fiscali) sia nell'impiego di strumenti di concorrenza fiscale dannosa. Tale fenomeno non ha risparmiato l'Unione Europea ove l'atteggiamento massimamente concorrenziale di alcuni Stati (quali Irlanda, Olanda e Lussemburgo) tramite la concessione di *tax ruling personalizzati* e segreti,¹⁴⁴ ha consentito alle grandi imprese

NASTRI M., *Patent Box: novità dichiarative, per i marchi e in caso di consolidato fiscale e nazionale*, Fisco, 2018;
ZUCCHETTI S. - PALLOTTA A., *Italian patent box regime: thinking outside the box or just more harmful tax competition?*, International Transfer Pricing Journal, 2016.

¹⁴⁰ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *A study on R&D tax Incentives: final Report*, working Paper, 2014.

¹⁴¹ FUEST C. - SPENGLER C. - FINKE K. - HECKMYER J.H. - NUSSER H., op.cit.

¹⁴² SCREPANTE M., op. cit.

¹⁴³ FONDAZIONE LUCA PACIOLI, *la lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: Lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*. Doc n.4 del 2002.

OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Library, 1998.

¹⁴⁴ TELARA A., *Amazon ed il tax ruling*, 4 ottobre 2017, <https://panorama.it/>.

I *tax ruling* sono accordi che le autorità fiscali dei paesi europei hanno stipulato negli anni con multinazionali straniere, per concedere loro un trattamento fiscale di favore. Questi accordi, formalmente legali, stabilivano la

digitali di erodere le basi imponibili degli altri Paesi ai danni dei quali si sono verificate, di conseguenza, imponenti perdite di entrate fiscali.

Ad evitare siffatti abusi da parte delle multinazionali sarebbe raccomandabile che lo Stato che abbia previsto l'agevolazione costituita dai regimi *IP Box*, ne facesse applicazione solo in riferimento agli intangibili sviluppati sul territorio, con esclusione di quelli acquistati.

Su tale scia, a contrastare lo sfruttamento dei suddetti regimi preferenziali, l'OCSE nel 2014 ha introdotto nell'ambito dell'azione 5 del Rapporto BEPS, il c.d. *nexus approach* in forza del quale risulta necessario un collegamento sostanziale tra reddito agevolabile e spesa di ricerca e sviluppo sostenuta. Tale nesso è stato individuato nella necessità che, per avvalersi del regime agevolato, occorre che una parte dell'attività di ricerca e sviluppo sia stata realmente effettuata nel Paese con regime *IP Box* verso cui sono stati trasferiti gli intangibili.¹⁴⁵

1.5.3 Transfer Pricing – Actions 8-10

Il *transfer pricing* ha acquisito un sempre maggior rilievo, sia per le imprese che per le amministrazioni fiscali, a seguito della globalizzazione dell'economia e del larghissimo incremento del volume e del peso delle transazioni interne alle multinazionali.

Rispetto a tale materia, l'OCSE ha assunto un atteggiamento consistente nel focalizzare l'attenzione più sulla sostanza che sulla forma del fenomeno, interessata ad elaborare criteri e norme fiscali internazionali per garantire che i profitti delle multinazionali siano tassati nel luogo in cui sono svolte le attività economiche che li hanno generati, vale a dire nel Paese in cui il valore viene creato.¹⁴⁶

modalità di applicazione delle imposte sui redditi di certi grandi gruppi internazionali, introducendo delle agevolazioni che hanno permesso loro di pagare meno tasse: ad esempio, è stato permesso alle multinazionali di dedurre dal reddito imponibile delle voci di costo come quella per la ricerca e sviluppo. L'effetto ottenuto era quello di gonfiare le componenti negative di reddito, riducendo i ricavi e pagando così meno imposte.

¹⁴⁵ Sul tema, cfr. FONDAZIONE BRUNO VISENTINI, *La tassazione dell'economia digitale, position paper*, 4 aprile 2019.

¹⁴⁶ OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing; Cfr. HEIGGMAYER M., *The New Interpretation of the Arm's Length Principle: A Post – BEPS Evaluation*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2017.

Tale criterio della prevalenza della sostanza sulla forma è stato applicato dall'OCSE anzitutto con riguardo al regime dei prezzi di trasferimento, ritenuto, a ragione, il nucleo del Progetto BEPS¹⁴⁷, come dimostrato dal fatto che ben tre azioni, delle quindici di cui si compone il documento, hanno in oggetto il *transfer pricing*.

In particolare, si tratta delle Azioni 8-10 nelle quali l'OCSE si concentra sull'obiettivo primario di garantire che i prezzi di trasferimento siano in linea con la creazione di valore (“*Assume that transfer pricing outcomes are in line with value creation*”)¹⁴⁸.

Il perseguimento di detto fine è parso fondamentale avendo avuto modo di osservare come, nel recentissimo passato, le multinazionali avessero fatto non corretta applicazione dei prezzi di trasferimento, disgiungendo i redditi dalle attività economiche che li avevano prodotti e disallineando, conseguentemente, l'allocazione dei profitti rispetto alla corrispondente attività generante.

Il passaggio successivo operato dalle multinazionali è consistito, come abbiamo visto, nel trasferire i redditi verso Paesi a bassa fiscalità tramite il conferimento contrattuale dei rischi in capo a società del gruppo ivi residenti, con transazioni che non avrebbero avuto alcuna possibilità di verificarsi tra parti indipendenti.¹⁴⁹

L'azione 8, in particolare, si è occupata di evitare l'erosione delle basi imponibili realizzata attraverso i trasferimenti infragruppo di beni immateriali. Per contrastare tale fenomeno è parso imprescindibile procedere ad una definizione ampia e puntuale di beni immateriali, al fine di allocare i profitti derivanti dal trasferimento e dall'uso di essi presso le entità che realmente hanno contribuito alla creazione di valore¹⁵⁰. È stato ritenuto opportuno, altresì, procedere all'adozione di nuove e più stringenti regole per disciplinare i trasferimenti dei c.d. *hard-to-value intangibles*, nonché ad un aggiornamento della disciplina degli accordi sulla ripartizione dei costi.¹⁵¹

¹⁴⁷ Per presentazione e chiarimenti aggiuntivi sul Progetto BEPS si veda il paragrafo 3.4 del capitolo 3 del presente elaborato.

¹⁴⁸ OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

¹⁴⁹ OECD 2013, *Action plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing;

GIORGI S., *I beni immateriali nel reddito d'impresa, tra forma e sostanza*, Rivista di diritto finanziario e scienze delle finanze, fasc. 1, 2015.

¹⁵⁰ WILKIE J.S., *Intangibles and location benefits*, Bulletin for International Taxation, 2014.

¹⁵¹ “*Develop rules to prevent BEPS by moving intangibles among group members. This will involve: (i) adopting a broad and clearly delineated definition of intangibles, (ii) ensuring that profits associated with the transfer and use of intangibles are appropriately allocated in accordance with (rather than divorced from) value creation, (iii) developing transfer pricing rules or special measures for transfer of hard-to-value intangibles, (iv) updating the guidance on cost contribution arrangements*”. OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

L'azione 8, dunque, assume rilievo per i predetti due profili: per un verso, essa richiede che i profitti derivanti dal trasferimento o dall'uso degli intangibili siano allocati sulla base della creazione di valore; per altro, suggerisce l'adozione di misure specifiche con possibile deviazione dal principio di libera concorrenza, per il trasferimento dei c.d. *hard-to-value-intangibles*. Tale ultimo profilo presenta caratteri di maggiore novità, atteso che con esso, in definitiva, l'OCSE ha riconosciuto che, con riguardo a talune tipologie di beni intangibili, l'attuale disciplina del *transfer pricing* basata sull'*arm's length principle*¹⁵² non è idonea a valutare correttamente i prezzi di trasferimento, dovendo tale principio essere considerato uno strumento, più che un fine, per condurre detta analisi valutativa.¹⁵³

La predetta esortazione, contenuta nell'Azione 8, ad un allineamento tra allocazione dei profitti e creazione di valore, è stata ribadita nell'Azione 9 che ha trattato la materia degli intangibili sotto due ulteriori profili: l'allocazione dei rischi e la conseguente ripartizione degli utili.

In particolare, l'Azione 9 ha raccomandato l'adozione di puntuali misure volte ad impedire che siano attribuiti profitti eccessivi alle associate di un gruppo sulle quali gravi il solo rischio contrattuale o il solo onere di fornire i necessari finanziamenti. Infatti, anche con riguardo a tale specifico aspetto, l'OCSE ha ribadito il principio che attribuisce profitti alle diverse entità in corrispondenza del contributo dalle stesse fornito per la creazione di valore.¹⁵⁴ E' da rilevare, peraltro, la più ampia portata dell'Azione 9 rispetto alla precedente Azione 8, non limitandosi a prescrivere l'allineamento tra creazione di valore ed allocazione dei profitti con riguardo al solo sfruttamento degli intangibili ma riferendosi, più in generale, ai profitti derivanti da transazioni riguardanti ogni altro tipo di bene o di servizio. Certamente questo è uno degli obiettivi sostanziali più importanti assunti dall'OCSE nel 2013, volto a superare

¹⁵² Secondo tale principio, ai fini fiscali, i soggetti collegati appartenenti al medesimo gruppo multinazionale devono allocare il reddito secondo modalità applicabili tra soggetti terzi indipendenti, operanti in circostanze comparabili. L'obiettivo del principio è garantire che il prezzo praticato e le condizioni stabilite in transazioni intercorrenti tra soggetti collegati siano le medesime fissate nell'ambito dei rapporti tra soggetti terzi indipendenti. L'applicazione del principio, pertanto dipende dalla determinazione delle condizioni che le parti indipendenti avrebbero concordato in transazioni comparabili in circostanze analoghe.

¹⁵³ BRAUNER Y., *What the BEPS?*, Florida Tax Review, Vol 16, 2014.

¹⁵⁴ "Develop rules to prevent BEPS by transferring risks among, or allocating excessive capital to, group members. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to ensure that inappropriate returns will not accrue to an entity solely because it has contractually assumed risks or has provided capital. The rules to be developed will also require alignment of returns with value creation. This work will be coordinated with the work on interest expense deductions and other financial payments." OECD 2013, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.

lo stato di inerte osservanza delle forme contrattuali che aveva consentito, l'assunzione contrattuale di rischi da parte di imprese che, nella sostanza, non li avevano assunti se non in minima parte ed alle quali, tuttavia, venivano comunque attribuiti i profitti connessi a quei rischi.¹⁵⁵ L'intento dell'Azione è, dunque, di procedere ad una verifica sostanziale della circostanza che la società del gruppo che ha contrattualmente assunto il rischio sia realmente disposta ad assumerne l'onere, secondo il principio fondamentale di corrispondenza tra rischio e beneficio.¹⁵⁶ Circa la portata e tipologia dei rischi da assumere, poi, l'indagine può spaziare a partire da quello del sostenimento dei costi o dell'impiego di *assets*, fino al rischio per le attività relative alla creazione ed allo sfruttamento degli intangibili. La verifica da condurre, inoltre, deve riguardare anche il profilo quantitativo, al fine di accertare in che percentuale il rischio complessivo sia ripartito tra i soggetti della transazione. Ne conseguirà che, ove il rischio risulti assunto in una quota che la società contrattualmente obbligata non appare idonea a sostenere, si tratterà inequivocabilmente di un' inaccettabile ripartizione dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dalla transazione, in contrasto con l'*arm's length principle*.¹⁵⁷ L'intento espresso dall'OCSE nell'adozione dell'Azione 9 è sostanzialmente volto a garantire ancora una volta il principio di libera concorrenza, atteso che in osservanza di esso nessuna parte indipendente accetterebbe di ricevere una remunerazione nulla o notevolmente inferiore rispetto al rischio assunto. Può, in definitiva, concludersi affermando che, con quest'Azione, lo scopo perseguito sia stato quello di assicurare, anche nelle operazioni tra imprese associate, un rapporto di proporzionalità tra rischi effettivamente sostenuti e remunerazione ricevuta, prendendo come criterio di valutazione, il comportamento di imprese indipendenti.

Sul medesimo criterio si fonda anche l'Azione 10 muovendo dal presupposto che non sono conformi al principio di libera concorrenza transazioni tra parti associate che non potrebbero mai verificarsi sul mercato tra parti indipendenti.¹⁵⁸ La raccomandazione dell'OCSE in questo ambito è quella di rafforzare le regole di *transfer pricing*, cercando di individuare le diverse condizioni alle quali la transazione andrebbe

¹⁵⁵ HICKMAN A., *The Application of Revised Transfer pricing Rules to Aspects of Business Models*, Intertax, Volume 44, 2016.

¹⁵⁶ HELDERMAN L. - SPORKEN E. - OKTEN R. - KANTER M., *A New Era in Determining Arm's Length Compensation for Intangibles? A Comparative Overview of Existing and Possible Future Transfer Pricing Principles*, International Transfer Pricing Journal, 2013.

¹⁵⁷ FORT G., *Progetto BEPS: I "Draft" OCSE sul transfer pricing*, Corriere Tributario, n.15 del 2015.

¹⁵⁸ BRAUNER Y., 2015, op. cit.

riformulata, rendendo più agevole la guida per l'applicazione del *profit split method*,¹⁵⁹ con riferimento ad alcune tipologie di pagamenti tra le imprese del gruppo, sostanzialmente finalizzati ad erodere la base imponibile come, ad esempio, le c.d. spese di regia, sotto la cui denominazione sono raccolte le commissioni di gestione e le spese di direzione.¹⁶⁰ L'attenzione è, dunque, massimamente rivolta a quelle situazioni non comparabili con le normali operazioni di mercato e, pertanto, rivelatrici di una distanza dalla *ratio* dell'*arm's length principle*.

In tali casi la soluzione offerta è quella di adottare il metodo del *profit split* che, in assenza di transazioni comparabili tra parti indipendenti, consente di evidenziare l'eventuale forzata applicazione del principio di libera concorrenza.

Con riguardo, poi, all'eventuale riqualficazione della transazione (*recharacterization*), tale esigenza può emergere una volta accertato che nelle multinazionali vengono create società controllate alle quali attribuire funzioni e con le quali realizzare transazioni non configurabili tra terze parti indipendenti. In questo caso - premesso che l'accettazione di condizioni sfavorevoli nell'interesse del gruppo e non nell'interesse individuale è una scelta destinata ad indebolire la parte contrattuale che l'ha effettuata e, dunque, non coerente con il principio di libera concorrenza – la verifica assume il contenuto di un *test* di ragionevolezza circa la convenienza o meno per ognuna delle parti associate ad effettuare la suddetta transazione. Ai fini del *transfer pricing*, dunque, occorre accertare se l'operazione sia ragionevole per tutte le parti consentendo ad esse di migliorare o, al minimo, di salvaguardare la propria posizione sul mercato. Se il test di ragionevolezza non viene superato, la transazione non sarà riconosciuta ai fini del *transfer pricing*.¹⁶¹

A partire dal 2013, dunque, la specifica materia è stata interessata da una serie di iniziative che hanno modificato la disciplina dei prezzi di trasferimento per renderla conforme alle previsioni adottate dall'OCSE nelle azioni 8-10. Tali modifiche hanno visto la luce con la pubblicazione, nel 2015, del c.d. "*Actions 8-10 – 2015 Final*

¹⁵⁹ Riconoscendone così il ruolo di *best method* in un contesto in cui le catene del valore sono sviluppate in uno scenario globale.

¹⁶⁰ "Develop rules to prevent BEPS by engaging in transactions which would not, or would only very rarely, occur between third parties. This will involve adopting transfer pricing rules or special measures to: (i) clarify the circumstances in which transactions can be recharacterized; (ii) clarify the application of transfer pricing methods, in particular profit splits, in the context of global value chains; and (iii) provide protection against common types of base eroding payments, such as management fees and head office expenses." OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing.

¹⁶¹ FORT G., 2015, op.cit.

Reports”¹⁶², che a sua volta ha modificato i Capitoli I, II, VI, VII e VIII delle *TP Guidelines*¹⁶³.

La revisione dei capitoli è stata poi inserita nel 2017 nelle attuali *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*.¹⁶⁴

Le novità degne di rilievo riguardano il capitolo IV del *TP Guidelines* con riferimento ai beni immateriali: è previsto che ai fini del *transfer pricing*, la mera titolarità giuridica del bene immateriale non comporti automaticamente il diritto a ricevere i profitti derivanti dallo sfruttamento del bene.

L’OCSE, infatti, ha chiarito che i principi contenuti nei capitoli I-III delle linee guida trovano applicazione anche per le transazioni relative a beni immateriali. L’indicazione, dunque, è quella di procedere alla verifica delle operazioni riguardanti l’utilizzo o il trasferimento di intangibili iniziando da una puntuale analisi delle relazioni commerciali o finanziarie tra le imprese associate nonché delle condizioni economicamente rilevanti corrispondenti a tali relazioni.

Ulteriori raccomandazioni specifiche relative alle operazioni sui beni immateriali sono contenute ai paragrafi A, B, C e D del capitolo IV, in armonia con le previsioni delle Azioni 8-10 del BEPS.

In particolare, il Paragrafo “A”, perseguendo l’obiettivo indicato dall’Azione 8, fornisce una definizione di bene intangibile molto più ampia rispetto alla precedente che invece risultava circoscritta ai c.d. *marketing intangibles e trade intangibles*.

Nel Paragrafo “B” è ravvisabile l’influenza esercitata dal progetto BEPS nella parte in cui è affermata la prevalenza della sostanza economica della transazione sulla forma contrattuale della medesima.¹⁶⁵ Per la prima volta, dunque, trova esplicita formulazione il concetto secondo cui il guadagno derivante dall’uso dell’intangibile deve essere ripartito tra le parti coinvolte nella *value chain* secondo un rapporto proporzionale alle c.d. funzioni DEMPE (*development, enhancement, maintenance*,

¹⁶² OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 – Final Reports, OECD/G20 base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

¹⁶³ FORT G., *Beni immateriali e transfer pricing: un punto finale?*, Il Fisco 2016.

¹⁶⁴ IL Capitolo IV delle *TP Guidelines* in materia di beni immateriali è stato introdotto nel 1996 dall’OCSE e nelle Linee Guida del 2010 era rimasto inalterato. Tuttavia, l’OCSE dalla pubblicazione di queste ultime Linee Guida, si era resa conto che il capitolo di riferimento sugli intangibili non era più adatto al contesto economico del XXI sec. ed ai nuovi modelli di business, motivo per cui nel luglio 2010, nacque il nuovo progetto dell’Organizzazione sugli intangibili, con lo scopo di aggiornare il Capitolo VI e VIII.

¹⁶⁵ GIORGI S., op. cit.

protection and exploitation ossia sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione e sfruttamento) effettivamente esercitate.¹⁶⁶

Il Paragrafo “C” identifica i due tipi di transazione con cui può avvenire il trasferimento di un intangibile o di diritti relativi ad esso. Essi possono riguardare:

- il trasferimento dell’intangibile o di diritti relativi ad esso;
- l’uso dell’intangibile in relazione alla vendita di altri beni o prestazioni di servizi.

Infine, il Paragrafo “D” fornisce indicazioni per determinare il prezzo di trasferimento dei beni immateriali. In merito, è raccomandato in alcuni casi l’uso del metodo CUP (metodo del confronto del prezzo),¹⁶⁷ oppure, ove ciò non sia possibile, del metodo del *profit split*, soluzione raccomandata anche dall’Azione 10 del BEPS. Ulteriori indicazioni riguardano gli *hard-to-value intangibles* e le possibili soluzioni adatte a definirne i prezzi di trasferimento.¹⁶⁸

¹⁶⁶ STORCK A. - PETRUZZI R. - PANKIV M. - TAVARES R.J.S., *Global transfer pricing conference “Transfer pricing in a post - BEPS world”*, in International Transfer Pricing Journal, May/June 2016.

¹⁶⁷ AVOLIO D. - DEVALLE A., *In attesa delle nuove istruzioni sul transfer pricing*, Corriere Tributario, 2017. “Il metodo CUP offre il modo più diretto per determinare il prezzo di libera concorrenza, poiché prevede il confronto del prezzo di una transazione controllata con il prezzo praticato in una transazione comparabile tra imprese indipendenti.”

¹⁶⁸ RAFFELINI A., *Strategie fiscali internazionali aggressive e nuove regole OCSE nel T.U.I.R.*, Amministrazione e Finanza, n.1 del 2018.

Capitolo 2 – Le discussioni sulla creazione di valore

2.1 La creazione di valore come nuovo criterio di allocazione dei redditi

La digitalizzazione ha indubbiamente ricoperto un ruolo fondamentale nella crescita economica e può essere considerata, in ragione della sua potenzialità in termini di miglioramenti economici e sociali, uno dei principali obiettivi degli attuali governi. Anche i Paesi dell'Unione europea hanno inserito tale intento nei rispettivi programmi politici prevedendo, in un cammino di più lungo termine, la creazione di un mercato unico digitale caratterizzato dalla libera circolazione di beni, persone, servizi, capitali e dati, in grado di garantire senza soluzione di continuità l'accesso a beni e servizi *online* da parte di chiunque, indipendentemente dal Paese di appartenenza o dal luogo di residenza. La Commissione europea, peraltro, ha intravisto, in tale ambito, un contributo del mercato unico globale alla crescita dell'economia europea, grazie alla creazione di posti di lavoro, all'innovazione ed agli investimenti per un complessivo importo di 415 miliardi di euro¹⁶⁹.

Partendo da quest'assunto, indiscusso l'interesse dei singoli Paesi ad agevolare la digitalizzazione economica e le relative imprese ai fini di una crescita dell'economia interna, si assiste, d'altro canto, ad un fenomeno parallelo che vede i Paesi concentrati ad elaborare proposte per adeguare i rispettivi sistemi fiscali all'impatto della digitalizzazione, anche a costo di frenare lo sviluppo delle imprese digitali.¹⁷⁰

Il primo passo, in tal senso, è stato compiuto dall'OCSE attraverso la ridefinizione della disciplina del *transfer pricing*.

L'*arm's length principle*, affermatosi negli anni '30 del secolo scorso con lo scopo di evitare, in uno scenario internazionale, le doppie imposizioni, aveva introdotto le regole di allocazione basate sulla distinzione tra Stato della residenza e Stato della

¹⁶⁹ EUROPEAN COMMISSION, *Digital single market: Bringing down barriers to unlock online opportunities*, <https://www.european>.

¹⁷⁰ BAL A., *(Mis) guided by the Value Creation Principle – Can New Concepts Solve Old Problems?*, Bulletin for International Taxation, (Volume 72), No. 11, 22 October 2018.

fonte. L'applicazione di tale principio ad una transazione infragruppo aveva il preciso scopo di ripartire correttamente i profitti tra gli Stati coinvolti, in modo di evitare la doppia imposizione ma anche di reprimere strategie elusive poste in essere dalle imprese digitalizzate che avevano iniziato a spostare i profitti in giurisdizioni a bassa tassazione.¹⁷¹ In tale scenario, il principio di libera concorrenza aveva permesso la nascita di multinazionali integrate e dislocate, nelle quali ogni entità è chiamata a svolgere specifiche funzioni all'interno della *global value chain*.¹⁷²

Con il BEPS, l'esigenza di affermare l'*arm's length principle*, già avvertita per i beni tradizionali, è stata applicata anche agli intangibili per i quali valevano, come riferimento, le condizioni di mercato.

Per le transazioni relative ai beni intangibili, quindi, il baricentro si è andato progressivamente spostando dagli accordi contrattuali alla considerazione dell'effettivo comportamento delle parti, nonché dei fatti e delle circostanze attinenti al negozio, con la conseguenza che l'*arm's length principle* è divenuto, oltre ad uno strumento di allocazione dei redditi, anche un'efficace misura antielusiva. In particolare, la finalità delle Azioni 8-10 del BEPS risulta essere proprio quella di individuare la sostanza del negozio, per comprendere se la posizione di ciascuna delle parti ed il profitto ad essa spettante siano corrispondenti alle funzioni svolte o se invece le disposizioni contrattuali siano incongruenti rispetto alla reale condotta tenuta dalle parti.¹⁷³

In ciò si coglie la differenza con il concetto di sostanza come rappresentato nelle *Guidelines* del 2010. Prima del progetto BEPS un'operazione era considerata in linea con il concetto di "sostanza" se era sostenibile da un punto di vista economico, indipendentemente dalla verifica se quello che appariva il titolare giuridico di un intangibile fosse o no in grado di svolgere le funzioni previste nel contratto.¹⁷⁴ Con il concetto di "sostanza" introdotto dal BEPS, invece, occorre verificare l'idoneità del titolare ad esercitare il controllo sulle c.d. funzioni DEMPE e sull'assunzione dei rischi connessi.

¹⁷¹ Così CARROLL nel 1933 (*League of Nations, Taxation of foreign and national enterprise*, Geneva, 1933); si veda anche AVI-YONAH R.S., *The rise and a Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of US International Taxation*, Pub. & Leg. Theory Working paper Series, Working Paper N. 92, paragrafo 3, 2007.

¹⁷² Per approfondimenti e specifiche, cfr. il paragrafo 2.4.2 del presente elaborato.

¹⁷³ SCREPANTE M., op cit.

¹⁷⁴ SCREPANTE M., op. cit.

Il Progetto BEPS, dunque, ha perseguito la finalità di rendere effettiva la tassazione basandosi sul c.d. principio dell'origine, da anni indicato dalla dottrina come l'unico criterio valido per la corretta ripartizione del gettito fiscale tra le varie giurisdizioni.

Secondo il Kemmeren,¹⁷⁵ la tassazione basata sul principio di origine consente di collegare la tassazione del reddito da parte di uno Stato alla circostanza che tale reddito sia stato creato all'interno di quel territorio, in virtù di un legame tra reddito e territorio più stringente di quello posto alla base del principio della fonte. Può accadere, dunque, che il principio c.d. di origine e quello c.d. della fonte non siano corrispondenti quando, ad esempio, un reddito non è generato ma si trova fisicamente in un determinato Stato, con la conseguenza che la giurisdizione fiscale venga riconosciuta a quello Stato sulla base del principio della fonte ma non su quello di origine.

Secondo tale impostazione, invece, il principio di origine diverrebbe il fondamentale, se non l'unico, principio su cui basare l'attribuzione della giurisdizione fiscale tra Stati contraenti.¹⁷⁶

A tale prospettazione si oppone quella di altri esponenti come Bruins, Einaudi e Seligman, che rifiutano l'esclusiva applicazione del principio di origine rilevando, invece, come sussista un dovere dei residenti verso il luogo in cui vivono, anche quando il reddito venga prodotto altrove. Tale osservazione non è contestata dal Kemmeren che tuttavia obietta come un residente dovrebbe contribuire alle spese pubbliche del suo Stato di residenza, sebbene non attraverso un'imposta sulla produzione di reddito ma un'imposta che gravi sul consumo di reddito.

Il vero problema applicativo che tuttavia presenta il principio di origine nasce nel caso di soggetti che producono reddito secondo un modello di *"real globe-trotter"*, in quanto essi potrebbero essere tassati in ciascun Paese in cui svolgono attività produttive di reddito, fermo restando che ogni Stato andrà a tassare esclusivamente la

¹⁷⁵ KEMMEREN E.C.C.M. *Principles of Origin in Tax Conventions: A rethinking of Models*, Pijenburg vormegevers. uitgevers, 2001.

¹⁷⁶ Secondo la dottrina, i principi utili ad individuare la giurisdizione fiscale sono: principio di origine, principio della fonte, principio della residenza ed, in ultimo, principio di nazionalità. Per un'imposizione fiscale su reddito e capitale, non sono, in linea di massima, utilizzabili i principi di residenza e nazionalità che, notoriamente, non producono reddito né stabiliscono o preservano la proprietà, a parte la possibilità di considerare il luogo di residenza come luogo di consumo del reddito e non come luogo di produzione del reddito stesso. Anche il principio della fonte non è esente da critiche legate all'osservazione circa l'inidoneità della fonte come criterio per giustificare un'imposta sul reddito o sul capitale, considerato che il reddito può essere prodotto e il capitale conservato in uno Stato diverso da quello ove sia fisicamente situata la proprietà, mentre si rafforza il principio di origine come fondamento della tassazione da parte di uno Stato se il reddito è creato all'interno del relativo territorio. In conclusione, per gli Autori, quello di origine e quello di ubicazione economica appaiono i principi più solidi sui quali fondare l'assegnazione della giurisdizione fiscale tra gli Stati contraenti in una convenzione fiscale bilaterale su reddito e capitale. Cfr. KEMMEREN E.C.C.M., op.cit.

parte di reddito creata sul proprio territorio. In tali ipotesi si osserva l'assenza di un sufficiente collegamento economico con ciascuno Stato, tale da giustificare la tassazione. Di tale avviso sembra essere anche l'OCSE che richiede la sussistenza di un'attività prodotta attraverso una stabile organizzazione in uno Stato per poter assoggettare a tassazione un'impresa residente in uno Stato diverso.

Pertanto, in tema di fiscalità internazionale, risulterebbe consolidato il principio per cui, in assenza di una stabile organizzazione, un'impresa non potrebbe essere considerata effettivamente partecipe della vita economica di uno Stato, atteso che un'attività occasionale genera una relazione non sufficientemente significativa per giustificare un rapporto di imposizione fiscale, occorrendo, piuttosto, una sostanziale¹⁷⁷ attività di produzione di reddito nel Paese che rivendica potestà impositiva.

Anche il concetto di stabile organizzazione, inoltre, presenta profili non del tutto pacifici.

Secondo il Kemmeren, la produzione di valore dovrebbe essere riferita a quella creata non da strumenti o beni fisici ma dalla componente intellettuale di un essere umano, ovvero dalla sostanziale attività imprenditoriale, svolta da un essere umano e che produca reddito.

Tale assunto, trasfuso nel BEPS, rappresenta l'aspetto più innovativo delle Azioni 8-10 nella parte in cui è richiesta la corrispondenza tra ciò che i contribuenti documentano, ciò che fanno (cioè la reale condotta delle parti) e che sono in grado di fare, inteso come funzioni svolte, beni strumentali impiegati e rischi assunti.¹⁷⁸ In conclusione, può ben affermarsi che nel BEPS il principio di *arm's length principle* si arricchisce di un'ulteriore connotazione data dalla prevalenza della *substance over form* riferita soprattutto alla valutazione della condotta effettiva delle parti ma anche alla loro capacità di rispettare gli obblighi cui sono vincolate contrattualmente.¹⁷⁹

Per raggiungere tale obiettivo, l'OCSE punta sul nuovo modello di allocazione della creazione del valore - *value creation* - fornendo indicazioni su criteri di tassazione legati al luogo in cui è creato valore.

¹⁷⁷ È dunque imprescindibile attribuire un puntuale significato al concetto di "sostanziale", assunto a criterio generale decisivo. Secondo Kemmeren, un'attività che produce reddito è considerata sostanziale quando rappresenta la parte essenziale e significativa dell'attività complessiva.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ WITTENDORF J., *BEPS Actions 8-10: Birth of a new Arm's length principle*, 81, Tax Notes International, 2016.

2.2 L'allineamento tra ubicazione degli utili imponibili e ubicazione della creazione di valore

La necessità di trattare il tema della tassazione dell'economia digitale in un sistema coordinato e non singolarmente disposto da parte di ciascuno Stato ha rappresentato un costante impegno dell'OCSE che ha, sin da subito, fatto i conti con l'inadeguatezza dei singoli sistemi fiscali nazionali a tassare i redditi prodotti dalle imprese digitali, soprattutto in ragione della non facile individuazione, attraverso i comuni strumenti di accertamento di cui dispongono le Amministrazioni statali, delle c.d. transazioni virtuali definibili anche come transazioni globali anonime, diffuse a livello globale e nelle quali non è possibile risalire ad intermediari. Tale ulteriore difficoltà ha contribuito a creare una situazione, quale emersa da recenti statistiche, che mostra le imprese tradizionali più gravate di 14 punti di imposte rispetto ai colossi del digitale.¹⁸⁰ L'OCSE, come peraltro le altre organizzazioni internazionali, ha cercato nuove soluzioni riconducibili, sostanzialmente, all'introduzione del concetto di creazione di valore come parametro di riferimento centrale e criterio ultimo per l'attribuzione dei diritti fiscali.¹⁸¹ Il progetto BEPS, a sua volta, ha affermato il principio secondo cui l'ubicazione degli utili imponibili dovrebbe essere in linea con l'ubicazione ove si svolgono le attività economiche e si verifica la creazione di valore.¹⁸²

E' tuttavia proprio il concetto di creazione di valore a presentare le maggiori problematiche, considerato che l'OCSE non ne fornisce una puntuale definizione ma rischia di ingenerare notevoli difficoltà interpretative facendo contestuale riferimento, per l'assegnazione della potestà impositiva, sia alle attività economiche reali¹⁸³ sia alla creazione del valore. Va detto che, in linea di massima, i due concetti sono sovrapponibili, dal momento che solitamente se un'impresa esercita una reale attività

¹⁸⁰ GALLO F., in intervista *"Tassazione dell'economia digitale, tra sviluppi recenti e prospettive future"*, <https://youtube.com/TreccaniChannel>.

¹⁸¹ SCHWARZ J., *Value creation: old wine in new bottles or new wine in old bottles?*, in Kluwer tax blog, Maggio 2018.

¹⁸² OCSE, *Interim Report 2018*, supra n.3, pag.169.

¹⁸³ *"Specifically, this Action Plan provide countries with domestic and international instruments that will better align rights to tax with economic activity"* e ancora *"Existing domestic and international tax rules should be modified in order to more closely align the allocation of income with the economic activity that generates that income"*. OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, pagg. 11-18.

KEMMEREN E.C.C.M., op. cit.

economica in un dato territorio, sarà in quel territorio che si crea valore, pur se il valore creato potrebbe non essere proporzionale all'intensità dell'attività economica svolta.¹⁸⁴ Anche le nuove Linee Guida tendono ad individuare il valore nel luogo in cui le funzioni principali sono esercitate ed i rischi sono assunti, allineando, di conseguenza, i profitti alla sostanziale attività su un dato territorio¹⁸⁵. L'attribuzione ad una determinata giurisdizione fiscale, dunque, è legata alle sostanziali manifestazioni economiche di una transazione commerciale.¹⁸⁶

E' stata altresì rilevata la parziale incoerenza di tale conclusione rispetto al principio dell'*arm's length principle*. L'OCSE, infatti, non si sofferma a valutare come eventualmente si sarebbero atteggiare, in una transazione analoga, parti indipendenti ma esamina esclusivamente la multinazionale nel suo complesso. Tale approccio discende dalla consapevolezza che le modalità con le quali le multinazionali producono profitti sono molto lontane dal tradizionale modello di affari delle imprese indipendenti.

Da ciò la necessità di superare il principio di libera concorrenza, nella sua storica accezione.¹⁸⁷

Infatti, pur non volendo necessariamente ritenere che le multinazionali alterino forzatamente gli schemi delle transazioni per giungere a creare i loro profitti, resta il fatto che l'applicazione dell'*arm's length principle* al loro modello di affari equivarrebbe a "comparare l'incomparabile".¹⁸⁸

Ritorna, dunque, in argomento il vero nodo della questione: tutti sono d'accordo che il nuovo sistema di tassazione debba avere come fondamento la creazione di valore ma non vi è consenso sul significato da attribuire a tale espressione. Essa, infatti, appare sfuggire ad ogni tentativo di univoca definizione, a partire dall'individuazione del luogo ove essa avviene.

E' indubbio, infatti, che per un Paese con una forte base di clienti risulterà conveniente ritenere che la creazione di valore ha luogo nella giurisdizione di mercato (principio di destinazione), mentre per un Paese in via di sviluppo con fattori di produzione a

¹⁸⁴ HEY J., "Taxation Where Value is Created" and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative, In Bulletin for International Taxation, April/May 2018.

¹⁸⁵ HASLEHNER W., *Taxing where value is created in a post BEPS world*, in Kluwer International Tax Blog, 2018.

¹⁸⁶ SCREPANTE M., op. cit.

¹⁸⁷ Cfr. TAVARES R.J.S., *Multinational Firm Theory and International Tax Law: Seeking Coherence*, in World Tax Journal, 2016.

¹⁸⁸ BRAUNER Y., *Value in the Eye of the Beholder: The valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes*, 28 Va. Tax Rev. 79, 2008.

basso costo sarà più conveniente affermare che la creazione di valore ha luogo nel Paese di produzione (principio di origine).

Tale non univocità di vedute porta inevitabilmente a fenomeni di doppia imposizione. Un nuovo elemento che si affaccia nella creazione di valore è il contributo indiscusso da riconoscere ai “dati”, considerati linfa vitale dell’economia digitale e motore dell’economia mondiale, in grado di rappresentare le richieste dei consumatori e di orientare i processi decisionali strategici relativi alla costante attività di innovazione dei prodotti.

Gli esiti del *Global Data Management Benchmark Report 2018* rivelano che il 95% dei dirigenti intervistati ritiene che i dati siano una parte fondamentale della formazione della loro strategia aziendale. Occorre altresì considerare che, mentre l’attività di raccolta e gestione delle informazioni è comune a tutte le imprese, solo quelle in grado di utilizzare i dati in funzione strumentale all’innovazione ottengono miglioramenti della loro posizione competitiva, essendo assodato che la produzione di valore non deriva dalla raccolta dei dati grezzi ma dall’intuizione che scaturisce dalla loro osservazione ed attenta analisi. E’ esperienza comune, infatti, che una valutazione errata o un’analisi superficiale dei dati, più facilmente verificabili quanto maggiore è la quantità e la varietà dei dati da osservare, può condurre ad un effetto tutt’altro che virtuoso. Per evitare tale rischio, in sostanza collegabile all’errore umano, le organizzazioni hanno progressivamente incrementato i loro programmi di *governance* e di investimenti *ad hoc*, in maniera non dissimile da quanto già fatto per le altre materie prime. Come per queste, infatti, anche per i dati vale la regola per cui gli *input* devono essere convertiti in *output*, che poi devono essere commercializzati e venduti e, qualora tali operazioni generino profitti, dovranno essere tassati.

Risalendo ulteriormente nel processo di produzione di valore, acquisiscono fondamentale importanza gli utenti, fonte primaria dei dati,¹⁸⁹ oltre che soggetti cui ancorare il luogo di creazione di valore secondo il criterio c.d. di destinazione. Da ciò nasce, dunque, quella diffusa opinione che esalta il ruolo degli utenti¹⁹⁰ quale fattore di valore strategico per alcuni tipi di imprese digitali e criterio di ripartizione dei diritti fiscali tra i Paesi.¹⁹¹ Tale criterio, tuttavia, mostra tutta la sua evanescenza nei modelli

¹⁸⁹ Il ruolo degli utenti è evidente, ad esempio, nell’attività di broker, il quale non realizzerebbe entrate se non potesse elencare sul suo sito web gli immobili disponibili per la vendita, a costituire il suo portafoglio di prodotti interamente fornito dagli utenti.

¹⁹⁰ Nel significato di processo attraverso il quale gli utenti possono creare valore attraverso il loro contributo e coinvolgimento attivo.

¹⁹¹ TRESAURY H.M., *Corporate tax and the digital economy: position Paper update* pag.7, 2018.

di *business* digitale in cui, a differenza di quelli tradizionali, i clienti risiedono in ogni parte del pianeta. L'individuazione delle giurisdizioni sulla base del luogo ove si trovano i consumatori pone specifiche criticità, quale, ad esempio, quella rappresentata dall'esistenza di utenti che, pur possedendo un *account* su una piattaforma, in realtà non vi abbiano avuto accesso da tempo e non abbiano in alcun modo contribuito alla creazione di valore che si intende tassare. Ulteriori nodi sono rappresentati dall'esigenza di distinguere tra i diversi utenti, il cui singolo contributo può variare in modo significativo, nonché dalla necessità di individuare il criterio in base al quale determinare la posizione di un utente che potrà spaziare tra i diversi *proxy*: indirizzo IP, indirizzo di fatturazione o modalità di pagamento. La scelta tra queste diverse alternative non è priva di effetti, considerato che nei modelli di *business* digitali, le aziende offrono i loro servizi gratuitamente, non essendo necessario pagare nulla per aprire un *account Facebook* o *LinkedIn*, ma tuttavia l'accesso alla piattaforma consente la raccolta e la gestione dei dati personali degli iscritti che potranno poi essere monetizzati in vario modo: creando pubblicità personalizzate o vendendoli a terzi, sempre previo avviso agli interessati.

E' altresì da considerare la valenza bidirezionale, sia positiva che negativa, del flusso nella creazione di valore originato dagli utenti, che possono al contempo apportare valore per l'azienda, come anche distruggerlo.¹⁹²

A fronte di tali problematiche, la conclusione raggiunta dall'OCSE nella sua relazione intermedia è la condivisione, tra tutti i Paesi, dell'urgenza di procedere a modifiche dell'attuale regime fiscale nonché dell'idea che una riforma coordinata sia più efficace di una variegata composizione di misure non coordinate, ma non vi è alcun accordo circa le modalità e la portata di tale coordinamento.

Se questa è la situazione europea, occorre, per avere uno scenario esaustivo, gettare uno sguardo oltreoceano, dove il segretario al Tesoro degli Stati Uniti, all'indomani della pubblicazione del Rapporto intermedio OCSE 2018, ha espresso la ferma opposizione degli U.S.A. alle proposte di qualsiasi Paese di censire a fini fiscali le società digitali. Tale affermazione è motivata dal determinante contributo riconosciuto a queste aziende per la creazione di posti di lavoro e per la crescita economica negli Stati Uniti ed al paventato rischio che ogni imposizione fiscale ne inibirebbe la crescita, con conseguente, indiretto, pregiudizio per lavoratori e consumatori americani.

¹⁹² Tipico è il caso di un utente che, avendo pubblicato dichiarazioni offensive su di una piattaforma causando un danno reputazionale al relativo fornitore, avanzi poi la pretesa che lo stesso compia ulteriori sforzi per eliminare i post offensivi, arginando gli effetti negativi della condotta all'origine.

La netta opposizione degli Stati Uniti ha portato taluni autori¹⁹³ a ritenere impossibile il raggiungimento di un consenso globale su tale questione, una sorta di utopia che non sarà mai realizzata, al posto della quale, pertanto, sarebbe più proficuo e produttivo concentrarsi su soluzioni fattibili piuttosto che inseguire un progetto irrealizzabile.

Questa stessa dottrina imputa l'impossibilità di raggiungere tale obiettivo - a partire da una definizione univoca e condivisa della creazione di valore - alla natura evanescente e "politica" di tale espressione.

Su posizioni opposte, come detto, si pone invece il Kemmeren¹⁹⁴ che ammette la possibilità di individuare il valore associandolo all'elemento intellettuale di un essere umano. L'autore, in particolare, pone l'attenzione sul valore dei dati e sulla loro rilevanza strategica solo ove esaminati con l'aiuto di un algoritmo creato dall'intelligenza umana. Dunque, per lo studioso, nell'economia digitale, come in ogni altro settore dell'economia, il luogo in cui ha origine il valore è il luogo ove l'individuo aggiunge l'elemento intellettuale.

2.2.1 Possibili alternative all'*arm's length principle*

Un'ulteriore problematica nell'applicazione della *Corporate income tax* riguarda le imprese multinazionali.

Rispetto a tale questione, l'OCSE appare intenzionata a valutare, ai fini dell'imposizione fiscale, l'intera attività del gruppo multinazionale per determinare, all'esito di un'approfondita *value chain analysis*,¹⁹⁵ quali società del gruppo siano realmente produttive dei profitti originati da una transazione.

A tale scopo, l'OCSE fa comunque riferimento all'*arm's length principle*, cercando di individuare quale sarebbe il comportamento tra parti indipendenti in transazioni analoghe a quelle stipulate infragruppo. Tale approccio si è rivelato, tuttavia, inadeguato, dovendosi osservare che le parti indipendenti non si trovano mai nelle situazioni che si creano all'interno dei gruppi altamente integrati. Riemerge, quindi, un approccio sostanzialistico orientato alla ricerca della reale creazione del valore,

¹⁹³ BAL A., op.cit.

¹⁹⁴ KEMMEREN E.C.C.M., *Should the Taxation of the Digital economy Really Be Different?*, in Tax Review 2018.

¹⁹⁵ Per approfondimenti in merito al concetto della *value chain* si veda il paragrafo 2.4.1 e seguenti del presente elaborato.

anche a fini evidentemente antielusivi, con un ritorno alla *unitary entity theory*, secondo la quale una multinazionale deve essere considerata un'entità economica singola che esercita funzioni e svolge operazioni in più giurisdizioni, allo scopo di approfittare dei benefici fiscali concessi nei diversi Paesi.¹⁹⁶

Tale nuova prospettiva impone di accantonare l'*arm's length principle* in favore del *global formulary apportionment* che consente, sulla base di una formula predeterminata, di suddividere i profitti raggiunti da un gruppo multinazionale tra le varie entità del gruppo operanti nei diversi Paesi, applicando un procedimento suddiviso in tre fasi:

- definizione dei parametri secondo cui individuare il *business* globale di una multinazionale da sottoporre a tassazione;
- calcolo dei profitti prodotti globalmente dal gruppo;
- suddivisione, sulla base di una formula predeterminata, dei profitti tra le diverse giurisdizioni coinvolte.¹⁹⁷

I vantaggi del *global formulary apportionment* sono da ravvisarsi in una tassazione più equa, meno soggetta a manipolazioni elusive - quali lo spostamento di reddito in luoghi a bassa tassazione, in quanto l'imponibile sarebbe individuato sulla base di una misura dell'attività economica reale in ciascun territorio - e particolarmente adatta per i Paesi in via di sviluppo ove si è rivelato di non facile applicazione il criterio basato sull'*arm's length principle*.¹⁹⁸ Inoltre, l'approccio globale avrebbe l'ulteriore vantaggio di eliminare o comunque ridurre i costi di accertamento ad oggi gravanti sui sistemi fiscali ed amministrativi di ciascun Paese¹⁹⁹ nonché di ridurre il contenzioso originato dall'attuale ordinamento tributario internazionale a causa della coesistenza dei concetti di fonte e residenza.²⁰⁰

L'orientamento dell'OCSE, dunque, non è quello di eliminare definitivamente l'*arm's length principle* ma, in attesa dell'elaborazione di un nuovo sistema, di adottare sin d'ora misure di aggiustamento del tradizionale principio, avvertite come necessarie

¹⁹⁶ MAHONEY M.K., *Recommending an apportionment formula for the European Union's Common Consolidated Corporate tax Base*, in "Seton Hall Legislation", 2009.

¹⁹⁷ ANDRUS J. - COLLIER R., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017.

¹⁹⁸ SPENGLER C. - ZOLLKAU Y., *Common Corporate Tax Base (CCCTB) and a Determination of Taxable Income: An International Comparison*, Berlin: Springer, 2012.

¹⁹⁹ PICCIOTTO S., *International Taxation and Economic Substance*, in "Bulletin for International Taxation" n.12, 2016.

²⁰⁰ ANDRUS J. - COLLIER R., op. cit.

soprattutto con riguardo ai problemi sollevati dagli intangibili, dai rischi e dall'eccessiva capitalizzazione.²⁰¹

Inoltre, non sfuggono le criticità insite anche in un approccio unitario delle multinazionali.

Su tale questione si è particolarmente applicata la Commissione Europea, istituendo un gruppo di lavoro per la delineazione della cosiddetta *Common Consolidated Tax Base* (CCCTB)²⁰² che costituisce una prima forma di tassazione basata sul *formulary apportionment* che ha raggiunto una sua formulazione da ultimo nel 2016,²⁰³ dopo un primo tentativo esperimento nel 2011.²⁰⁴

In un approccio graduale, sono state previste due fasi: una fase detta *Common Corporate Tax Base* (CCTB) e una successiva detta *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB). Si ritiene che tale metodica fornisca un valido strumento per individuare il reddito da tassare nel luogo in cui viene creato il valore, attraverso una formula basata su tre fattori: *assets*, manodopera e vendite. A ciascuno di tali elementi - che indica il contributo da questo fornito in ciascuna giurisdizione alla produzione del reddito complessivo - è attribuito identico peso.²⁰⁵

La *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB) è stata approvata dal Parlamento Europeo, nel marzo 2018, con ben 438 voti favorevoli.

²⁰¹ “Alternative income allocation systems, including formula-based systems, are sometimes suggested. However, the importance of concerted action and the practical difficulties associated with agreeing to and implementing the details of a new system consistently across all countries mean that, rather than seeking to replace the current transfer pricing system, the best course is to directly address the flaws in the current system, in particular with respect to returns related to intangible assets, risk and over-capitalization. Nevertheless, special measures, either within or beyond the arm’s length principle, may be required with respect to intangible assets, risk and over-capitalization to address these flaws”, OECD 2013, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

²⁰² LÓPEZ LIOPIS E., in *Formulary Apportionment in the European Union*, INTERTAX, Vol. 45, 2017 Kluwer Law International BV, così afferma: “La CCCTB dovrebbe aiutare le istituzioni europee nella loro lotta contro lo spostamento degli utili e l’evasione fiscale. La proposta CCCTB spera di garantire che i profitti delle società siano tassati dove sono stati effettivamente guadagnati. Entrambi gli obiettivi sono collegati tra loro, le strategie di spostamento dei profitti portano ad una situazione in cui i profitti delle società non sono tassati dove dovrebbero essere tassati, ma in quei territori in cui le società vogliono che i profitti vengano tassati. Pertanto, alleviare il problema del trasferimento degli utili contribuirebbe senz’altro a garantire che il reddito delle società sia effettivamente tassato laddove il valore è generato.”

²⁰³ Proposta di direttiva del Consiglio, relativa ad una base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società COM (2016) 683, 25 ottobre 2016.

²⁰⁴ Proposta di direttiva del Consiglio relativa ad una base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società COM (2011) 121, 16 marzo 2011.

²⁰⁵ Si veda CANÈ D., *La proposta di Direttiva per una CCCTB: una analisi per principi*, in *Rassegna Tributaria*, n.6 del 2012.

Gli aspetti positivi della CCCTB sono da ravvisarsi nell'aver eliminato lacune e sovrapposizioni esistenti nel sistema tributario internazionale e nell'aver favorito l'innovazione mediante incentivi fiscali alle attività di ricerca e sviluppo.

Non mancano aspetti negativi, rappresentati dall'obbligatorietà del sistema per i soli Paesi che vi hanno aderito su base volontaria ed, all'interno di ciascun Paese aderente, per i soli gruppi con fatturato superiore ai 750 milioni di euro, mentre nei residui casi l'applicazione è rimessa alla base volontaria.

Detti limiti applicativi comportano che almeno due categorie di transazioni (quelle sottoscritte in Paesi non aderenti e quelle poste in essere da gruppi con fatturato, all'interno dell'UE, inferiore a 750 milioni di euro) resterebbero escluse dalla nuova disciplina rimanendo soggette al metodo di *transfer pricing*.²⁰⁶ Restano, inoltre, non prese in esame le nuove categorie di beni, come gli intangibili ed i *Big data*.

In ultimo, ancora non giunge a soluzione l'annosa questione del nesso con il territorio, essendo comunque imprescindibile una presenza del gruppo o di una sua articolazione in ciascuno dei Paesi in cui si trovano i tre fattori (*assets*, manodopera e vendite).²⁰⁷

Inoltre, non è escluso che le società potrebbero convertire le precedenti strategie di pianificazione fiscale per modificare sia la posizione che il peso dei fattori rilevanti per l'applicazione della formula, in linea con l'interesse del gruppo.²⁰⁸

Ad ovviare a tale inconveniente si porrebbe la *Cash Flow Tax* che, anziché occuparsi dell'allocazione del reddito, assoggetterebbe a tassazione direttamente il flusso delle risorse finanziarie nelle casse delle imprese, ossia il *cash-flow*, registrando le operazioni al momento del pagamento, dunque secondo il criterio della cassa e non più della competenza, con il duplice vantaggio di una più facile rintracciabilità dei flussi di cassa rispetto ai profitti e di una maggiore difficoltà di alterazione degli uni rispetto agli altri.²⁰⁹

²⁰⁶ Verrebbero in evidenza, anzitutto, le transazioni tra membri di un gruppo che non sono obbligati e che non hanno applicato volontariamente la Direttiva; in secondo luogo, emergerebbero transazioni che avvengono tra una società di un gruppo che applica la Direttiva CCCTB e terze parti che non fanno parte dello stesso gruppo. Sul punto, cfr. SANCHEZ A., *The Apportionment Formula under the European Proposal for a Common Consolidated Corporate Tax Base*, in *European Taxation*, 2018.

²⁰⁷ GASPARRI T., *Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*, in www.fiscoequo.it, 2017.

²⁰⁸ KIESEWETTER D. - STEIGENBERGER T. - SITIER M., *Can formula apportionment really prevent multinational enterprises from profit shifting? - the role of asset valuation, intragroup debt, and leases*, *quantitative Tax Research - Arqus Discussion Papers* 175, 2014.

²⁰⁹ Cfr. VERSIGLIONI M., *Il reddito liquido: lineamenti, argomenti ed esperimenti*, in *Riv. Dir. Trib.*, n.6, 2014; LUPI R. - VERSIGLIONI M., *"Il reddito liquido" e la relativizzazione del principio di competenza*, in *Dial. Trib.* n.8, 2015.

Appare utile evidenziare che, in ogni caso, la base imponibile della CFT (*Cash Flow Tax*) prenderebbe in esame gli stessi fattori posti a fondamento del *formulary apportionment* della CCCTB europea: vale a dire i ricavi derivanti dalle vendite di beni e servizi al netto dei costi delle retribuzioni e delle spese per *asset* materiali e immateriali.

Originariamente la *Cash Flow Tax* era stata formulata come un'imposta basata sull'origine, destinata ad incidere sui flussi di cassa produttivi. La tendenza delle imprese a spostare la produzione o la residenza fiscale in Paesi a bassa fiscalità ha condotto ad una riformulazione della CFT, come imposta sul flusso di cassa basato sulla destinazione (*Destination - Based Cash Flow Tax – DBCFT*), cioè sulla localizzazione dei consumatori, elemento più difficilmente soggetto a manipolazione rispetto all'allocatione della produzione o della residenza dell'impresa.²¹⁰

Lo spostamento dell'attenzione, ai fini dell'imponibile fiscale, dalla residenza di impresa alla localizzazione dei consumatori renderebbe la DBCFT più vantaggiosa in quanto eliminerebbe ogni incentivo agli spostamenti, a causa della piena ed immediata deducibilità degli investimenti e realizzerebbe, quindi, un sistema fiscale più efficiente oltre che più resistente alle strategie di elusione fiscale.

Il punto critico di tale sistema resta, in ogni caso, il momento di transizione dall'imposta tradizionale (*Corporate Income Tax*) alla CFT, atteso che l'introduzione della piena deducibilità degli investimenti andrebbe a sovrapporsi, per un certo periodo, alla deduzione dei costi non ancora ammortizzati, con conseguente flessione del gettito. Inoltre, l'introduzione della CFT o DBCFT disattiverrebbe tutti gli accordi di cooperazione per la lotta all'evasione fiscale che presuppongono sistemi di tassazione omogenei e sarebbe applicabile nei soli Paesi che vi abbiano volontariamente aderito, comportando l'intensificarsi, in quelli non aderenti, del fenomeno del *profit shifting*.²¹¹

Conclusivamente, le difficoltà che inevitabilmente si presenterebbero nell'abbandonare il principio dell'*arm's length principle* e nell'orientarsi verso il *formulary apportionment*, considerati anche i tempi ristretti per elaborare soluzioni successive al progetto BEPS, ha spinto l'OCSE a prediligere soluzioni di modifica delle regole già esistenti piuttosto che di riforma della disciplina del *transfer pricing*, perseguendo nel solco del criterio della *value creation* e delle connesse criticità.

²¹⁰ AUERBACH A. - DEVEREUX M. - KEEN M. - VELLA J., *Destination-Based Cash Flow Taxation*, Oxford University Centre for Business Taxation, working paper n.17, 2017.

²¹¹ CARPENTIERI L. - MICOSSÌ S. - PARASCANDOLO P., *Tassazione d'impresa ed economia digitale*, Note e Studi Assonime, giugno 2019.

2.3 La catena del valore: da Porter al *Value Shop*

Ribadita, dunque, la necessità di assumere la creazione di valore come nuovo criterio di allocazione dei redditi cui collegare l'imposizione fiscale, occorre prendere in esame i diversi significati da attribuirsi a tale espressione secondo le varie teorizzazioni che si sono susseguite, a partire da quella elaborata dal Porter al più attuale *value shop*.

La digitalizzazione dell'economia ha avuto, per le imprese che se ne sono avvalse, non solo l'effetto di sviluppare nuovi prodotti e servizi, ma veri e propri mutamenti strutturali che hanno inciso sui relativi modelli di *business*,²¹² incluso il processo di creazione di valore. Le molteplici modalità di creazione del valore ad oggi messe a punto possono essere classificate, secondo un ordine di progressiva digitalizzazione, in tre gruppi: catena del valore, *value network* e *value shop*.

Circa a metà degli anni '80 Michael Porter diede inizio alle teorizzazioni in merito alla "catena del valore" con tale espressione intendendo uno strumento fondamentale nella teoria del *business*, utile a valutare in modo dinamico il vantaggio competitivo²¹³ di un'azienda, in termini di raggiungimento, mantenimento e preservazione del vantaggio stesso.

L'autore, nello studio della catena del valore, ha analizzato l'attività d'impresa in segmenti separati, al fine di individuare, in relazione ai diversi stadi della produzione, quello al quale corrisponda un prezzo superiore oppure un minor costo, quale maggior valore.

Dalla sua diffusione, la primigenia teorizzazione della catena del valore elaborata da Porter ha suscitato diverse critiche, per lo più legate al contesto della digitalizzazione, quali:

- l'incapacità di registrare il valore creato dai flussi di informazioni;
- la non immediata adattabilità ad imprese che non fossero nazionali;
- la limitata applicabilità ai servizi.

Circa il primo profilo di criticità, esso è legato essenzialmente alla visione di *internet* - e della sua capacità di trasmissione efficiente e rapida dei dati e delle informazioni - da Porter considerato mero fattore di incremento dell'efficienza e non vera e propria

²¹² BRYNJOLFSSON E. - MCAFEE A., *Will Humans Go the Way of Horses*, *Foreign Affairs*, Vol. 94, 2015.

²¹³ PORTER M., *Competitive Advantage Creating and Sustaining Superior Performance*, The Free press, New York, 1985.

alternativa alla strategia aziendale.²¹⁴ Da qui l'introduzione, da parte di Rayport e Sviokla ²¹⁵ del concetto di “*catena del valore virtuale*”, ad indicare come il valore potesse essere creato anche dalle informazioni acquisite nel corso delle attività primarie.

Con riguardo alla portata nazionale dell'originaria formulazione di “catena del valore”, la crescente frequenza con cui i processi di produzione si estendono in più giurisdizioni fiscali, ha portato all'introduzione del “*concetto della catena del valore globale*”²¹⁶ che esprime l'esigenza di coordinare le attività commerciali svolte su diversi territori anche grazie alla diffusione dell'economia digitalizzata.

Il terzo profilo di criticità è insito al concetto stesso di creazione di valore, configurato come processo sequenziale di conversione di *input* in *output* (tipico di una tradizionale linea di produzione di beni materiali), e più difficile da immaginare per la produzione di servizi.

A porre rimedio a tali limiti, Stabell e Fjeldstad ²¹⁷ hanno chiarito che la catena di valore di Porter è solo una delle tre possibili configurazioni. Infatti, accanto all'idea tradizionale secondo la quale la creazione inizia con le materie prime e termina con un prodotto finito, è possibile ipotizzare altri due modelli alternativi: il *value network* ed il *value shop*.

Per comprendere la differenza tra i tre modelli alternativi - fermo restando che si tratta di un tentativo di razionalizzazione che non sempre trova esatta corrispondenza nella molto più variegata realtà - occorre immaginare il primo (catena del valore tradizionale) tipico delle imprese nelle quali il valore è creato sulla base di un processo di produzione lineare quali, ad esempio, le imprese manifatturiere tradizionali verticalmente integrate, ed applicare il concetto di *value network*, invece, alle aziende che, ad esempio, creano piattaforme multilaterali, in cui il valore è originato dal collegamento tra più utenti, in grado di comunicare mediante una rete di relazioni resa più agile dalla tecnologia.

²¹⁴ PORTER M., *Strategy and the Internet*, Harvard Business Review, Vol 79/3, 2001.

²¹⁵ RAYPORT J., - SVIOKLA J., “*Every business today competes in two worlds: a physical world of resources that managers can see and touch and virtual world made of information. The latter has given rise to the world of electronic commerce, a new locus of value creation.*” In *Exploiting the Virtual Value Chain*, Harvard Business Review, 1995.

²¹⁶ Per ulteriori approfondimenti circa la “catena del valore globale”, si veda il paragrafo 2.4.2 del presente elaborato.

²¹⁷ STABELL C. - FJELDSTAD O., *Configuring value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks*, Wiley, 1998.

In ultimo, il concetto di *value shop*, diverso sia dai processi di produzione lineare che dall'attività di intermediari su mercati multilaterali, si adatta alle imprese nelle quali la creazione di valore proviene dalle risorse *hardware* e *software* utilizzate per risolvere problemi o richieste del cliente.

Tornando ora al primo dei modelli, quello più tradizionale della catena del valore basica, esso ben si adatta ad un'impresa fondata su una tecnologia di concatenamento²¹⁸ in cui il valore è creato grazie alla conversione di *input* in *output* attraverso attività sequenziali separate ma correlate.²¹⁹ In essa possono distinguersi cinque attività primarie e quattro attività di supporto, l'efficacia delle quali dà origine al margine di profitto.

Secondo Porter, al novero delle attività primarie, finalizzate alla produzione, alla vendita ed alla distribuzione di un prodotto ²²⁰ e che consentono di controllare i margini di vantaggio competitivo,²²¹ appartengono:

- attività logistica in entrata: vi rientrano tutte le attività connesse alla ricezione, stoccaggio delle materie prime e gestione, in genere, del magazzino (gestione dei materiali, pianificazione del controllo dell'inventario e dei resi ai fornitori);
- attività operativa: include le funzioni strettamente legate alla produzione di beni e servizi, relative alla trasformazione degli *input* nel prodotto finale (lavorazione, assemblaggio, confezionamento, manutenzione dei beni strumentali); questa è la fase di maggiore incisività strategica in quanto da tali attività dipende l'offerta dei prodotti, la conseguente presenza dell'azienda sul mercato e lo stesso vantaggio competitivo;

²¹⁸ Con l'espressione "*tecnologia di concatenamento*", si intende un processo produttivo consistente in una sequenza fissa di fasi atte a trasformare input standardizzati in output standardizzati.

²¹⁹ THOMPSON J., *Organizations in action: social science bases of administrative theory*, Transaction publishers, 1967.

²²⁰ E' da aggiungere che Ogni attività primaria può essere, a sua volta, suddivisa in sub-attività distinte. Per esempio, in un'azienda farmaceutica le attività produttive primarie possono essere distinte in: a) la ricerca finalizzata alla scoperta di un nuovo farmaco, b) i test clinici di un potenziale nuovo farmaco e l'approvazione legale, c) il brevetto e la produzione.

²²¹ PORTER M., Secondo il suo modello di *vantaggio competitivo*, una strategia competitiva agisce in maniera offensiva o difensiva per creare una posizione tutelata in un determinato settore, ovvero per far fronte con successo alle forze competitive e generare un ROI superiore. Infatti, per l'Autore, la base per una performance superiore alla media in un determinato settore, è rappresentata dal vantaggio competitivo sostenibile, in una delle due tipologie: leadership di costo, ove lo scopo sia produrre a basso costo tramite economie di scala, e leadership di differenziazione, ove l'azienda miri ad una posizione di esclusività nel proprio settore sotto alcuni profili positivamente valutati dai consumatori. Così in *Strategia e competizione. Come creare, sostenere e difendere il vantaggio competitivo di imprese e nazioni*, Il Sole 24 Ore, 2° edizione, 2007.

- attività logistica in uscita: si riferisce alla serie di attività di raccolta, conservazione e distribuzione del prodotto agli acquirenti, come ad esempio, lo stoccaggio dei prodotti finiti, la gestione degli ordini e la pianificazione di impiego dei materiali;
- attività di *marketing* e vendita: comprende tutto ciò che riguarda la presenza del prodotto sul mercato e si sostanzia nell'attività di promozione e di gestione del processo di vendita, attività strategiche nel potenziale aumento del vantaggio competitivo rispetto alle altre aziende mediante il rafforzamento dell'immagine del prodotto o del servizio offerto;
- attività post-vendita: insieme di funzioni correlate alla fornitura di prodotti e servizi e finalizzate a migliorare o mantenere il valore del prodotto (come l'installazione, la riparazione e fornitura di parti di ricambio ed ogni altro tipo di assistenza al cliente) anch'esse potenzialmente strategiche per incrementare il vantaggio competitivo dell'azienda.

Alle descritte attività primarie si affiancano, a supportarle, le seguenti, ulteriori quattro funzioni che, pur non direttamente partecipando del processo produttivo, hanno particolare rilevanza per la buona riuscita del prodotto/servizio e valgono, comunque, ad incrementare il vantaggio competitivo:

- l'approvvigionamento delle risorse necessarie alla produzione;
- la gestione delle risorse umane: ad includere tutti i processi di ricerca, selezione, assunzione, formazione e gestione degli attuali e futuri dipendenti;
- lo sviluppo delle tecnologie: comprende tutte le attività di ricerca e sperimentazione per il miglioramento dei prodotti e dei processi di produzione;
- le attività infrastrutturali che fanno riferimento a tutte le funzioni legate all'infrastruttura (pianificazione, contabilità finanziaria, organizzazione affari legali e gestione del contenzioso).

Certamente un modello così concepito trova naturale applicazione alle aziende di grandi dimensioni nelle quali sono presenti tutte o quasi tutte le attività principali e di supporto appena descritte. Anche per le aziende di minore dimensione, tuttavia, il modello di Porter costituisce un valido spunto cui ispirarsi per mantenere il vantaggio competitivo.²²²

²²² BVOLUTION, *La catena del valore di Porter per creare un vantaggio competitivo*, 12 gennaio 2018,

<https://bvolution.it>;

LEO M., op.cit.

Un'ulteriore circostanza merita di essere considerata: il passaggio, intervenuto tra il ventesimo ed il ventunesimo secolo, dalla produzione di massa dei prodotti alla produzione di massa dei servizi.

Tale cambiamento è senz'altro frutto anche della digitalizzazione che ha dato maggiore impulso alla fornitura di servizi, piuttosto che alla produzione di beni materiali e mostra più appropriato - rispetto alla catena di valore tradizionale soprattutto con riguardo ai *business* basati su piattaforme multilaterali - il concetto di *value network* ²²³, riferimento più adatto ad esaminare la produzione di valore in molte aziende digitalizzate.

I *value network* si basano essenzialmente su una tecnologia di mediazione, utilizzata dagli operatori di piattaforme per collegare i potenziali clienti interessati ad una transazione o relazione e per mettere in contatto utenti finali variamente distribuiti nello spazio e nel tempo.²²⁴

L'espressione "*value network*", infatti, pone l'accento sulla realizzazione di una rete che unisce gli utenti, fornendo, per ciascuno di essi, creazione di valore, rappresentato dall'organizzazione e dalla facilitazione dello scambio. La rete può formarsi grazie a collegamenti diretti, quando il *social network* fornisce dati offerti volontariamente (recapiti telefonici o nomi utenti) consentendo a soggetti che altrimenti non avrebbero avuto possibilità di contatto, di entrare direttamente in relazione tra loro, ma può anche essere indiretto, come nelle banche o nelle assicurazioni, ove gli utenti non entrano direttamente in contatto tra loro ma sono tutti connessi ad un gruppo comune di fondi. Il *value network* basilico è composto da tre attività primarie unitamente alle quattro attività di supporto già analizzate nell'esposizione della catena del valore di Porter. Le attività primarie nel *value network* sono:

- promozione della rete e gestione degli ingressi: comprende tutte le funzioni di invito dei potenziali utenti ad unirsi alla rete, congiuntamente alle funzioni di selezione degli utenti cui consentire di associarsi, nonché le attività di inizio, gestione e cessazione dei contratti che disciplinano la fornitura del servizio;

²²³ KENTON W., *Value Network*, Maggio 2019, <https://investopedia.com>.

²²⁴ Altri esempi di *value network* sono le agenzie di impiego che mettono in relazione datori di lavoro ed aspiranti lavoratori, così come le banche che uniscono investitori e soggetti che accedono al credito.

HAGEL J. - SINGER M., *Unbuilding the corporation*, Harvard business review, 1999, Vol.77/2.

²²⁴ LEO M., op cit., ove l'Autore osserva che i problemi del cliente possono essere considerati come la differenza tra uno stato esistente ed uno stato desiderato. In un'economia digitalizzata, le operazioni non digitalizzate potrebbero rappresentare lo stato esistente mentre le operazioni digitalizzate basate sul *cloud* rappresentare invece lo stato desiderato. Il *problem solving* (creazione di valore) consente il passaggio da uno stato ad un altro tramite l'impiego della tecnologia intensiva.

- fornitura del servizio: include attività che riguardano l'installazione, il mantenimento e la cessazione dei collegamenti (simultanei come nei servizi telefonici o cronologicamente disallineati come nel servizio di posta elettronica) tra utenti; comprende altresì l'addebito del corrispettivo per il valore ricevuto;
- attività di infrastruttura di rete: si fa riferimento alle funzioni correlate all'istituzione, al mantenimento ed alla cessazione dei collegamenti alla rete ed all'addebito per il valore ricevuto.

Se le modalità con cui un *business* si realizza sono strettamente connesse alla natura dei prodotti e dei servizi forniti, può osservarsi che, mentre nella catena del valore tradizionale, esso si svolge secondo un processo sequenziale, nel *value network* la realizzazione del *business* si svolge in una dimensione contestuale.

Il reddito prodotto nei *value network* non giunge al termine di un processo produttivo ma può essere dato dal pagamento di tariffe di abbonamento (*LinkedIn Premium*) o a consumo (*Blablacar*). In altre ipotesi, invece, come nei *social network*, (*Instagram*, *Facebook*) il *business* è rappresentato da uno scambio, in quanto all'accesso alla piattaforma non corrisponde il versamento di una tariffa, bensì la fornitura, da parte dell'utente di *input*, di un'informazione personale riguardo i propri interessi e gusti, spendibile dall'operatore della piattaforma per generare profitto mediante pubblicità personalizzata oppure da mettere, previo consenso dell'interessato, in condivisione con altri utenti, in modo di aumentare il valore e l'appetibilità della piattaforma. Questi due obiettivi, tipici dei *social network*, rappresentati, da un lato, nel mettere in collegamento gli utenti tra loro e, dall'altro, nel consentire a chi vuole pubblicizzare i propri prodotti o servizi sulla piattaforma di raggiungere i potenziali clienti in modo più efficiente perché personalizzato, sono complementari tra loro, in quanto il raggiungimento del primo alimenta ed incrementa le possibilità di successo del secondo.²²⁵

Attualmente diversi e variegati sono gli esempi di piattaforme multilaterali che utilizzano il *value network* per la creazione del valore, quali gli intermediari dell'*e-commerce* (*AliExpress*), le aziende di consumo collaborativo (*Didi Chuxing*) ed i *social network* (*Twitter*).

Accanto al concetto di *value network*, che trova applicazione nelle aziende più digitalizzate, esistono altri modelli di *business* nei quali la fornitura di servizi non dipende dalle relazioni di rete.

²²⁵ LEO M., op.cit.

Si tratta del *value shop* che opera nei mercati multilaterali dove le relazioni intervengono solo con uno specifico tipo di utente o cliente.²²⁶

Il concetto di *value shop* è nato dalla prima elaborazione teorizzata da Thompson nel 1967 e successivamente completato da una più approfondita analisi condotta da Stabell e Fjeldstad nel 1998 a cui si deve peraltro la scelta del nome.²²⁷

Il carattere distintivo più evidente rispetto alla catena di valore di Porter è rappresentato dalla peculiarità che non ci si trova di fronte ad un processo fisso e sequenziale per creare valore, ma ogni esigenza o problema del cliente viene affrontata singolarmente per trovare una soluzione appropriata grazie ad elevate professionalità ed avanzata tecnologia.

Esempi di *value shop* si hanno in campo medico a scopo di diagnosi e cura, o in laboratorio per la ricerca e la sperimentazione universitaria, come anche nel campo della consulenza aziendale, attraverso l'analisi specialistica dei dati e lo sviluppo di *software*. In tutti questi casi il valore creato è pari alla differenza tra gap iniziale e stato finale del cliente ed è rappresentato dalla soluzione fornita.

Anche il *value shop* basico si compone di attività primarie, individuate nel numero di cinque:²²⁸

- identificazione del problema: è la prima delle attività, finalizzata all'individuazione ed alla formulazione in termini utili del problema del cliente cui si affianca un primo approccio di massima orientato alla soluzione dello stesso;
- *problem solving*: indica tutte le attività volte a trovare e valutare comparativamente le possibili soluzioni al problema da risolvere;
- scelta: sulla base delle precedenti attività, si procede alla scelta, vale a dire all'individuazione della soluzione da applicare;
- esecuzione: comprende tutte le attività inerenti alla comunicazione, organizzazione e implementazione della soluzione scelta;
- controllo e valutazione: insieme di attività che riguardano la misurazione e la valutazione del grado di soddisfazione raggiunto in merito al problema identificato tramite la soluzione scelta.

²²⁶ GOTTSCHALK P., *Knowledge Management Systems: Value Shop Creation*, Norwegian School of Management BI, Norway.

²²⁷ DI NUNZIO D., Fondazione di Vittorio, *Flessibilità e digitalizzazione del lavoro: forme organizzative, condizioni e soggettività*, <https://acedemia.edu>.

²²⁸ CHARLES B. - STABELL e ØSTEIN D. - FJELDSTAD, in *L'analisi della configurazione del valore*, 1998, in cui sono individuate le cinque attività principali dell'organizzazione.

Circa le attività di supporto, poi, Stabel e Fjeldstad, premesso trattarsi delle medesime descritte da Porter nella sua catena del valore, hanno evidenziato come nel *value shop* esse debbano trovare applicazione non in successione ma in concomitanza a quelle primarie.

In conclusione, la creazione di valore attraverso il *value shop* si presenta come un processo ad andamento ciclico, in cui l'attività di "valutazione" che segue quella di "esecuzione" può dare a sua volta l'avvio per l'"identificazione del problema" e per un nuovo ciclo di *problem solving*.

2.3.1 La Value Chain Management

Per *Value Chain Management* si intende una metodologia sistematica di gestione e coordinamento, utilizzata per rappresentare i processi che compongono la catena di valore dell'impresa, al fine di valutare le fonti del vantaggio competitivo attuale e potenziale dell'impresa stessa. ²²⁹

Un'analisi approfondita ed attenta del proprio *Value Chain Management* ²³⁰ consente di individuare le attività all'interno dell'impresa che producono valore, così da acquisire e conservare il vantaggio competitivo rispetto alle imprese concorrenti. Tale esigenza risulta ancor più pressante a fronte di un cambiamento dei modelli di catena del valore legato all'incremento dei rapporti commerciali transazionali ed allo sviluppo dell'economia digitale con la conseguente necessità, per le imprese, di monitorare costantemente la propria *Value Chain* in concomitanza al mutato contesto economico. Due sono gli elementi principali oggetto di osservazione da parte del *Value Chain Management*:

- le attività che producono valore;
- il margine di profitto.

²²⁹ KRAVITT D., *Cos'è la gestione della catena del valore e perché è importante*, in <https://www.precisionsg.com/>.

²³⁰ Il concetto è stato introdotto da PORTER M., "*Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*", New York, 1985, cit.

Per ulteriori approfondimenti, cfr. VALENTE P., in *Manuale del Transfer Pricing* e DELLA ROVERE A. - SCHIPANI P., in *Value Chain management*, IPSOA, 2007.

Secondo la definizione data da Porter, il margine di profitto serve ad indicare la differenza tra il valore totale creato dall'impresa per i clienti ed i costi sostenuti per svolgere le attività generatrici di valore.

Con riferimento a queste ultime, si richiama la suddivisione tra attività primarie e attività secondarie o di supporto, già illustrata al paragrafo 2.3.²³¹

Circa il vantaggio competitivo di un'azienda è noto come esso non trovi la sua origine nelle singole attività primarie o di supporto ma nella specifica capacità imprenditoriale di combinare le risorse possedute, e di generare *output* con caratteri specifici e differenziali rispetto a quelli delle imprese concorrenti.

Posto che l'obiettivo principale della gestione dei processi produttivi è la massimizzazione del valore e la minimizzazione dei costi, se ne ricava che il vantaggio competitivo può atteggiarsi secondo due diverse forme:

- con riferimento ai costi;
- con riferimento ai caratteri di differenziazione del prodotto.

Un'analisi accurata della *Value Chain*, anche in un'ottica di pianificazione, comporta la verifica del contributo al margine di profitto fornito da ciascuna delle attività, unitamente all'esame dei costi che la caratterizzano.²³²

In una prospettiva più ampia, la *Value Chain* può essere vista come parte del sistema del valore, costituito dalla catena del valore di tutte le aziende che compongono la filiera produttiva (produttore, fornitore e distributore) nonché della catena del valore degli stessi clienti.

In base ai modelli di *Value Chain* elaborati negli ultimi anni, il *Value Chain Management* ha enucleato i seguenti elementi caratterizzanti:²³³

- abilità nell'allocazione delle risorse, nel senso di ottimizzazione di esse per la produzione di valore aggiunto ai prodotti/servizi forniti ai clienti;
- efficace gestione delle materie prime;
- raccolta e capacità di lettura dei dati, anche grazie all'utilizzo dell'*information technology*;

²³¹ JODLBAUER H. - OLHAGER J. - SCHONBERGER R. J., *Modelling Value, Selected Papers of the 1st International Conference on Value Chain Management*, 2011, University of Applied Sciences in Upper Austria, School of Management, Steyr, Austria.

²³² Così DELLA ROVERE A. - VINCENTI F. in *Rilevazione della gestione della Value Chain nelle imprese multinazionali*. Secondo gli Autori, l'analisi della catena del valore permette di identificare le aree di intervento che, per ciascuna attività, sono in grado di aumentare il profitto aziendale.

²³³ D'HEUR M., *Sustainable Value Chain Management: Delivering Sustainability Through the Core Business*, 2016, Springer International publishing Switzerland; BREITE R. - VANHARANTA H., *Value Chain Management in the Internet Environment*, 2002.

- *cost management*, diretto a monitorare le *performance* dei dirigenti anche in relazione all'efficacia della loro attività su piani a breve e a lungo termine;
- generazione del margine di profitto;
- generazione del margine di valore, individuabile nella disponibilità del cliente a pagare per un prodotto o un servizio;
- capacità di *networking*, intesa come capacità ed adeguatezza della *Value Chain* ad entrare in contatto con l'ambiente esterno;
- flessibilità, rappresentata dalla capacità della *Value Chain* di rispondere in maniera elastica ai cambiamenti esterni, assumendo ove possibile anche il ruolo di *market driver*;
- grado di interazione con i fornitori, nel senso di una costante esistenza di flussi fisici e informativi bidirezionali con i fornitori, secondo un *lean concept*²³⁴ e un approccio JIT (*Just in Time*);
- impiego delle più moderne applicazioni di *internet* nella costruzione della *Value Chain*;
- predisposizione a divenire *impresa estesa*, nel senso di favorire la condivisione di informazioni tra *partners* della *Supply Chain* correlata e propedeutica al miglioramento dei flussi fisici lungo la catena;
- predisposizione a divenire *impresa virtuale* e flessibilità ad esternalizzare parte delle attività.

Il *Value Chain Management*, grazie al suo apporto fondamentale ad una efficace gestione del flusso di produzione, si presenta, dunque, come elemento imprescindibile ai fini dell'ottimizzazione di tutte le operazioni aziendali e della massimizzazione dei profitti.

I vantaggi da esso derivanti sono ravvisabili, anzitutto, nella maggiore capacità di acquisire, tracciare e gestire le esigenze dei clienti - anche in vista della realizzazione di processi standardizzati e di una migliore gestione dei fornitori; nella più attenta ed aderente attività di progettazione, pianificazione, approvvigionamento e produzione, non disgiunta da stime dei costi più analitiche; nel miglioramento dell'assistenza post-vendita al cliente; nella più incisiva efficacia del *marketing*; in una prospettiva di più lungo termine, nello sviluppo di *team* interfunzionali capaci di pianificare e costruire in modo più efficace progetti simultanei; infine, nel raggiungimento dell'obiettivo di

²³⁴ Con il *lean concept* si tende a concentrare l'utilizzo della risorsa sulla sola parte che si considera strettamente necessaria, corrispondente a ciò che il cliente riconosce come valore e per il quale è disposto a pagare. Sul punto, cfr. WOMACK P. e JONES D.T., *Lean thinking*, 2003; MANN D.W., *Creating a Lean Culture*, 2005.

riduzione dei costi e, quindi, del conseguimento di notevoli risparmi e margini di profitto, per la costruzione di un maggiore successo complessivo dell'impresa.²³⁵

2.3.2 La *Global Value Chain*

Un fenomeno particolare che si è andato affermando negli ultimi vent'anni è rappresentato dal progressivo mutamento del commercio internazionale che, da un modello di scambio di beni (*trade-in-goods*) si è trasformato in un modello di scambio di funzioni per la produzione di quei beni (*trade-in-tasks*).²³⁶

All'origine di tale fenomeno si pongono la globalizzazione della produzione e la conseguente espansione del commercio internazionale che hanno condotto a prendere in esame nuovi aspetti quali la frammentazione della produzione, la delocalizzazione, l'*outsourcing*, l'*offshoring*²³⁷ e la specializzazione verticale.

Il risultato più evidente di tale fenomeno è rappresentato dal fatto che la produzione, gli scambi commerciali e gli investimenti non sono più considerati come processi isolati bensì complessivamente inseriti all'interno delle cosiddette catene del valore globali (GVC) che vedono le diverse fasi del processo produttivo svolgersi in diversi Paesi, con una sempre maggiore dispersione internazionale delle attività partecipate della catena del valore, come la fase di progettazione, di produzione, di *marketing* e di distribuzione.²³⁸

Se, dunque, le diverse attività che confluiscono nella catena del valore, in un respiro globale, sono svolte in diversi Paesi, anche l'individuazione di una corretta ed efficace strategia commerciale non può prendere a riferimento esclusivamente il Paese della

²³⁵ KRAVITT D., op.cit.

²³⁶ Il Sole 24 ORE, *Global Value Chains*, 2016.

²³⁷ Il termine inglese *outsourcing*, letteralmente traducibile con l'espressione *approvvigionamento esterno*, si riferisce all'esternalizzazione dei servizi cui possono far ricorso un'impresa privata o un ente pubblico per lo svolgimento di alcune parti dei processi produttivo o di supporto. Cfr. <https://www.pcsviluppo.com>. Con il termine, anch'esso inglese, *offshoring*, letteralmente traducibile con *delocalizzazione*, il riferimento, invece, è al ricorso ad altre imprese per il processo produttivo o quello di supporto. La sostanziale differenza tra i due concetti si evidenzia ove si rilevi che con il secondo, l'*offshoring*, il committente è in grado di svolgere autonomamente e con mezzi propri l'attività oggetto di contratto, mentre con l'*outsourcing* il committente dipende totalmente dal fornitore, non essendo in grado di svolgere autonomamente l'attività. Cfr. <https://www.investireoggi.it/>.

²³⁸ OECD, *Global Value Chains (GVCs)*, <https://www.oecd.org>.

sede dell'impresa che non ne rappresenta più, almeno in modo esclusivo, l'identità economica.

E' normale, infatti, che, mentre la sede principale resti solitamente nel Paese di costituzione della società, le linee di produzione e la relativa manodopera siano spesso trasferite in Paesi con un livello salariale più basso, mentre la commercializzazione e la distribuzione dei prodotti segua, invece, il mercato del consumatore finale.

Un'organizzazione delle attività aziendali variamente distribuita in diversi luoghi comporta la necessità di comprendere come la creazione di valore avvenga e sia ripartita tra le diverse componenti e tra le diverse fasi,²³⁹ considerato che solitamente le fasi relative al *branding*, al *design* ed allo sviluppo sono quelle a maggiore creazione di valore rispetto, ad esempio, a quelle di assemblaggio.

Pertanto, il tradizionale e principale obiettivo di riduzione dei costi deve essere perseguito in un'ottica di internazionalizzazione delle filiere, con le inevitabili incertezze che tale fattore comporta, arginabili solo grazie ad una crescente flessibilità. L'internazionalizzazione e la globalizzazione impongono scelte strategiche fondamentali che, ad esempio, nel procurarsi beni intermedi, non si muovono più nell'ambito della semplice alternativa tra l'integrazione verticale e le transazioni di mercato, ma che si orientano all'interno di un sistema di reti di imprese, con lo scopo di raggiungere la migliore combinazione sia nella ripartizione tra attività svolta nel territorio nazionale e attività svolta all'estero sia nella distinzione tra attività svolta all'interno dell'impresa e attività da delegare ad altre imprese.

La scelta potrà variare a seconda che si decida di realizzare economie a monte o a valle del processo produttivo, atteso che tali posizionamenti possono variare e subire aggiustamenti nel tempo.

Considerando tali fenomeni dal lato dei Governi, occorre altresì rilevare come per un Paese sia fondamentale avere un gran numero di imprese in grado di ricoprire ruoli importanti all'interno delle *Global Value Chain*:

“the evolution of global-scale industrial organization affects not only the fortunes of firms and the structure of industries, but also how and why countries advance – or fail to advance – in the global economy” ²⁴⁰

²³⁹ Rapportando quanto appena detto ad un'azienda automobilistica americana, si faccia il seguente caso: il 30% del valore si origina in Corea, il 17,5% in Giappone, il 7,5% in Germania, il 4% a Taiwan e Singapore, il 2,5% nel Regno Unito, l'1,5% in Irlanda e il 37% è generato negli Stati Uniti.

Si veda VANNONI D., paper *L'approccio delle catene globali del valore nella letteratura*.

²⁴⁰ GEREFFI G., *The Governance of Global Value Chains*, in *Review of International political economy*, 2005.

Da qui l'importanza, per un'impresa, di posizionarsi e, per un Paese, di avere il maggior numero di imprese posizionate in quelle fasi della catena globale ove si verifica la maggiore creazione di valore. Per raggiungere tale scopo entrambe le entità (impresa e Stato) pongono in essere strategie autonome per scalare la catena ed assicurarsi una maggiore quota di ricchezza.

Quando si fa riferimento al concetto di valore, tuttavia, è opportuno precisarne l'esatta portata ed in tal senso ne sono state teorizzate le tre principali misure:

- **Profitti:** la distribuzione dei profitti è spesso utilizzata, nella *value chains analysis*, come indicatore primario delle quote di reddito globale. La misura più adatta è in genere ritenuto il ROI ²⁴¹, un indice di bilancio che esprime la redditività del capitale investito;
- **Valore aggiunto:** anche il valore aggiunto e la sua distribuzione lungo le varie fasi della catena rappresentano ulteriori indicatori per misurare le varie quote di reddito, essendo tuttavia necessario, a tale fine, scomporre la catena per determinare il valore apportato al prodotto finale da ciascuna fase e, sotto il profilo del luogo di produzione del valore, guardare alla distribuzione tra i territori dei diversi Paesi, anche sulla base dei dati internazionali su importazioni ed esportazioni;
- **Maggiorazioni di prezzo:** tale criterio è impiegato sul presupposto secondo cui ad un maggior margine sulle vendite corrisponda una quota maggiore di rendite dalla catena, con la conseguenza che le maggiorazioni di prezzo dovrebbero essere indicative di produzioni di valore; tuttavia tale collegamento non sempre risulta affidabile a causa degli ulteriori fattori che intervengono lungo la catena, quali il volume di transazioni effettuate e le diverse attività che sottendono gli incrementi di prezzo.

Tra i vantaggi derivanti dalla partecipazione ad una *Global Value Chain*, si pongono anche gli incrementi dei tassi di crescita delle attività interne e occupazionali.²⁴²

²⁴¹ Circa il concetto di ROI (Return On Investment), le principali criticità sono state ravvisate nell'idoneità ad esprimere la sola redditività del capitale, senza fornire conto dei ricavi derivanti da tutti gli altri fattori della produzione, nonché la difficoltà nell'ottenere dati ufficiali sui tassi di profitto delle imprese.

²⁴² La leva per l'*upgrading* all'interno della *Global Value Chain* è costituita da una serie di fattori tra cui i servizi offerti e la *governance*. La collocazione delle imprese nazionali in una posizione di successo all'interno della *Global Value Chain* permette ad un Paese di acquisire una quota maggiore di benefici e di accelerare il processo di industrializzazione, grazie all'accesso ad una rete di produzione internazionale in cui gli "*inputs intermedi*", acquisiti ai diversi livelli, trovano attuazione nel proprio territorio.

Alcuni autori²⁴³ hanno elaborato tre forme intermedie di organizzazione delle catene globali del valore, da collocarsi tra le due punte estreme date dall'integrazione verticale e dalle transazioni di mercato tra imprese indipendenti.

Più prossima all'integrazione verticale si trova quella che è stata definita rete *Captive*, caratterizzata dalla presenza di un'impresa dominante nella filiera che si approvvigiona da fornitori i quali, impiegando impianti e macchinari costruiti sulle specifiche esigenze del cliente e producendo componenti non standardizzate, non si trovano in posizione subordinata all'impresa principale e potenzialmente sono in grado di offrire i loro beni anche ad altri committenti.²⁴⁴

Il secondo modello è definito *Relazionale*. In esso il ruolo dell'impresa principale è ancora dominante ma i prodotti presentano un maggior grado di standardizzazione e le imprese sono unite da legami di tipo fiduciario. Più vicini allo schema delle transazioni di mercato si pongono, infine, i *networks* di tipo *Modulare*, ove il potere è uniformemente distribuito tra imprese che operano nelle fasi della produzione poste a monte ed imprese impegnate nelle attività poste a valle. In tale modello i fornitori si caratterizzano per offrire servizi e prodotti "chiavi in mano", il che rende non difficoltoso rimpiazzare le relazioni costruite con clienti e fornitori con nuovi rapporti. Utili ad orientarsi nella scelta tra le forme organizzative intermedie appena descritte sono specifici fattori, quali la competenza dei fornitori, il livello di complessità delle transazioni e la capacità di codificarle.²⁴⁵

La rapida mutevolezza della *Global Value Chain*, inoltre, comporta anche futuri costi di adeguamento che si rende necessario considerare in ragione dello sviluppo di nuove attività e del recedere di altre.

Ad evitare tale *trade-off*, si impongono da parte dei Governi, sin d'ora, politiche trasversali del mercato del lavoro, investimenti in materia di istruzione, formazione professionale, tecnologie ed infrastrutture strategiche.

Naturalmente, tanto più l'attività imprenditoriale ha una dimensione globale, frammentata e differenziata in più aree, tanto più si avverte l'esigenza di una funzione di strategia e controllo della *Global Value Chain* e l'opportunità di un'integrazione

²⁴³ GEREFFI G. - KORZENIEVICZ M., *Commodity Chains and Global Capitalism*, 1994.

²⁴⁴ HUMPREY J.- SCHMITZ H. in *Developing Country Firms in the World Economy: Governance and Upgrading in Global Value Chains*, INEF Report, 2002, tracciano la distinzione tra fornitori che instaurano relazioni gerarchiche con i committenti (fornitori *Captive*) e le reti di aziende che cooperano in funzione delle competenze complementari.

²⁴⁵ La scelta è orientata verso reti di tipo *Captive* se le transazioni sono complesse, non codificate e con fornitori poco competenti. Ove, invece, le transazioni siano complesse, codificate e con la presenza di fornitori competenti, la scelta volgerà verso network di tipo *Modulare*.

funzionale tra le attività frammentate sul territorio. In tal senso si può distinguere tra *producer - driven*, catena comandata dai produttori, tipica delle aziende manifatturiere del settore automobilistico, elettronico e meccanico e *buyer - driven*, catena comandata dagli acquirenti, tipica delle aziende di distribuzione e marketing che decentralizzano la rete produttiva in Paesi in via di sviluppo.

Nella *GVC*, inoltre, occupano un ruolo di sicuro rilievo i servizi, come anche l'interconnessione, entrambi utili a migliorare il coordinamento delle attività d'impresa ma anche a generare autonomo e maggiore valore.

Infine, nella nuova economia globale, alla creazione di valore concorrono non solo gli *input* fisici ai quali sono pienamente equiparati i beni immateriali, ma anche una profonda conoscenza dei mercati esteri nonché un elevato livello di qualità ed affidabilità oltre al raggiungimento di standard globali dei prodotti.²⁴⁶

Un'ultima notazione circa le *Global Value Chains* riguarda, infine, l'ambito di operatività di ciascuna di esse la quale più che globale, è destinata ad assumere una più proficua dimensione continentale, attesa la relativa operatività su un territorio più ampio di quello nazionale ma che al contempo non coinvolge tutti i Paesi ma molto frequentemente quelli appartenenti ad una medesima area continentale così che risulta, in conclusione, più corretto far riferimento ad una *Continental Value Chain*.²⁴⁷

2.3.3 La Supply Chain

Le tecnologie digitali hanno agevolato il ricorso, soprattutto da parte di imprese di notevoli dimensioni, a fornitori esterni per lo svolgimento di diverse funzioni ed attività operative. Si fa riferimento, in particolare, alla c.d. *Supply Chain* ²⁴⁸, definibile come quel processo *end-to-end* che riguarda lo spostamento delle merci dai fornitori ai produttori, distributori, dettaglianti e infine ai clienti. La “catena di distribuzione”

²⁴⁶ “*Global Value Chains: OECD Work on Measuring Trade in Value-Added and Beyond*”, internal working document, Statistics Directorate, OECD, Paris.

²⁴⁷ BALDWIN R., *Global Supply Chains. Why they emerged, why they matter, and where they are going*, WTO Publications, 2013.

²⁴⁸ AITKEN J., *Supply Chain Integration within the Context of a Supplier Association*, Cranfield, 1999, ove, con l'espressione *Supply Chain* si intende “una rete di organizzazioni collegate e interdipendenti che lavorano insieme cooperando nel controllo, nella gestione e nel miglioramento dei flussi di materiali e informazioni dai fornitori ai clienti finali”.

è, quindi, un articolato processo che prende inizio dalle materie prime, prosegue con la realizzazione del prodotto finito e con la gestione del magazzino e termina con la fornitura del prodotto al cliente.

E' agevole rilevare come detto procedimento sia suddiviso in segmenti e come ogni *step* veda la partecipazione di figure professionali diverse.²⁴⁹

Appare utile evidenziare, inoltre, che alla *Supply Chain* afferiscono non solo funzioni ed attività interne all'azienda ma anche a questa esterne, tutte legate da unico raccordo collaborativo, accumulate dal condiviso scopo del miglioramento della *performance* aziendale.

Nella *Supply Chain* si muovono essenzialmente tre principali flussi: il flusso produttivo che riguarda i movimenti delle merci tra le parti; il flusso informativo che veicola i dati necessari per l'espletamento degli ordini; il flusso finanziario consistente negli scambi di natura finanziaria come anche nello scambio delle informazioni relative ai pagamenti.

Anche nella *Supply Chain* l'obiettivo perseguito è quello di ridurre al minimo i costi mantenendo la massima qualità del prodotto finale e, di conseguenza, la soddisfazione dei clienti.

In proposito, appare illuminante la definizione che della *Supply Chain* diede John Thomas Mentzer, secondo cui “*la gestione della Supply Chain è un sistematico coordinamento delle tradizionali funzioni aziendali e tattiche, prima all'interno di ogni azienda e poi lungo i vari membri della catena di distribuzione, con l'obiettivo di migliorare le prestazioni di lungo periodo dei singoli membri e dell'intera catena.*” Si assiste dunque ad un'evoluzione della *Supply Chain* nella gestione sincronizzata di produzione, vendita e consegna di beni (SCM).²⁵⁰

Questa evoluzione ha consentito la realizzazione del vantaggio competitivo grazie allo svolgimento di attività altamente rilevanti nel processo produttivo in modo più economico ed efficiente rispetto alle imprese concorrenti.

Si è sviluppato, in parallelo, anche il concetto di *Supply Chain Management*, rispetto al quale possono essere individuate almeno nove attività caratterizzanti: *marketing*; rapporti con i fornitori; approvvigionamenti; gestione e stoccaggio scorte materie prime; produzione; gestione e stoccaggio delle scorte di prodotti finiti; gestione degli

²⁴⁹ BUCAP, *Supply chain cos'è: la corretta gestione diventa vantaggio competitivo*, <https://www.bucap.it>.

²⁵⁰ CHRISTOPHER M., *Supply Chain Management*, Milano, 2005, ove, per *Supply Chain Management (SCM)* si intende “*la gestione delle relazioni a monte e a valle con i fornitori e i clienti per distribuire un valore superiore nel mercato finale rispetto ad un costo inferiore in relazione alla Supply Chain globale*”. Ulteriori approfondimenti in VALENTE P. – IANNI G. – ROCCATAGLIATA F., *Economia Digitale e Commercio Elettronico: Fiscalità in internet nella gestione di impresa*, IPSOA, 2015.

ordini d'acquisto; gestione delle consegne e della logistica di ritorno. Lo svolgimento di tali attività può avvenire sia internamente (gestione endoaziendale) che esternamente (attraverso l'*outsourcing*).

Ai vantaggi che tradizionalmente la catena del valore produce, la *Supply Chain Management* aggiunge i seguenti, ulteriori benefici:²⁵¹

- riduzione del capitale circolante, in quanto un'efficiente gestione della *Supply Chain* implica, anzitutto, un'accorta previsione delle esigenze del mercato e, di conseguenza, una riduzione delle scorte e quindi del capitale investito;
- riduzione dei costi e miglioramento dei tempi d'attesa tra ordine e consegna e della gestione del cliente, ivi compresi i servizi post-negoziati che migliorano la percezione dell'azienda sul mercato;
- maggiore rapidità dei tempi di realizzazione di nuovi prodotti che vedono ridotto il *time to market* ed accresciuta la possibilità dell'azienda di conquistare nuove fette di mercato;
- miglioramento della flessibilità della produzione grazie all'interazione con i clienti che consente di anticipare la domanda e, grazie alle migliori relazioni con i fornitori, di pianificare più proficuamente l'inventario.²⁵²

Sulla catena del valore possono incidere anche variabili esterne, a rendere più complessa l'attività di coordinamento dei flussi materiali e di gestione delle *operations* sia verso i clienti che i fornitori. In ogni caso, il potenziamento delle *performance* interne porta con sé l'incremento anche della competitività esterna dell'azienda.

La digitalizzazione, infine, rende tale processo di efficientamento ancora più rapido e proficuo in quanto, grazie al coordinamento anche da remoto, di componenti strategiche della catena, è possibile realizzare economie di scala nella gestione delle risorse e nella riduzione dei prezzi.

Pertanto, anche di fronte ad un *business* globale, grazie alla tecnologia, diviene realizzabile il coordinamento della catena di valore incidendo sulle singole attività, a prescindere dalla giurisdizione nella quale esse sono concretamente svolte.

²⁵¹ SMET, *Supply Chain, come gestire una moderna catena di distribuzione*, 24 maggio 2019, <https://www.smet.it>.

²⁵² CISCO SYSTEMS, *Gestione della Supply Chain*, seminario online, <https://www.cisco.com>.

2.3.4 La *Value Chain* nelle multinazionali

Si è detto, al par. 2.3.1 dell'obiettivo perseguito dal *Value Chain Management* e consistente nell'individuazione del valore lungo la *Value Chain*.

Secondo il livello di impiego della tecnologia e della conoscenza, si possono individuare quattro differenti tipologie di *Value Chain*:

- *Static Value Chain*: si riferisce alla descrizione funzionale delle attività di un'impresa, colta in una certa fase della sua vita, con esclusione dei rapporti con i fornitori e i distributori. Le *Value Chain* che si collocano in tale prima categoria si distinguono per una particolare efficienza nel *cost management*, nel generare *profit margin*, nell'allocare risorse e nel produrre *value margin*;
- *Virtual Value Chain*: si caratterizzano per il sostanzioso impiego dell'*information technology* e per l'integrazione della *Supply Chain* nella *Value Chain* sia nella produzione dei beni, che nella raccolta e nell'utilizzo delle informazioni che nella conoscenza del mercato. Le *Value Chain* che rientrano in tale categoria si riconoscono per la particolare abilità nell'uso della tecnologia;
- *Knowledge focused Value Chain*: anche tale tipologia prevede un utilizzo consistente dell'IT che, tuttavia, a differenza dello schema precedente, assume il modello di *Value Chain market driven*, particolarmente attenta ai cambiamenti del mercato e caratterizzata dall'abilità nel seguire i cambiamenti esterni e nell'integrarsi con i clienti, mettendo in relazione *retailer*, distributori e clienti;
- *Dynamic value chain* presenta tutte le principali caratteristiche delle tipologie precedentemente descritte: si incentra su una visione *network* della *Value Chain* con un consistente utilizzo dell'IT ed una forte correlazione con la *Supply Chain*, nonché su un flusso continuo e trasparente di scambio di informazioni con i fornitori e i clienti.

Un cenno a parte merita l'esame della rilevanza delle *Value Chain* nelle imprese multinazionali.²⁵³

In particolare, è a partire dagli anni Sessanta che un grande numero di imprese ha avvertito l'esigenza, sotto la spinta dello sviluppo del commercio internazionale e delle

²⁵³ DELLA ROVERE A. – VINCENTI F., op. cit.

numerose innovazioni tecnologiche, di superare i confini dei Paesi d'origine per ottenere vantaggi competitivi sui propri concorrenti.

L'essenza principale di un'impresa multinazionale può essere colta nell'unità dell'organismo economico, a fronte di una pluralità di organizzazioni giuridicamente rilevanti in più Paesi mediante le quali tale organismo esercita l'attività economica.

Dunque, all'unicità sotto il profilo economico si contrappone la pluralità sotto il profilo giuridico, anche se è stato rilevato come sia impropria l'espressione di impresa multinazionale, considerato che le società operanti nei singoli Paesi sono pur sempre nazionali.²⁵⁴

Il processo di globalizzazione tuttavia compie un ulteriore passo in avanti trasformando l'impresa multinazionale in impresa sovranazionale o transnazionale che, a differenza della prima, pur sempre soggetta all'ordinamento giuridico del Paese in cui la singola attività si svolge, è svincolata dalle politiche e dalle legislazioni di un singolo Stato per essere soggetta solo alla disciplina dettata a livello internazionale. A tale tipologia appartengono grandi imprese con la propensione ad allocarsi in maniera da soddisfare la domanda variabile di distinti gruppi di consumatori, avvalendosi di investimenti diretti all'estero e capaci di adattare la produzione alle varie specificità nazionali.

Con riguardo alle imprese sovranazionali, è possibile individuare tre aspetti nella gestione di una rete generatrice di valore: ²⁵⁵

- sfruttamento delle economie di scala derivate dall'integrazione internazionale (dimensione globale);
- capacità nel valutare le esigenze ed i gusti dei consumatori locali per diversificare ed adattare ad essi l'offerta locale nei diversi Paesi (dimensione locale);
- valorizzazione dell'esperienza acquisita sul mercato globale e locale ai fini del potenziamento della base delle risorse dell'impresa nel suo insieme (dimensione di apprendimento).

Il passaggio da una dimensione di impresa multinazionale - economicamente unitaria ma giuridicamente soggetta ai vincoli legali di ogni singolo Paese - ad una dimensione sovranazionale, impostata secondo una dimensione funzionale, comporta una

²⁵⁴ La prima forma di attenzione da parte della commissione europea in materia di impresa multinazionale e gruppo societario è da ravvisarsi nel documento *Colonna sulla politica industriale della Comunità*, 1970.

²⁵⁵ BARLETT C.A. - GOSHAL S., *Managing Across Borders – The transactional solution*, in Harvard Business School press.

profonda riorganizzazione della struttura societaria di gruppo ed una rimodulazione delle strategie aziendali, societari e fiscali.

Capitolo 3 – Interventi dei governi e delle organizzazioni internazionali in materia di tassazione dell'economia digitale

3.1 Economia digitale, tecnologie abilitanti e nuove fattispecie imponibili

L'esame e l'analisi del nuovo approccio, da parte dei Governi di tutti i Paesi, alla *digital economy* non può prescindere da un breve quadro riassuntivo degli elementi distintivi che la caratterizzano differenziandola dai modelli tradizionali. Essenzialmente, gli specifici tratti distintivi riguardano le modalità di creazione del valore, particolarmente condizionate dall'a-territorialità e dall'elevata mobilità dei fattori produttivi che si mostrano quasi evanescenti nella loro collocazione in un mercato dai confini geofisici ormai inesistenti e caratterizzato da profonde alterazioni della distribuzione della catena di valore all'interno del ciclo produttivo.²⁵⁶ Per i modelli di *business* delle imprese *hi-tech* divengono, quindi, determinanti – come, peraltro, emerso dall'*Interim Report OCSE* di marzo 2018 - la capacità di intervenire sul mercato indipendentemente dalla presenza fisica dell'impresa e lo stretto collegamento con l'*Intellectual Property* (i.e. brevetti, *trade marks*, *copyright*) e altri *intangibles assets*, indispensabili nel supporto alle piattaforme digitali ed ai siti *web*. A tali elementi si affianca, altresì, quanto proviene dalla partecipazione degli utenti, in termini di valore dei dati e dei contenuti da essi generati, di sinergia tra gli utenti stessi e gli IP, nonché, più in generale, di effetti della rete e dei *social networks*. Lo stesso mercato c.d. digitale, inoltre, presenta aspetti del tutto distintivi rispetto al mercato in senso tradizionale, ammettendo la possibilità, per le imprese che ne posseggano la capacità, di integrarsi anche “da remoto”, arrivando a conquistare finanche posizioni di sostanziale monopolio.

²⁵⁶ URICCHIO A. - SPINAPOLICE W., *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rassegna Tributaria* n.3 del 2018.

Tale possibilità è senz'altro da mettere in relazione con la circostanza che il *digital market* trae benefici, in via diretta ed in via mediata, dalla rete, sotto il profilo, ad esempio, dell'incremento del valore a vantaggio dei preesistenti utilizzatori, che si verifica con l'ingresso di un nuovo utente (c.d. *direct network effects* o *same-side network effects*) o, nel caso di piattaforme *multi side*, che si verifica quando un gruppo di utilizzatori (a titolo di consumatori) è posto in relazione con un differente gruppo di utilizzatori (a titolo di produttori) e ove l'incremento del vantaggio a favore di ciascuno dei due diversi gruppi è legato all'aggiunta di un nuovo utilizzatore, indipendentemente dal gruppo di appartenenza (*direct network effects* o *cross-side effects*).

Ulteriore carattere distintivo del mercato digitale è costituito dall'emersione di nuovi modelli di operazioni quali, ad esempio, le “*barter transactions*” o transazioni baratto ove un'impresa offre servizi in cambio dei dati degli utenti. In aggiunta, tale mercato è anche connotato, per la natura principalmente immateriale dei beni e servizi forniti, da una prevalenza dei costi fissi, per i quali, ad importanti investimenti iniziali segue una progressiva diminuzione dei costi unitari in corrispondenza dell'incremento delle quantità fornite, rispetto ai costi variabili, tradizionalmente tendenti ad aumentare con l'incremento del volume della produzione.

Si assiste, dunque, alla possibilità nel medio e lungo periodo, di realizzare forti economie di scala all'aumentare della domanda, amplificate dagli effetti della rete e dalla posizione di monopolio di fatto.²⁵⁷

In sintesi, i descritti tratti distintivi sono stati ben evidenziati dall'economista Jeremy Rifkin che ha efficacemente osservato come “*la rete via via rimpiazza i mercati tradizionali con gli accessi, intesi come la possibilità di usufruire di servizi, cultura, informazione, relazioni, ricchezza e sostituisce il bene immateriale a quello materiale*²⁵⁸ ed il rapporto fornitore di servizi-utente a quello tradizionale compratore-venditore”.²⁵⁹

²⁵⁷ ASSONIME, *La tassazione della Digital Economy secondo le più recenti linee di intervento OCSE: l'Approccio Unificato e la Tax on base eroding payments*, Circolare n.31 del 20 dicembre 2019.

²⁵⁸ Sul rapporto tra *information technology* e dematerializzazione della ricchezza intesa nel senso di perdita della tangibilità, cfr. CIPOLLINA S., *I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale*, Milano, 2006; SANTOVITO S., *L'impresa palindroma. Problematiche di gestione nel contesto evolutivo digitale*, Bari, 2017, secondo cui “*quello che si è sviluppato sotto il nome di economia digitale è un sistema di scambi fortemente smaterializzato che genera valore attraverso un flusso enorme di bit che viaggiano sull'infrastruttura Internet*”.

²⁵⁹ Dello stesso autore si vedano anche: *il secolo biotech. Il commercio genetico e l'inizio di una nuova era*, Dalai editore, 2000; *L'era dell'accesso. La rivoluzione della new economy*, Milano 2000.

Anche con riguardo alle posizioni di monopolio, è noto come nel *digital market* una singola impresa sia in grado di imporre ai consumatori, attraverso una politica che prevede costi di commutazione ed effetti di blocco legati alla stretta connessione di un bene (i.e. *smartphone* o *computer*) esclusivamente con un particolare sistema operativo, una propria posizione di sostanziale monopolio, immune da ogni tentativo delle altre imprese di influenzare i prezzi di mercato.

Le descritte dinamiche contribuiscono, dunque, a porre in discussione la tradizionale teoria che ravvisa l'origine della creazione di valore fundamentalmente nel contributo fornito dai "produttori" e da coloro che lavorano nell'impresa²⁶⁰ ed a dover prendere, invece, in necessaria considerazione anche l'importanza dei dati, come un vero e proprio *asset*, capace di generare valore, nonché le reti di relazioni e di effetti esistenti nel mercato digitale.²⁶¹

Sotto altro profilo, non possono tralasciarsi gli effetti delle nuove tecnologie che hanno introdotto forme innovative di penetrazione del mercato, collegate alla creazione mirata di *marketing intangibles*.

In tale campo si è distinto l'esempio della Cina che si è determinata ad ampliare la "rosa" delle cinque attività classificate finora come le attività DEMPE relative agli IP; ovvero quelle che, nell'ottica OCSE danno diritto ad una quota dei profitti dell'IP.

In occasione delle *New Transfer Pricing Rules* del 2017, infatti, la Cina in sintonia con altri Paesi, ha aggiunto alle attività DEMPE una sesta funzione, quella della "promozione", dando origine al DEMPEP quale acronimo delle sei attività di *development, enhancement, maintenance, protection, exploitation and promotion*), con la finalità di evidenziare il ruolo da riconoscersi al processo di creazione di *marketing intangibles*.

Tutte le novità appena delineate, che portano ad una debita considerazione del ruolo dei mercati, dei consumatori e degli *users* in relazione alla catena del valore, trovano riscontro nelle misure adottate già nel 2013 dall'OCSE, nel rapporto "*Addressing Base*

²⁶⁰ Cfr. GIOVANNINI A., *Il re fisco nudo*, "il nostro sistema, finora, è rimasto sostanzialmente fermo ai modelli dell'economia della produzione e dell'economia agricola. Anzi, per la verità, non si è aggiornato alla loro evoluzione e ai loro bisogni. La staticità degli schemi impositivi, oggi, è un male perché contribuisce ad accentuare le iniquità, proprio l'equità il collante del moderno *pactum societatis*", Milano, 2016.

²⁶¹ Cfr. GALLO F., *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in cui nel fare riferimento alle nuove forme di imposizione sulla "raccolta gratuita dei dati compiuta da imprese dell'economia digitale", evidenzia la necessità di "nuove forme di imposizione, non abbastanza considerate finora, spesso avversate e ritenute incostituzionali per violazioni del principio di capacità contributiva qualificata. In momenti come questi, di crisi fiscale dello Stato, esse avrebbero il vantaggio di raggiungere l'obiettivo di concorrere ad assicurare un adeguato livello di finanziamento del welfare state e, al contempo, di ridurre la pressione tributaria gravante sul reddito e su determinati tipi di patrimonio." in *Rassegna tributaria*, 2015.

Erosion and Profit Shifting”²⁶² che ha preso le mosse proprio dall’acquisita consapevolezza, da parte dei Paesi Membri, della necessità di aggiornare i vigenti standard normativi in tema di tassazione e dell’inefficacia delle risposte dei singoli governi alla diversa velocità dei cambiamenti insiti nelle pratiche di *business* mondiale.

L’OCSE, dunque, ha preso atto del ruolo fondante dei seguenti elementi della *digital economy* (le c.d. *key features*)²⁶³:

- l’importanza strategica degli *intangibles*;
- l’utilizzo dei *Big data*;
- la creazione di *multi-side business models* caratterizzati dalla delocalizzazione dell’attività di produzione di prodotti e dalla fornitura di servizi digitalizzati, accompagnati da una sempre maggiore distanza fisica dalla clientela;
- la tendenza alla creazione di posizioni di sostanziali monopoli o oligopoli;
- l’evanescenza del *business* che, disancorato da un substrato sostanziale, è suscettibile di perdere con estrema velocità le proprie quote di mercato come anche di scomparire.

A fronte della complessa ed articolata combinazione dei descritti elementi, non disgiunta dal tradizionale obiettivo da parte delle imprese di massimizzazione del profitto e di mirato orientamento ad una riduzione dei costi, soprattutto fiscali²⁶⁴, si riscontrano sistemi tributari nazionali ed internazionali non coordinati tra loro, né adeguatamente veloci nel cogliere le criticità ma anche le opportunità insite in tali mutamenti e nelle cui pieghe trovano spazio pratiche fiscali aggressive²⁶⁵.

Il terzo millennio, dunque, mostra uno scenario ove prendono forma nuovi equilibri di poteri cui dovrebbe corrispondere l’adozione di nuove regole da parte degli Stati nazionali e della comunità internazionale, volte all’istituzione di adeguate forme di prelievo adatte a colpire le forme di ricchezza originate dalla rete, dal *cloud* e dalle

²⁶² BOCCIA F. - LEONARDI B., *The challenge of digital economy Print force*, 2016, secondo cui “*the BEPS package represents the first substantial renovation of the international tax rules in almost century. The jury is now out and it will not take long to recognize the important contribution of this project to a modern, fair and equitable global economy or else the failure of national policy makers to look beyond their border.*”

²⁶³ LEO M., op.cit.

²⁶⁴ Come vedremo nel prosieguo dell’elaborato, nell’*Action Plan I*, si sottolinea come la riduzione del carico fiscale non sia di per sé un fatto indicativo della vulnerabilità del sistema tributario in questione, ben potendo inserirsi in pratiche assolutamente corrette e non elusive.

²⁶⁵ L’esigenza di coordinamento era stata già avvertita dalla Commissione europea nella comunicazione al Parlamento europeo, intitolata “*un’iniziativa europea in materia di commercio elettronico*”, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin, 1998.

nuove tecnologie,²⁶⁶ in mancanza delle quali le emergenti forze economiche occupano gli spazi lasciati liberi, imponendosi sulle istituzioni politiche nazionali e sovranazionali.²⁶⁷

A tal fine diviene imprescindibile ed urgente acquisire consapevolezza delle innovative modalità di creazione di valore aggiunto e di profitto da parte delle imprese, per l'individuazione di regole idonee - anche alla luce del collegamento della *digital economy* ai concetti di fonte e residenza - a combattere l'erosione di base imponibile o lo spostamento di profitto.

In ogni caso, l'approccio scelto dalla comunità internazionale non potrà prescindere dai seguenti principi, già dichiarati nell'ambito dell'*Ottawa Ministerial Conference on Electronic Commerce*²⁶⁸:

- di neutralità, ad escludere ogni disparità di trattamento con le forme di impresa tradizionali;
- di efficienza, a minimizzare il costo legato alle nuove forme di tassazione, sostenuto sia dall'Amministrazione Finanziaria che dai contribuenti;
- di certezza e semplificazione, ad ispirare il rapporto tra Fisco e controparte;
- di efficacia ed equità, da raggiungere grazie al nuovo sistema impositivo ed al relativo gettito d'imposta;
- di flessibilità, a rendere elastiche e dinamiche le nuove regole rispetto alla mutabilità del panorama tecnologico e commerciale.

Particolare rilievo assume il concetto di fisicità, spesso ridotta sino all'immaterialità, con la conseguenza di escludere la tassazione delle attività economiche sia nel Paese ove ha sede l'impresa che in quello di residenza dei clienti, con la possibilità di una non controllabile mobilità dei fattori produttivi in una con una diversa modulazione e localizzazione del *business* e/o delle funzioni aziendali, giungendo ad una sostanziale destrutturazione del soggetto economico che diviene collocabile in diversi luoghi e potenzialmente assoggettabile a diverse giurisdizioni, nessuna delle quali in grado di affermare realmente il proprio potere impositivo.

²⁶⁶ Si veda a riguardo CIPOLLINA S., *I confini giuridici nel tempo presente*, 2003, secondo cui "la soluzione condivisa da tutti gli Stati viene cercata direttamente in ambito internazionale, affinché l'omogeneità e la congruenza tra la natura del problema e quella della relativa soluzione garantisca l'efficienza della seconda.....questo dialogo si prefigge l'obiettivo di individuare principi che tutelino la sovranità fiscale degli Stati ed assicurino la corretta ripartizione tra essi del gettito derivante dal commercio elettronico, evitando così i rischi della doppia imposizione."

²⁶⁷ VINCENTI U., *Diritto senza identità, la crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Bari, 2007.

²⁶⁸ OECD Ministerial Conference "A borderless world: realizing the potential of global electronic commerce", Ottawa, 7-9 October 1998.

Nella rielaborazione di norme sulla stabile organizzazione, stante l'impossibilità di attrarre redditi di impresa sulla base del mero criterio della residenza dei clienti sul territorio di uno Stato, l'OCSE ha ipotizzato la creazione di un criterio di collegamento alternativo (*alternative nexus*), consistente nella "presenza digitale significativa" (*significant digital presence*).²⁶⁹

Ciò renderebbe rintracciabile e qualificabile come reddito imponibile ogni valore economico originato da informazioni, esperienze e conoscenze legate ad accessi, navigazione in rete, intelligenze artificiali e *Big data*, con l'esigenza, tuttavia, di istituire tributi di diversa natura, ovvero di espandere la sfera o le modalità applicative di quelli esistenti.²⁷⁰

Il primo passo è, comunque, quello di attribuire significato riconosciuto e condiviso all'espressione "attività digitali dematerializzate" (*fully dematerialised digital activities*) in presenza delle quali mettere in campo il nuovo nesso legato all'attribuzione di una rinnovata stabile organizzazione.

A tal fine, sono stati enucleati i seguenti elementi considerati imprescindibili:

- digitalizzazione del *core business*;
- assenza di elementi o attività fisiche nella catena del valore;
- possibilità di conclusione, in misura significativa, di contratti da remoto, con modalità telematica;
- pagamenti effettuati con mezzi prevalentemente elettronici, da parte di clienti residenti in un altro Paese;
- univocità del *web* inteso come canale relazionale.

La politica fiscale adottata dalle multinazionali operanti in tale settore tende a mantenere una presenza, utilizzando una *subsidiary locale*, nei Paesi che ospitano i

²⁶⁹ GALLO F., *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. Trib.* n.4/2015, 771-784, Studio legale tributario Salvini e Soci;

TREMONTI G., *La fiscalità del terzo millennio*, in *Riv. sc. fin. dir.*, il tema è stato anche trattato dal "rapporto sulla tecnologia, la produttività e la creazione di lavoro dell'OECD" e poi da quello su "building the european information society for us all".

²⁷⁰ In merito alla questione si veda FICARI V., *Regime fiscale delle transazioni telematiche*, in *Rivista tributaria* 2003, per il quale "un'indagine sui profili fiscali del c.d. commercio elettronico e, più in generale, delle operazioni economiche che avvengono per il tramite e nel mondo del web richiede di verificare l'applicabilità delle regole e categorie giuridiche già note all'interprete e, in ipotesi, le possibili innovazioni normative qualora il dato normativo risultasse, in tal caso, incapiente. In altre parole, l'alternativa è tra diritto tributario e new economy e diritto tributario della new economy".

Di parere diverso GARBARINO C., in *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, per il quale la fiscalità di *Internet* non affronta problemi del tutto nuovi, bensì vecchi problemi in un contesto radicalmente nuovo.

mercati di sbocco più rilevanti, contestualmente riducendo la base imponibile ivi tassabile.

Il vero pericolo, tuttavia, è da ravvisarsi nella possibilità di trasferimento di funzioni ed *intangibles* considerati “chiave” per il *business*, senza un congruo corrispettivo commisurato ai rischi assunti ed agli *assets* adoperati.²⁷¹

Tale politica fiscale aggressiva si accompagna sovente a pratiche volte a ridurre o ad eliminare del tutto le ritenute alla fonte, al contenimento del carico fiscale in un cd. *intermediary country* attraverso l’uso degli *hybrid mismatch arrangements* e, di recente, alla riduzione del carico fiscale nel Paese di residenza della *parent company*. Le reazioni ideate dall’OCSE, presentate nei vari *Action Plan*, tese a fronteggiare tali rischi saranno illustrate successivamente nel paragrafo 3.4 del presente elaborato.

3.2 Le reazioni dei singoli Stati alla *digital economy*

Una prima proposta di tassazione nei confronti delle imprese digitali è stata quella di applicare una ritenuta a titolo di imposta sui pagamenti effettuati da soggetti residenti in uno specifico Stato a titolo di corrispettivo di beni digitali o di servizi prestati da imprese *e-commerce* non residenti.

L’OCSE ha anzitutto affrontato i casi in cui il *provider* non residente realizzasse un certo volume di attività economica in un determinato Stato ove tuttavia non avesse una stabile organizzazione. Considerato il massiccio impiego delle carte di credito e degli altri mezzi di pagamento elettronico nelle transazioni via *internet*, l’OCSE ha ipotizzato ritenute effettuate dagli stessi istituti finanziari incaricati altresì di trasferire all’Erario il gettito di tali ritenute.

Tale iniziativa, in realtà, fu teorizzata già nel 2005 nel rapporto “*Final report of the TAG group of OECD of taxation of e-commerce*” come applicabile a tutte le transazioni *online*, ma trovò un ostacolo alla sua pratica applicazione sia con riguardo all’intermediazione degli operatori finanziari che per la difficoltà di individuare nei consumatori finali dei sostituti d’imposta.²⁷²

²⁷¹ La tendenza è quella di dare poco valore agli *intangibles* trasferiti attribuendo, invece, alti profitti all’impresa che li ingloba, residente in Paesi a fiscalità privilegiata.

²⁷² GALLO F., Paper *Prospettive di tassazione dell’economia digitale*, 2016.

Altre iniziative sono state intraprese dai singoli Stati nel tentativo di contrastare le varie triangolazioni messe in atto dalle OTT e finalizzate a sottrarsi alle imposte societarie del Paese alla fonte ed a trasferire profitti in giurisdizioni *offshore*.

Nel Regno Unito la situazione è stata ben evidenziata dal cancelliere Osborne nell'affermare la necessità di individuare nuovi strumenti per contrastare le politiche fiscali aggressive delle OTT e costringerle a pagare le tasse nei Paesi dove effettivamente producono e vendono servizi.

Perseguendo tale finalità, nel novembre 2013, la Commissione bilancio del Parlamento britannico convocava i rappresentanti di *Google* e *Amazon* per individuare soluzioni condivise in campo fiscale ma, a fronte del mancato raggiungimento di una visione condivisa, il Governo inglese affrontò *ex auctoritate* la questione approvando una legge avente l'obiettivo specifico di evitare il trasferimento di utili su conti esteri da parte delle grandi multinazionali digitali attive nel Regno Unito e più in generale per fare in modo che esse pagassero le imposte nei Paesi in cui i servizi digitali offerti erano prodotti e venduti.

Pertanto, a partire dall'aprile 2015, ha trovato applicazione nel Regno Unito una tassa *ad hoc* per i profitti dirottati, la c.d. *Diverted Profits Tax*, basata sull'inopponibilità all'Erario degli accordi stipulati all'interno dei grandi gruppi ed aventi la finalità di erodere la base imponibile.

Tale forma di imposizione sembrerebbe essere conforme a quanto richiesto nella Raccomandazione C(2012)8806²⁷³ della Commissione UE.

L'applicazione è prevista in due casi:

- la prima ipotesi si realizza quando una società non residente realizza forniture di beni e servizi a favore di utilizzatori residenti nel Regno Unito e appaia ragionevole assumere che la sua attività economica sia diretta ad evitare l'applicazione delle norme sui redditi prodotti mediante stabile organizzazione;
- la seconda previsione riguarda i casi in cui la società - sia essa residente o non residente - sarebbe soggetta alle imposte nel Regno Unito ma gode di un

²⁷³ Raccomandazione interamente dedicata alla pianificazione fiscale aggressiva. Questa suggerisce l'adozione di una clausola antiabuso comune a tutti gli Stati membri e la revisione di norme interne o convenzionali che favoriscano la doppia esenzione. Con precisione la Commissione richiede agli Stati membri di inserire nelle convenzioni bilaterali clausole contro la doppia esenzione in grado di mettere in crisi gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva fino ad ora adoperati dalle OTT. Le quali, sfruttando la doppia esenzione hanno realizzato triangolazioni di pianificazioni fiscali aggressive come ad esempio lo già citato schema di *Double Irish with Dutch Sandwich* con l'obiettivo di mettere al sicuro gli utili esentasse in paradisi fiscali. Per la raccomandazione si veda: <https://ec.europa.eu/>.

vantaggio fiscale in ragione di accordi con soggetti terzi, privi di sostanza economica.

In entrambi i casi l'accertamento di imposta è preceduto da un invito preliminare con cui l'Ufficio indica i motivi dell'accertamento ed invita l'impresa a fornire chiarimenti entro un termine di 30 giorni, scaduto il quale, nei 30 giorni successivi, l'Ufficio decide se archiviare il caso o emettere l'accertamento definitivo. In quest'ultimo caso trova applicazione un'aliquota sanzionatoria pari al 25% dei profitti che l'Ufficio ritiene siano stati sottratti a tassazione nel Regno Unito tramite atti di elusione ed erosione delle basi imponibili.

In Francia, sulla scia del rapporto “*Collin-Collin*”²⁷⁴, sono state assunte iniziative legislative che prescindono dalla necessità di fissare criteri di tassazione basati su una nozione di stabile organizzazione muovendo, invece, dal presupposto che l'economia digitale si regga su un modello che predilige il reinvestimento degli utili a livello globale piuttosto che la distribuzione dei dividendi.

Ritenendo difficoltoso enucleare, nell'ambito delle attività poste in essere dalle *digital enterprises*, i costi ed i ricavi relativi solo ad un certo contesto territoriale, è stato ritenuto più vantaggioso ipotizzare un prelievo para-patrimoniale, legato alla raccolta dei dati personali effettuata dalle multinazionali dell'economia digitale. La formulazione del tributo richiama il principio, affermato in materia ambientale, del “chi inquina paga” e che comporta la tassazione dei soggetti che arrecano danno all'ambiente mediante emissione di sostanze inquinanti. Allo stesso modo, dunque, nell'ambito di prodotti e dei servizi digitali, l'imposta è dovuta da coloro che effettuano un uso distorto, non corretto, della rete, raccogliendo dati personali degli utenti destinati ad essere successivamente utilizzati nei confronti degli stessi per finalità di tipo commerciale.

Una siffatta formulazione avrebbe altresì il vantaggio di porre rimedio alla scarsa protezione della *privacy* in rete, in quanto avvantaggerebbe le imprese che

²⁷⁴ PENNESI M. - BAKER & McKENZIE, *Corporate Overview, The so called “Web Tax” in other jurisdictions*. Il rapporto pubblicato il 18 gennaio 2013, ma hanno contribuito al dibattito francese anche il rapporto *Lescure*, pubblicato il 13 maggio 2013 ed il rapporto *Taxation and the Digital economy: a Survey of Theoretical Models*, pubblicato il 9 marzo 2015.

Nel rapporto “*Collin-Collin*” in merito alla tassazione diretta dovrebbe essere riconosciuta una stabile organizzazione quando un soggetto svolge un'attività in un determinato Paese attraverso l'uso di dati raccolti tramite il sistematico monitoraggio degli utenti Internet di quel Paese. In merito invece all'imposizione indiretta, le norme IVA comunitarie prevedono sul luogo di prestazione, per i servizi B2C, il luogo della residenza del consumatore, porteranno ad una più efficiente distribuzione del relativo gettito, in connessione con il luogo di consumo, <https://camera.it/>.

garantiscono una tutela dei dati personali degli utenti, e consisterebbe in una sostanziale tutela e riappropriazione, da parte di questi ultimi, dei propri dati personali. La descritta misura ben può essere definita una tassazione para-patrimoniale ma sconta il limite di fondarsi sulla mera presunzione che l'attività di raccolta dei dati effettuata dalle *web companies* sia scorretta, predatoria e gratuita e, pertanto, da assoggettare ad uno specifico prelievo.

Anche l'Ungheria, nel 2012, ha introdotto, artefice il governo Orban, un'imposta sulle telecomunicazioni commisurata ai minuti di chiamate vocali ed al numero dei messaggi di testo. E' stata ravvisata, in tale imposizione, un'estensione della tassa sulle telecomunicazioni che però finiva per colpire non solo chi utilizzava *internet* per servizi di telefonia e messaggistica ma anche per qualsiasi tipo di accesso. Ne è seguito l'insorgere di molteplici polemiche e proteste da parte di coloro che accusavano il Governo ungherese di comprimere l'esercizio dei diritti democratici e delle libertà fondamentali, in particolare di quella dell'informazione.²⁷⁵

Infine, con uno sguardo all'esperienza spagnola, ²⁷⁶ è utile richiamare l'introduzione, nel 2014, della c.d. tassa *Google*, che obbligava gli aggregatori di *links* (i.e. *Google news*) a versare un contributo agli autori dei contenuti cui rinviavano i *links* aggregati. Lo scopo di una tale imposizione appariva quello di favorire gli editori ai danni dei motori di ricerca. Le proteste che seguirono – che giunsero anche alla firma di una petizione per chiedere al Governo il ritiro della legge, ritenuta “un regalo da parte del Governo stesso ai grandi quotidiani” - evidenziarono, tuttavia, che il prelievo così congegnato andava a pregiudicare non solo il gigante *Google* ma anche tanti piccoli imprenditori che avevano affidato il successo del loro progetto alla rete.

A favore del prelievo si era pronunciata invece l'Associazione di Editori di Quotidiani Spagnoli (Aede). L'effetto definitivo che ne derivò fu la decisione di *Google* di non operare più in Spagna e di smobilitare la versione spagnola di *Google news*²⁷⁷.

L'Italia, dal canto suo, mise in campo numerose iniziative legislative in materia, la più promettente delle quali sembrava essere il c.d. emendamento Boccia²⁷⁸ che tuttavia

²⁷⁵ PERSIANI A., *Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati*, in *Diritto, Mercato, Tecnologia*, fascicolo n.1, 2016.

²⁷⁶ GALLO F., op.cit.

²⁷⁷ VERDELLI C., *Internet, il parlamento spagnolo dice sì alla Google Tax*, 2014, <https://www.repubblica.it/>;
SECCHI A., *La Spagna ha la tassa Google*, 2014, <https://www.italiaoggi.it/>.

²⁷⁸ L'emendamento prevedeva che i soggetti passivi che intendano acquistare servizi online, sia come commercio elettronico diretto che indiretto, anche attraverso centri media ed operatori terzi sono obbligati ad acquistarli da soggetti titolari di una partita Iva italiana. La ratio è quella di contrastare l'evasione fiscale tipica delle transazioni online, intese come commercio elettronico diretto o indiretto che sfuggono al regime di tassazione dei Paesi dove

non vide mai la luce in quanto imponeva l'apertura della partita IVA in Italia ai fornitori non residenti dei servizi di pubblicità (motori di ricerca, editori, concessionarie pubblicitarie) e per questo venne tacciata di reintrodurre una presunzione assoluta di esistenza della stabile organizzazione in Italia da parte di tali soggetti, in contrasto con la Direttiva comunitaria in materia di IVA 2006/112/CE (artt.44 e 196)²⁷⁹.

3.3 La visione della Commissione Europea sulla tassazione dell'economia digitale (nel periodo 2013-2018)

La Commissione Europea ha affrontato la questione sotto un duplice profilo: sotto un primo aspetto, ha fatto riferimento alla normativa *antitrust* per reprimere fenomeni di elusione fiscale; sotto altro profilo, ha dato avvio ad un processo di nuova regolamentazione della materia, finalizzata, in modo completo ed esaustivo, ad evitare meccanismi di evasione e di aggiramento delle norme fiscali.

Per tale duplice finalità la Commissione Europea sulla tassazione della *digital economy* ha istituito, nel mese di ottobre del 2013, un Gruppo di esperti indipendenti dal cui lavoro ha tratto origine il *Report* del 28 maggio 2014²⁸⁰. Le conclusioni alle quali è pervenuto il Gruppo di lavoro e che sono confluite nella Relazione finale, possono così sintetizzarsi:

vengono fruiti i beni o i servizi venduti e sui quali si producono ricavi. L'esigenza che si vuole soddisfare è quindi quella di non consentire che società estere non paghino le tasse nei Paesi dove operano, ma in quelli dove hanno la sede legale che, molto spesso, hanno un'imposizione fiscale molto più bassa di quella dei Paesi membri dell'Unione europea.

La proposta è stata assorbita nella Legge di Stabilità 2014, ma la norma, che sarebbe dovuta entrare in vigore dal 1° gennaio 2014, è stata inizialmente rinviata a luglio 2014 nel decreto *Salva Roma bis* e poi cancellata definitivamente dall'allora neo-segretario del Partito Democratico, Matteo Renzi, nel decreto *Salva Roma ter*.

²⁷⁹ <https://eur-lex.europa.eu/>, si può evincere il contrasto ripercorrendo il testo dell'articolo 196: "L'IVA è dovuta dai destinatari dei soggetti passivi di servizi di cui all'art 56, o dai destinatari, identificati ai fini dell'IVA nello Stato membro in cui è dovuta l'imposta, di servizi di cui agli art. 44,47,50,53,54,55, se i servizi sono resi da un soggetto passivo non stabilito in tale Stato membro."

²⁸⁰ La relazione affronta le diverse questioni fiscali riconducibili all'economia digitale, non solo esaminando la tassazione diretta ed indiretta ma interrogandosi anche su come la politica fiscale possa contribuire a massimizzare le opportunità offerte dall'economia digitale.

- l'economia digitale non richiede necessariamente un differente regime fiscale, ben potendo le attuali regole essere adattate in relazione all'intervenuto processo di digitalizzazione;
- l'economia digitale, cui va riconosciuto il ruolo di agevolare le transazioni internazionali, non deve essere ostacolata ma, anzi, incoraggiata con la rimozione di ogni impedimento alla realizzazione di un mercato unico anche attraverso l'adozione di norme fiscali neutrali, semplificate e coordinate;
- si rende necessaria la revisione del concetto di stabile organizzazione, considerato che il presupposto della presenza fisica permanente in un dato territorio, valido per le imprese tradizionali, non può trovare applicazione nell'economia digitale in cui la presenza fisica e la permanenza non sono spesso richieste per operare in un mercato estero;²⁸¹
- è opportuna una posizione condivisa, in linea con il progetto BEPS, da parte di tutti gli Stati Membri nella tassazione alle imprese;
- la *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB) si presenta come un'opportunità per l'Unione Europea di espandersi su nuovi standard internazionali, in un'ottica di regolamentazione semplificata.

Tali conclusioni si trovano espresse altresì nel discorso al Parlamento Europeo reso dal Presidente della Commissione europea, Juncker, il 15 luglio 2014, in occasione del quale è stato sottolineato come la realizzazione di un mercato unico digitale rientri tra i dieci obiettivi prioritari della Commissione Europea. Il fine dichiarato è quello di realizzare un sistema di libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, in assenza di ostacoli e vincoli- per le persone fisiche e le imprese - all'accesso e all'esercizio delle attività *online*, in condizioni che garantiscano il rispetto del principio di leale concorrenza e di protezione dei dati personali dei consumatori.

La stessa Commissione²⁸² ha evidenziato, nel maggio 2015, le enormi opportunità di crescita derivanti dalla veloce trasformazione dell'economia globale in economia digitale ma, al contempo, ha avvertito l'esigenza di tenere presenti i correlati profili politici nell'ambito di un'azione coordinata da parte dell'Unione Europea, in quanto

²⁸¹ CONFINDUSTRIA - DELEGAZIONE PRESSO L'UNIONE EUROPEA, *La tassazione dell'economia digitale: il gruppo di esperti presenta la relazione finale*, giugno 2014, rintracciabile su <http://www.confindustria.eu/>.

²⁸² COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and Social Committee and the Committee of the Regions- A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM(2015)192 final, Bruxelles, 6 maggio 2015.

un approccio individuale e ristretto al proprio territorio da parte dei singoli governi rischia di essere non efficace.

Circa i benefici derivanti dalla digitalizzazione e dall'economia digitale, alcun dubbio residua nella percezione della Commissione Europea che, in tal senso, ha fatto riferimento all'eliminazione delle distanze tra le persone e le cose, allo sviluppo di nuove opportunità di innovazione e di investimento, al miglioramento dei servizi in uno con una riduzione dei prezzi. Le riportate osservazioni hanno indotto la Commissione, come detto, ad inserire tale obiettivo nel novero di quelli fondamentali da perseguire nel corso del proprio mandato.²⁸³

D'altro canto, il Parlamento europeo,²⁸⁴ in un suo documento del giugno 2016, ha evidenziato i tre principali ostacoli che impedirebbero una pronta individuazione della base imponibile nell'economia digitale:

- la possibilità di fornire beni e servizi anche in mancanza di una presenza fisica o legale;
- l'accesso gratuito ai servizi digitali, da parte degli utenti, in cambio della mera corresponsione dei propri dati personali;
- l'applicazione di diritti alle transazioni di *e-commerce*.

Nel giugno del 2017, poi, un ulteriore avanzamento nel percorso di realizzazione di un sistema di tassazione dell'economia digitale, è stato rappresentato dall'incontro dei Ministri delle Finanze di Italia, Germania, Spagna e Francia i quali nell'occasione, hanno sottoscritto una dichiarazione politica congiunta indirizzata alla Commissione Europea, dal titolo "*Joint initiative on the taxation of companies operating in the digital economy*"²⁸⁵.

In essa si ribadiva, nel primo capitolo, l'esigenza di mettere a punto, da parte dell'Unione europea, un efficace sistema di tassazione dell'economia digitale a riaffermare l'efficienza economica, l'equità fiscale e la stessa sovranità dell'Unione. A tal fine, la dichiarazione si concludeva con la richiesta, rivolta alla Commissione Europea, di "*esplorare opzioni compatibili con il diritto dell'UE e proporre qualsiasi soluzione efficace basata sul concetto di stabilire una c.d. equalization tax sul fatturato*

²⁸³ SENATO DELLA REPUBBLICA – XVII Legislatura, *Atto Senato n. 2526 "misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale"*, *Elementi di documentazione N.63*, Roma, 10 novembre 2016.

²⁸⁴ PARLAMENTO EUROPEO, *Tax challenges in the digital economy – Study for the TAXE 2 Committee*, Bruxelles, 2016.

²⁸⁵ PADOVANI E., *Web tax: quadro del dibattito internazionale e possibili scenari*, in *Corriere Tributario* n.4 del 2018.

generato in Europa dalle società digitali. Gli importi raccolti mirerebbero a riflettere parte di ciò che queste società dovrebbero pagare in termini di imposta sulle società”.

Una prima riflessione non può non considerare che tale intendimento si porrebbe non in linea con il principio che finora ha ispirato tutti i sistemi di tassazione dei redditi, che è quello di colpire gli effettivi guadagni.

Le possibili soluzioni proposte in tema di tassazione dell'economia digitale hanno inoltre costituito oggetto di esame nel corso della conferenza internazionale “*Current Issues in the European Tax Law*”, tenutasi a Tallinn 15 e 16 settembre 2017 (*Informal ECOFIN*), sotto la presidenza estone del Consiglio dell'UE, in carica dal luglio 2017²⁸⁶.

Nell'incontro l'attenzione dei partecipanti si è concentrata soprattutto sulla nozione di stabile organizzazione virtuale²⁸⁷.

In particolare, in occasione della citata riunione, altri sei Stati membri (Grecia, Austria, Portogallo, Slovenia e Romania) hanno aderito alla menzionata dichiarazione, originariamente sottoscritta da Italia, Francia, Germania e Spagna contenente la richiesta di apprestare uno strumento comune per la “*web tax*” europea, basato sull'imposizione a tassazione del fatturato e non dei profitti, di più difficile individuazione (*equalization tax*)²⁸⁸ e ciò anche al fine, ribadito da ECOFIN, di sbarrare la strada a facili elusioni fiscali da parte delle imprese multinazionali operanti nel *web*.

Circa le modalità ed i tempi per raggiungere tale obiettivo, tuttavia il consesso ha registrato una divergenza di opinioni tra chi, come l'Italia, la cui posizione è stata espressa dal Ministro Padoan, prediligeva una misura immediata seppure transitoria, e chi invece, si è dichiarato propenso ad attendere un accordo globale, da adottare in ambito OCSE e G20²⁸⁹.

Il *Digital Summit* di Tallinn del 29 settembre 2017 ha visto, nella fase conclusiva, la dichiarazione del Primo ministro estone, Jüri Ratas, che ha ribadito la necessità di tassare i profitti generati digitalmente nell'UE laddove viene generato il valore.²⁹⁰

²⁸⁶ DI MURO G., *Estonia: a Tallinn incontro a più voci sulla fiscalità*, in “Fisco Oggi – Rivista Telematica”, 2017.

²⁸⁷ CONSIGLIO DELL'UE, *ECOFIN Report to the european Council on tax issues*, doc 15405/17 – FISC 340-ECOFIN 1085 – CO EUR- PREP 64, Bruxelles, 7 dicembre 2017.

²⁸⁸ RICCIARDI R., *Ecofin a Tallinn, La Web tax divide L'Europa: ok da dieci ministri*, in <http://www.repubblica.it/>.

²⁸⁹ BROCCERI F., *Ecofin: per la web tax si va verso una maggioranza*, in “Fisco Oggi – Rivista Telematica”, 2017, in <http://www.fiscooggi.it/>

²⁹⁰ PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DELL'UE, *Conclusions of the prime Minister of Estonia Jüri Ratas after the Tallinn Digital Summit*, 29 settembre 2017.

Un'ulteriore proposta, sostenuta congiuntamente da Italia, Francia, Spagna e Germania e con l'adesione complessiva di 19 Stati, ha riguardato la possibile tassazione del fatturato²⁹¹; detta proposta ha, tuttavia, incontrato l'opposizione di Malta, Lussemburgo e Irlanda. In tale circostanza il governo italiano ha espresso il proprio consenso, qualora non fosse possibile pervenire ad una posizione unanime, a proseguire il percorso avviato sulla *web tax* con la cooperazione rafforzata²⁹² sottolineando l'inadeguatezza di un approccio ai colossi del *web* negli stessi termini che hanno da sempre caratterizzato la tassazione delle imprese tradizionali²⁹³ e richiamando, quindi, la possibilità che le decisioni dell'UE anche in materia fiscale, qualora non assunte con il consenso unanime²⁹⁴ di tutti i Paesi Membri, siano adottate tramite una procedura decisionale alternativa che abbia il consenso di almeno nove Stati Membri.

In data 7 dicembre 2017²⁹⁵, inoltre, il Consiglio ECOFIN ha esposto i principali passi in avanti nel settore della fiscalità, compiuti nel corso del semestre di presidenza estone, facendo specifico riferimento ai distinti settori dell'imposizione diretta e indiretta riconducibili all'economia digitale.

Tutte le Istituzioni europee, dunque, ed, *in primis*, la Commissione, sono ben consapevoli della progressiva e sempre più rapida digitalizzazione dell'economia e di come essa costituisca fonte di incremento, per quasi un terzo, della produzione industriale in Europa²⁹⁶. Il dato incontrovertibile è, inoltre, che il processo di digitalizzazione interessa tutte le imprese che attualmente traggono gran parte del loro guadagno da beni immateriali, da dati e da informazioni ma si avverte l'assenza di

²⁹¹ ANTONINI M. -TOSCHETI E., *Web tax e obsolescenza degli attuali sistemi impositivi*, in *Corriere Tributario*, N.41 del 2017.

²⁹² LEGISLAZIONE E PUBBLICAZIONI DELL'UE – EUR – LEX - SINTESI DELLA LEGISLAZIONE DELL'UE: la cooperazione rafforzata è una procedura che consente ad almeno nove Paesi dell'UE di stabilire un'integrazione o una cooperazione più stretta in una determinata area all'interno delle strutture dell'UE senza coinvolgimento di altri Paesi dell'Unione. Ciò consente di muoversi a velocità diverse e raggiungere obiettivi altrettanto differenti rispetto a quelli al di fuori delle aree di cooperazione rafforzata. Tale procedura è stata messa a punto per poter superare la paralisi che si verifica quando una proposta è bloccata da un solo paese o da un piccolo gruppo di paesi che non vogliono prendere parte all'iniziativa.

²⁹³ SALIL., *l'Italia spinge per la Web Tax al vertice UE di Tallinn*, in *“La Voce d'Italia”*, 29 settembre 2017.

²⁹⁴ EUROPA - POLITICHE DELL'UNIONE EUROPEA- L'UE PER TEMA- DOGANE E FISCALITÀ, <http://europa.eu/>.

²⁹⁵ CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *ECOFIN Report to the European Council on tax issues*, doc 15405/17- FISC 340- ECOFIN 1085- CO EUR-PREP 64, Bruxelles, 2017.

²⁹⁶ COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, doc COM(2016)180 final, Bruxelles, 2016.

criteri comuni utili ad identificare i nuovi modelli d'impresa in ambito digitale da sottoporre a tassazione, al fine di determinare cosa ed in che modo tassare.

Un'ulteriore considerazione impone di tenere conto della differenza tra grandi imprese e PMI: risulta, infatti, che le imprese digitali nazionali sono in media assoggettate ad un tasso impositivo dell'8,5%, due volte inferiore rispetto a quello applicato alle imprese tradizionali.²⁹⁷ A ciò deve aggiungersi la possibilità, per le imprese digitali transfrontaliere, di beneficiare di oneri fiscali ridotti nonché di porre in atto una pianificazione fiscale aggressiva, potenzialmente idonea ad azzerare l'onere fiscale.

Considerato quanto precede, la Commissione ha ribadito la necessaria ricerca di soluzioni internazionali multilaterali, rispetto alle quali gli Stati Membri dovrebbero:

- mantenere una posizione coordinata, per una maggiore incisività sulla scena mondiale;
- muoversi in linea con le decisioni dell'OCSE;
- esaminare le diverse soluzioni per delineare nuove regole di prelievo fiscale sull'economia digitale;
- individuare soluzioni valide anche solo al livello europeo, ove le decisioni a livello internazionale richiedessero tempi eccessivamente lunghi.

Un sistema impositivo equo ed efficiente, inoltre, non dovrebbe perdere di vista gli obiettivi di competitività, rimuovendo gli ostacoli suscettibili di creare nuove barriere fiscali; di equità, al fine di tassare gli utili delle imprese in relazione al luogo di creazione del valore, assicurando le giuste condizioni di mercato; di integrità del mercato unico e di sostenibilità, per garantire la durata e la tenuta dei nuovi sistemi di tassazione.

In ogni caso, la Commissione ha dichiarato espressamente di prediligere, ove perseguibile, il più ampio obiettivo di incorporare la tassazione dell'economia digitale in un contesto fiscale internazionale generale, anche al fine di realizzare un sistema compatibile e coerente che consenta maggiore stabilità e sicurezza per le imprese.

Per l'individuazione del luogo in cui si genera il valore e la definizione di un'efficiente tassazione, appare imprescindibile rivedere la disciplina in materia di stabili organizzazioni, di prezzi di trasferimento e di tassazione dei "profitti digitali".

Il concetto di stabile organizzazione anche in questa fase merita un particolare approfondimento. Esso vale ad indicare la soglia di attività che deve essere svolta in un Paese affinché l'impresa sia assoggettata a quella giurisdizione fiscale ma, nel

²⁹⁷ ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTSFORSCHUNG – ZEW, *Digital Tax Index* 2017.

nuovo contesto, deve essere ribadito il disancoramento dalla necessaria presenza fisica, non più indispensabile grazie alle tecnologie digitali che consentono alle imprese di avere una consistente presenza economica in un determinato mercato nazionale pur in assenza di una consistente presenza fisica.

In tale direzione diverse sono le soluzioni di lungo periodo offerte all'esame dell'Unione, quale quella relativa ad una base imponibile comune per l'imposta sulla società (CCTB). La CCCTB, invece, offre un quadro coerente ed unitario all'interno del quale procedere ad una revisione delle norme in materia di stabile organizzazione e di tassazione dei grandi gruppi multinazionali.²⁹⁸

Accanto a queste, sono emerse altresì ipotesi di breve termine da utilizzare per garantire le basi di imposizione diretta ed indiretta, tra le quali, particolare interesse hanno riscontrato:

- l'imposta di compensazione sul fatturato delle aziende digitali;
- la ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali, su base lorda, da calcolare su determinati pagamenti a favore di fornitori non residenti di beni e servizi ordinati *online*;
- il prelievo sulle entrate generate dalla fornitura di servizi digitali o da attività pubblicitarie, da applicare a tutte le transazioni concluse a distanza con i clienti di un Paese in cui un'entità non residente ha una presenza economica significativa.

Tutte le predette soluzioni presentano vantaggi e criticità e pertanto risulta indispensabile vagliarle sotto il profilo della loro compatibilità con le Convenzioni stipulate contro le doppie imposizioni, con la disciplina degli aiuti di Stato, con la tutela delle libertà fondamentali e con gli impegni assunti in ambito internazionale in materia di libero scambio.

Sembra importante, infine, ricordare che in data 26 ottobre 2017, la Commissione ha avviato una consultazione pubblica finalizzata a raccogliere valutazioni ed osservazioni in ordine alle diverse soluzioni individuate sia a breve termine che a lungo termine, in materia di imposizione fiscale dell'economia digitale.²⁹⁹

Detta consultazione, conclusa il 3 gennaio 2018 e che ha visto la partecipazione sia delle amministrazioni pubbliche che delle imprese e dei cittadini degli Stati Membri, ha riportato opinioni che, nella misura del 65% degli intervistati, concordano circa l'inadeguatezza degli attuali sistemi fiscali a garantire una concorrenza leale tra le

²⁹⁸ Per approfondimenti riguardo CCTB e CCCTB si veda anche il paragrafo 2.2.1 del presente elaborato.

²⁹⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Press release: Commission gathers views on how to tax the digital economy fairly and Effectively*, Bruxelles, 26 ottobre 2017.

società tradizionali e quelle digitali. Circa le criticità connesse alla digitalizzazione, il 63% dei soggetti consultati le ha individuate nell'incertezza relativa agli obblighi fiscali quando si opera in Paesi diversi, nonché nella difficoltà di individuare l'allocazione della giurisdizione correlata al luogo di creazione del valore. Con riguardo alle difficoltà registrate dai sistemi fiscali nazionali, il 64% degli intervistati ha indicato la creazione di vantaggi sleali per le società transfrontaliere rispetto alle società locali, a causa di una minore tassazione.

Circa le misure da adottare, considerato che il 74% ha ritenuto necessario un intervento, il 41% ha optato per un'azione da intraprendere a livello internazionale, mentre il 33% ha ritenuto efficace anche un'azione limitata a livello UE.

Legato a quest'ultimo risultato appare, infine, utile richiamare la comunicazione della Commissione UE del 21 settembre 2017 con cui è stato pubblicato l'*Action Plan* europeo e dal quale emergono una proposta di Direttiva per l'introduzione di una specifica imposta gravante sui soggetti operanti nel mercato dei servizi digitali ed una seconda proposta di Direttiva volta alla determinazione della presenza digitale significativa affiancata da una raccomandazione indirizzata agli Stati Membri affinché mantengano la medesima nozione di presenza digitale significativa anche nei trattati bilaterali eventualmente sottoscritti con gli Stati terzi e ciò al fine di favorire una disciplina comune in ambito europeo che freni l'adozione di iniziative unilaterali che finirebbero per danneggiare il mercato unico comunitario.

Nello specifico, una Proposta di Direttiva, relativa ad un'imposta sui servizi digitali ISD introdurrebbe una *web tax europea*, sotto forma di imposta indiretta sui ricavi, al netto dell'IVA, derivanti dalle seguenti possibili fonti:

- immissione di pubblicità su piattaforme digitali;
- messa a disposizione degli utenti di una piattaforma digitale per lo scambio di beni o servizi;
- trasmissione di dati degli utenti da questi direttamente immessi nel sistema digitale.

L'imposta avrebbe un'aliquota del 3% a carico del soggetto che pone in essere le suddette attività e che realizza i ricavi tassabili, purché con un fatturato annuo superiore ai 750 milioni di euro ed un ammontare dei ricavi annuali da servizi digitali superiore a 50 milioni di euro.

Circa l'individuazione della giurisdizione fiscale, la soluzione proposta prevede che il luogo di imposizione dei ricavi, realizzati in territorio UE, sia quello dello Stato Membro in cui si trovano gli utenti, indipendentemente dal loro contributo alla

realizzazione dei ricavi stessi, mentre i responsabili del pagamento sarebbero i soggetti passivi fornitori dei servizi che generano i ricavi imponibili.

Un'altra Proposta di Direttiva, relativa alla presenza digitale significativa, è finalizzata ad ampliare la portata del concetto di stabile organizzazione, come finora considerata, ammettendone la ricorrenza anche senza un'effettiva presenza fisica nel territorio dello Stato ma in presenza dei seguenti, diversi presupposti:

- totale dei ricavi da servizi digitali superiori a 7 milioni di euro;
- numero di utenti attivi superiore alle 100.000 unità;
- numero di contratti commerciali, conclusi *online* superiore alle 3.000 unità.

Si precisa che per “servizio digitale”, in linea con le indicazioni provenienti da Assonime, deve intendersi un servizio fornito attraverso *Internet* o una rete elettronica, la cui natura rende l'intera prestazione assai automatizzata riducendo l'intervento umano al minimo³⁰⁰. Si tratta di una nozione sicuramente più estesa di quella assunta nella proposta di Direttiva sull'ISD, ma volta al medesimo obiettivo di sottoporre a tassazione tutte le attività digitali nelle quali il contributo dell'utente per la creazione di valore possa dirsi significativo.³⁰¹

3.3.1 L'iter delle proposte di Direttiva CCTB e CCCTB fino all'approvazione nel marzo 2018

Il percorso alla ricerca di un sistema equo ed efficace di tassazione della *digital economy* ha conosciuto svolte importanti durante il semestre di presidenza estone, come si evince dalla Relazione sulle questioni fiscali resa dal Consiglio ECOFIN al Consiglio Europeo.³⁰²

In particolare, il Consiglio ECOFIN, tenendo presenti le richieste avanzate dal Consiglio europeo e mirando a mantenere coerenti i lavori dell'UE con quelli dell'OCSE, sulla base di un approfondito studio sulla proposta relativa alla base

³⁰⁰ Tale definizione di servizi prestati tramite mezzi elettronici è fornita dall'art. 7 del Regolamento d'esecuzione 282/2011/UE.

³⁰¹ LEO M., *La tassazione dell'Economia digitale sulle due sponde dell'atlantico: spunti di riflessione dalla circolare Assonime*, in *Fisco*, 2018, 37, 3507.

³⁰² CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *ECOFIN Report to the European Council on tax issues*, doc 15205/17 - FISC 340 – ECOFIN 1085 – CO EUR- PREP 64, Bruxelles, 7 dicembre 2017.

imponibile comune per l'imposta sulle società (CCTB), ha presentato una Proposta di Direttiva del Consiglio relativa ad una base imponibile comune consolidata per l'imposta sulle società (CCCTB), volta ad integrare la precedente, adottando altresì, nel campo dell'imposizione diretta, il pacchetto IVA per il commercio elettronico.³⁰³ La proposta di Direttiva del Consiglio relativa ad una base imponibile comune per l'imposta sulle società³⁰⁴ presentata dalla Commissione ha fissato norme comuni per il calcolo della base imponibile delle società multinazionali all'interno dell'UE, con l'ulteriore finalità di ridurre i costi amministrativi e di assicurare la certezza del diritto per le imprese, uniformando il calcolo dei loro utili imponibili in tutti i Paesi dell'UE. Tale proposta presenta alcuni correttivi rispetto a quella formulata nel 2011, consistenti nel carattere obbligatorio per le società di grandi dimensioni, nella deducibilità dei costi di ricerca e sviluppo a sostegno dell'innovazione, nonché dei costi per la crescita e gli investimenti.

Circa la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), la proposta stabilisce norme tecniche per il consolidamento degli utili e la ripartizione della base consolidata fra gli Stati Membri, ad integrazione della precedente proposta CCTB sotto il profilo dell'elemento relativo al consolidamento.

La nuova proposta relativa ad una CCCTB detta le condizioni per la partecipazione di un'impresa al gruppo, stabilisce le modalità di trattamento delle perdite e delle plusvalenze non realizzate e disciplina la ripartizione dei profitti, prevedendo meccanismi di ponderazione per l'allocazione della base consolidata agli Stati Membri ammissibili.

³⁰³ COMMISSIONE EUROPEA – DIREZIONE GENERALE FISCALITÀ E UNIONE DOGANALE, *Guide to the VAT Mini One Stop Shop*, Bruxelles, 2013. Il 23 ottobre 2013 la Commissione europea ha emanato una “Guida al mini sportello unico per l’IVA” al fine di facilitare la comprensione della relativa normativa ed illustrare gli aspetti salienti del nuovo regime. Il documento, il cui contenuto non è vincolante, era rivolto sia agli Stati Membri che ai soggetti passivi. Nella Guida si affermava che: “un soggetto passivo registrato ai fini del Mini-Sportello unico in uno Stato Membro trasmette per via elettronica le dichiarazioni IVA trimestrali per il Mini-portello unico, in cui fornisce informazioni dettagliate sui servizi di telecomunicazione, teleradiodiffusione ed elettronici prestati a persone che non sono soggetti passivi in altri Stati Membri e versa l’iva dovuta. Le dichiarazioni unitamente all’IVA versata vengono poi trasmesse dallo Stato Membro di identificazione ai rispettivi Stati Membri di consumo mediante una rete di comunicazione sicura.” Viene poi specificato come le dichiarazioni IVA per il MOSS vadano ad aggiungersi alle ordinarie dichiarazioni IVA previste dalle normative nazionali; una volta optato per l’adesione al MOSS lo stesso andrà applicato per tutti gli Stati Membri pertinenti. Tale documento ha lo scopo di trattare l’applicazione pratica del Mini-Sportello unico fornendo sia alcune precisazioni su una serie di nozioni di base e solo dopo vengono analizzati più nel dettaglio specifici punti.

³⁰⁴ Tale proposta è un rilancio rispetto alla proposta già avanzata nel 2011 (CCCTB) relativa ad una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società.

Il principale obiettivo di tali proposte, di armonizzare i sistemi di tassazione delle imprese nell'UE, era già al centro dell'attenzione da qualche decennio, come si evince dai contenuti di alcuni documenti strategici già degli anni Sessanta.

Infatti, nel 1975, la Commissione si era fatta promotrice di una Direttiva sull'armonizzazione dei sistemi di tassazione delle imprese e sulla ritenuta alla fonte dei dividendi, ma tale progetto non giunse a compimento e venne ritirato nel 1990. Il primo tentativo a livello europeo di introdurre una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società avvenne solo nel 2011, con la proposta di Direttiva del Consiglio sulla *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*³⁰⁵. Questa prima versione prevedeva una disciplina facoltativa di regole comuni per calcolare la base imponibile delle società fiscalmente residenti nell'UE. Era chiaro, dunque, che la proposta non si poneva finalità antielusive quanto, piuttosto, di sostegno e promozione per lo sviluppo di un mercato unico³⁰⁶, tramite la riduzione degli oneri amministrativi, la messa a punto di una nuova disciplina fiscale semplificata, con possibilità delle imprese di rapportarsi con una sola Amministrazione fiscale europea (*One Stop Shop*) che avrebbe portato, altresì, a favorire l'espansione transfrontaliera delle società e l'ingresso delle PMI nel mercato internazionale. La componente marcatamente innovativa tuttavia impedì a tale proposta di giungere ad approvazione. Pertanto, con una portata più limitata, si è provveduto, nel 2013, a creare una base imponibile comune per l'imposta sulle società e, in via successiva, a procedere al consolidamento. Nella prosecuzione del cammino intrapreso, la Commissione con il Piano d'Azione del 2015, ha formulato una proposta per una base imponibile consolidata comune che reca due profili di novità rispetto a quella del 2011: l'obbligatorietà della disciplina - che nella proposta di Direttiva del 2011 era solo facoltativa - ed un approccio progressivo con un primo accordo sulla *Common Corporate Tax Base (CCTB)* ed una successiva fase di accordo sulla *Common Consolidated Corporate Tax base (CCCTB)* - mentre la proposta del 2011 prevedeva sin dall'inizio il consolidamento della base. Da tale lavoro ha avuto origine l'iniziativa della Commissione Europea che ha proceduto alla rielaborazione dei contenuti ripartendoli su due Direttive: la prima riferita ad una base imponibile comune per l'imposta sulle società e la seconda riferita ad una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, in un quadro

³⁰⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, document COM(2011) 121 final, Bruxelles, 16 marzo 2011.

³⁰⁶ Le imprese dell'Unione avrebbero beneficiato di un alleggerimento dagli oneri amministrativi, di adeguamento ad una pluralità di sistemi fiscali e di conseguenza, la loro attività transfrontaliera ne sarebbe stata facilitata.

complessivo tendente a sopperire all'inadeguatezza dei diversi sistemi nazionali di tassazione societaria che, finora, hanno consentito enormi risparmi d'imposta ad imprese multinazionali ad altissimo reddito.³⁰⁷

Tale articolato progetto, inoltre, si pone, a sua volta, in un più ampio pacchetto di riforme³⁰⁸ varato il 25 ottobre 2016.

La Commissione Europea ed il Parlamento, infatti, pur condividendo l'approccio progressivo della nuova proposta, ne hanno evidenziato il carattere unitario, attesa la sicura interdipendenza delle due iniziative e la base comune ad entrambe, rinvenibile nell'articolo 115 del Trattato sul funzionamento dell'UE (TFUE).³⁰⁹

I testi delle proposte di Direttiva CCTB e CCCTB, nella formulazione definitiva, emendata dalla Commissione Affari economici e monetari, sono stati approvati il 15 marzo 2018 dalla sessione plenaria del Parlamento europeo³¹⁰ che ha avvertito l'insopprimibile esigenza di porre rimedio alle indiscusse criticità fiscali emerse nell'ambito dell'economia digitale³¹¹ mediante la fissazione di parametri tesi a definire l'eventuale presenza digitale e misure volte a contrastare l'elusione fiscale internazionale.

Come più volte ribadito nel corso dell'elaborato, infatti, nella *digital economy* i fenomeni elusivi si sono resi possibili grazie all'ampia libertà di allocazione delle funzioni aziendali come strategicamente pianificati dalle imprese interessate attraverso una politica fiscale aggressiva consistente sostanzialmente nel separare il reddito tassabile dalle attività economiche che lo hanno generato.

Lo spazio di manovra è risultato praticabile a causa della disciplina fiscale vigente in molti Paesi nei quali le imprese hanno intrattenuto rapporti commerciali con i clienti

³⁰⁷ SENATO DELLE REPUBBLICA – XVII LEGISLATURA, *Base imponibile comune per l'imposta sulle società: proposte CCTB e CCCTB*, dossier N.44, Roma, 2017.

³⁰⁸ COMMISSIONE EUROPEA:

- Comunicazione "Creare un sistema equo, competitivo e stabile di tassazione delle imprese nell'UE", COM(2016) 682;
- Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM(2016) 683.

³⁰⁹ Art 115 TFUE: "Il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce Direttive volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno"

³¹⁰ LALLEMAND C., *EU Parliament approves EU corporate tax plan, embracing a digital presence*, 23 marzo 2018.

³¹¹ DELLA ROVERE A. - PECORARI F., *Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE*, in Il fisco n.18 del 2018.

attraverso *siti web* pur in assenza di una presenza fisica sul territorio; tale aspetto ha avuto notevoli implicazioni di carattere pratico, dal momento che sono numerosi i Paesi che richiedono una certa presenza fisica nel proprio territorio prima di poter tassare i profitti ivi realizzati; da qui la necessità, ben compresa dal Parlamento UE, di porre rimedio a tale situazione, con l'estensione della portata applicativa della legge sull'imposta societaria al fine di individuare un nuovo nesso con la stabile organizzazione digitale sulla base di una presenza digitale significativa.

Tale finalità conta di essere raggiunta grazie all'uso di indicatori atti ad individuare l'eventuale presenza digitale all'interno di ciascuno Stato Membro. Detti indicatori risultano previsti nell'emendamento all'art. 5 della proposta di Direttiva CCTB ove si introduce un ulteriore paragrafo *2-bis* che riconosce la stabile organizzazione digitale in uno Stato Membro diverso da quello di residenza fiscale di un'impresa che offra una piattaforma digitale o fornisca accesso alla medesima, oppure offra un motore di ricerca o servizi pubblicitari su un sito *web* o su di un'applicazione, qualora l'importo totale dei ricavi sia maggiore a 5 milioni di euro annui ed in presenza di una delle seguenti condizioni:

- almeno 1.000 utenti individuali registrati mensilmente, domiciliati in uno Stato Membro diverso dalla giurisdizione in cui il contribuente è residente ai fini fiscali, collegati alla piattaforma del contribuente o che l'hanno visitata;
- almeno 1.000 contratti digitali al mese conclusi con consumatori o utenti domiciliati in una giurisdizione diversa da quella della residenza;
- volume di contenuti digitali raccolti dal contribuente in un esercizio fiscale superiore al 10% dei contenuti digitali complessivi realizzati dal gruppo.³¹²

Per ottenere che l'imposizione fiscale sui profitti non sia disgiunta dal luogo in cui questi sono effettivamente prodotti, è stato necessario introdurre nella formula di ripartizione della base imponibile consolidata i seguenti quattro fattori: lavoro, attività, vendite in funzione della destinazione, raccolta e utilizzo dei dati personali degli utenti.³¹³

³¹² DELLA ROVERE A. - PECORARI F., op.cit.

³¹³ Tali dati personali sono i c.d. fattori dati, la cui definizione è contenuta nell'emendamento 26 all'art.3, comma 1, della proposta di Direttiva CCCTB.

Pertanto, la formula aggiornata proposta nell'emendamento 40 all'art.28, comma 1, è così costruita:

$$\text{Percentuale } A = \left(\frac{1}{4} * \text{Fatt. } A / \text{Fatt. Gruppo} + \frac{1}{4} * \left(\frac{1}{2} * \frac{\text{Monte retr. } A}{\text{Monte retr. Gruppo}} + \frac{1}{2} * \frac{\text{N.dipendenti } A}{\text{N.dipendenti Gruppo}} \right) + \frac{1}{4} * \frac{\text{Attività } A}{\text{Attività Gruppo}} \right) + \frac{1}{4} * \left(\frac{1}{2} * \frac{\text{Dati raccolti } A}{\text{dati raccolti Gruppo}} + \frac{1}{2} * \frac{\text{Dati utilizzati } A}{\text{Dati utilizzati Gruppo}} \right) * \text{Base impon.consol.}^{314}$$

Un'ulteriore indicazione riguarda l'obbligatorietà di tali disposizioni per le società parti di gruppi di dimensioni considerevoli, per l'individuazione dei quali è stata fissata la soglia di 750 milioni di euro annui - da ridursi a zero entro i sette anni - in riferimento ai ricavi complessivi.

Le iniziative appena descritte si pongono in armonia con i lavori dell'*Action 1, Digital Economy*, nell'ambito del più ampio progetto BEPS elaborato dall'OCSE il quale, come vedremo nei prossimi paragrafi, ha focalizzato la propria attenzione anche sugli ulteriori fenomeni dell'erosione della base imponibile, delle possibili riduzioni del carico fiscale e del trasferimento dei profitti nei Paesi con fiscalità favorevole, da parte delle c.d. *digital enterprises*.

3.3.2 La riforma fiscale U.S.A. 2017

Negli U.S.A. la riforma fiscale ha visto l'adozione della c.d. *Tax Cuts and Jobs Act of 2017*, approvata dal Congresso degli Stati Uniti il 20 dicembre 2017 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2018.³¹⁵

La nuova normativa, tesa ad agevolare fiscalmente le imprese al fine di incentivare gli investimenti negli USA si fonda sull'introduzione di un sistema di tassazione

³¹⁴ LEO M., op. cit., calcolo riportato a pag. 190.

³¹⁵ ASSONIME, Circolare N.19 del 1° agosto 2018, *Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento OCSE, USA e UE a confronto*, imposizione diretta, <http://www.assonime.it/>.

territoriale, sul limite alla deducibilità degli interessi passivi, sulla previsione di nuove forme di imposizione che, tra le altre misure, prevedono la deducibilità immediata e fino al 2022, delle spese di investimento e la riduzione dell'aliquota della *corporate tax* dal 35 al 21%.³¹⁶

In un'ottica generale, si può osservare l'introduzione di un regime di *participation exemption* dei dividendi e dei *capital gains* per le partecipazioni non inferiori al 10% in società estere, alle quali si aggiunge la previsione di nuove forme di disciplina finalizzate ad assoggettare a tassazione presso il socio residente negli USA tutti gli utili che le altre società del gruppo hanno realizzato nei diversi Paesi.

La riforma, dunque, richiede l'eliminazione di ogni forma di tassazione differita dei profitti prodotti *cross border* da una multinazionale americana che si sia avvalsa delle proprie filiali estere. Il sistema è completato dalla previsione di un regime di esenzione di cui tali profitti potranno godere anche all'atto del rimpatrio ove non siano stati oggetto di immediata tassazione per competenza per effetto delle disposizioni della *Subpart F* e dal nuovo istituto del *Global Intangible Low Tax Income* (GILTI), finalizzato ad attrarre i redditi apolidi realizzati dal gruppo nel resto del mondo.³¹⁷

Con tale riforma, dunque, viene meno per il futuro ogni ostacolo a rimpatriare utili dall'estero; mentre per il passato, con riferimento agli utili accumulati e non distribuiti dalle società estere partecipi a gruppi controllati da società americane, è venuto meno, grazie ad una disposizione transitoria, il c.d. *lock out*, consistente nella segregazione all'estero di immensi capitali *offshore* dovuta all'applicazione, al loro rimpatrio, di un'aliquota del 35%. La *Transitional Tax* ha, invece, previsto una tassazione immediata presso il socio USA, degli utili maturati all'estero a decorrere dal 1986, con aliquote ridotte del 15,5% (denominata *Toll Charge*) ove si tratti di utili correlati a disponibilità liquide, o dell'8%, ove collegati ad altri *assets*.

Una siffatta riforma, con la previsione di una tassa *una tantum*, ha consentito di reperire entrate consistenti riducendo il costo della riforma sul bilancio pubblico, ma anche di smobilizzare, con l'applicazione di aliquote ridotte, le riserve di utili immobilizzate all'estero da impiegare, come nuove risorse finanziarie, negli investimenti.

Sotto il profilo sistematico, dunque, abbandonato il più ambizioso progetto della *Cash Flow Tax* con *Border Adjustment*, la riforma ha inteso perseguire due obiettivi fondamentali:

³¹⁶ VALSANIA M., *La rivoluzione fiscale Usa: aliquota al 21% per i redditi societari*, <http://ilsole24ore.com/>.

³¹⁷ LEO M., *op.cit.*

- aumentare la competitività del sistema fiscale americano, per renderlo più attrattivo;
- contrastare i fenomeni di erosione fiscale delle imprese americane, assicurando un livello di tassazione minimo.

Ulteriori profili della riforma hanno riguardato gli aspetti di seguito descritti.

Con riguardo alla deducibilità degli interessi e del trattamento degli strumenti finanziari ibridi, si osserva come la prima sia stata limitata al 30% dell'EBITDA, mentre dal 2022 il limite si applicherà all'EBIT, divenendo più stringente.

Tale accorgimento, volto ad evitare l'erosione della base imponibile derivante dall'eccessivo indebitamento, in realtà era già stato adottato dal legislatore statunitense, benché sotto forma di limitazioni c.d. *thin capitalization*, basate sul rapporto tra *stock* del debito e patrimonio, mentre la nuova formulazione prende a riferimento flussi meno intaccati da pratiche elusive ed ha precedenti analoghi anche in altri Paesi, dovendosi comunque evidenziare che la Direttiva ATAD ne prevedeva l'adozione da parte di tutti gli Stati Membri dell'UE entro la fine 2018.

Circa, invece, le modifiche al regime delle perdite, la nuova disciplina ha consentito agli USA di allinearsi ad altri Paesi europei.

Tra le misure di contrasto all'erosione della base imponibile, di particolare rilievo sono quelle collegate alla *Base Erosion and Antiavoidance Tax* (BEAT).

Trattasi di specifiche misure antiabuso che applicano una *minum tax*, (10%) su una base imponibile stimata applicata ai pagamenti deducibili effettuati da un contribuente USA in favore di soggetti esteri consociati per l'impiego di beni intangibili, per il godimento di prestiti o per la fornitura di servizi. Tuttavia, le società americane sono assoggettate alla BEAT solo in presenza di certe condizioni, vale a dire se hanno un fatturato, riferito al gruppo ed ai 3 periodi di imposta precedenti, pari ad almeno 500.000 USD dei quali i pagamenti rilevanti verso società consociate estere rappresentino almeno il 3% dell'importo complessivo dei costi deducibili fiscalmente. E' da aggiungere che dal 2026 l'aliquota verrà innalzata al 12,5%.³¹⁸

A completamento del sistema, è prevista l'applicazione di un'aliquota di favore, minore di quella ordinariamente prevista per la *corporate tax*, per i redditi presuntivamente generati all'estero da una società americana e legati all'utilizzo dei propri beni intangibili. Tale misura, c.d. *Foreign Derived Intangible Income* (FDII) non si discosta, nelle caratteristiche di fondo, dalla disciplina del *Patent Box*, con cui condivide la finalità di indurre le società a mantenere i propri beni intangibili sul

³¹⁸ VOZZI M. - DI STEFANO A. - BRIGNOLI A. - EGOROVA S., *La riforma fiscale americana: impatti ed opportunità per le società italiane con operatività negli Stati Uniti*, 19 aprile 2018, PwC.

territorio. Tra le novità tiene conto segnalare anche la deduzione del 37,5% sulla quota di reddito relativo ai ricavi di fonte estera superiori ad una soglia predeterminata di profitto stimato, nella misura del 10% del valore degli investimenti in beni strumentali, come determinati dalla stessa società americana.

Non meno rilevante novità della riforma fiscale statunitense, si presenta il menzionato *Global Intangible Low Taxed Income* (GILTI), destinato ad integrarsi con le disposizioni in materia di redditi CFC e ben inquadrabile come misura estensiva della normativa CFC o come una super-CFC.

La tassa prevede che i redditi prodotti *offshore* dalle società controllate e localizzate in altri Stati costituiscano, per motivi di trasparenza, base imponibile negli USA, intestati alla controllante o al soggetto ivi residente che detenga una “*constructive ownership*” nella CFC. Con tale misura, dunque, si consente all’erario federale di attrarre a tassazione quella parte di reddito prodotto dalle consociate estere della multinazionale statunitense operanti nei settori dell’economia digitale ed eccedente l’ordinaria remunerazione delle normali attività effettivamente svolte dalle stesse consociate.

In sintesi, in presenza dei presupposti soggettivi di cui alla *Subpart F*, occorre enucleare, dal complessivo ammontare dei redditi prodotti dalle società estere, quella parte che sovranchia la quota presumibilmente derivante dalle attività a basso rischio ordinariamente ad esse spettanti, per assoggettare il residuo all’imposizione, a titolo di *Global Intangible Low Tax Income*, in quanto espressione del reddito prodotto dagli *intangibles* da imputarsi al socio statunitense.

Tale calcolo, tuttavia, non varia al variare del Paese di appartenenza della consociata estera ma viene operato sulla base di criteri valevoli a livello mondiale, avendo il solo scopo di attrarre a tassazione negli USA anche reddito imponibile di altri Paesi, soprattutto nei casi in cui il prelievo fiscale operato all’estero non appaia adeguato.

Alla base imponibile come sopra determinata è applicata una deduzione forfettaria del 50%.³¹⁹

Trova, altresì, applicazione anche il *Foreign Tax Credit* ai *corporate shareholder* in misura pari all’80% delle imposte pagate dalla sottostante CFC con riferimento ad una base imponibile calcolata, *tested income*, con esclusione di alcuni elementi reddituali.³²⁰

³¹⁹ Deduzione destinata a scendere al 37,5% a decorrere dal 2026.

³²⁰ Sono esclusi dal calcolo del *tested income* i profitti sull’estrazione del petrolio e del gas, su cui gravano normalmente imposte rilevanti che non vengono pertanto riconosciute in detrazione.

In sostanza, il profitto prodotto all'estero dalle consociate di un gruppo, nella quota eccedente il c.d. *net deemed tangible income return*, rinvenibile in misura del 10% degli *assets* materiali, è sottoposto alla giurisdizione fiscale americana sulla base del presupposto che esso derivi dal contributo recato alla catena del valore dalla proprietà intellettuale della capogruppo americana e che, dunque, debba essere riqualificato come *royalty* di pertinenza di quest'ultima.

Il sistema ha l'obiettivo di disincentivare le grosse multinazionali USA dell'economia digitale a costituire società in altre giurisdizioni con l'unico scopo di abbattere la base imponibile nazionale.³²¹

In tal senso, il GILTI si avvicina sostanzialmente all'*excess profit analysis*, uno specifico sviluppo di una delle opzioni previste per la CFC dall'Action 3 del BEPS. Al pari di questo, infatti, anche il GILTI prescinde dalla qualificazione formale del reddito, come sarebbe data in base al luogo in cui è generato ed alla natura delle attività da cui promana, ma è volto, piuttosto, ad attrarre anche redditi che nei modelli dell'economia tradizionale sarebbero pacificamente ascrivibili alla giurisdizione territoriale della consociata estera, senza problemi di *profit shifting* e che, invece, nei nuovi modelli dell'economia digitale, appaiono dissimulare componenti *passive*, sostanzialmente correlate alla creazione di valore derivante dall'uso diretto degli IP di proprietà della società statunitense.

La circostanza che la nuova disciplina fiscale non riconosca, neppure in minima misura, alla controllata una remunerazione legata ai propri *asset* immateriali, si fonda su un assioma di fondo e cioè che la ricchezza sia sostanzialmente generata dagli IP e che i relativi diritti impositivi debbano essere riconosciuti al Paese di residenza della capogruppo.³²²

In conclusione, nel nuovo sistema fiscale americano, il GILTI e il FDII appaiono come due misure speculari, alle quali si affianca il BEAT come complemento alle finalità antielusive del GILTI.

La politica fiscale di fondo, consistente nell'applicare ai redditi prodotti all'estero - derivanti da vendite dirette (FDII) o dall'attività di consociate estere (GILTI) - aliquote ridotte, è volta ad agevolare le esportazioni, ad imporre tassazioni minime anti-elusive e ad attrarre nella giurisdizione fiscale USA redditi prodotti all'estero introducendo un'innovativa nozione di reddito da IP, in realtà identificato, con un procedimento *a contrario*, nella parte eccedente il rendimento tradizionale degli *assets* materiali.

³²¹ LEO M., op.cit.

³²² CERIANI V. – RICOTTI G., *Riflessioni sul coordinamento internazionale della fiscalità d'impresa*, in "Rassegna Tributaria" n.1 del 2019 pag. 30.

Calando tali misure nella realtà concreta, gli effetti auspicati riguardano il rientro dei redditi da intangibili ed il contrasto a strumentali triangolazioni con società localizzate in Irlanda, Olanda, Lussemburgo e Belgio.

3.4 L'OCSE ed il Progetto BEPS: le 15 Actions

La consapevolezza di dover procedere con puntualità ed urgenza all'adozione di azioni comuni a contrasto ed arginamento delle strategie fiscali aggressive poste in atto dalle imprese multinazionali - prima fra tutte lo spostamento della base imponibile verso Paesi a ridotta o nulla fiscalità - può dirsi senz'altro acquisita in occasione del *Summit G20*, tenutosi in Messico il 18-19 giugno 2012, come si evince dalle dichiarazioni finali della Conferenza in cui è annunciato espressamente l'obiettivo di impedire le pratiche di *base erosion and profit shifting* (BEPS).³²³ Il percorso intrapreso ha trovato seguito nel successivo G20 dei Ministri delle Finanze del 5-6 novembre 2012, all'esito del quale è stato conferito mandato all'OCSE di mettere a punto azioni concrete di contrasto alle principali strategie di erosione della base imponibile, con specifico riferimento allo spostamento dei profitti, e di riconduzione dei profitti aziendali nei Paesi in cui si svolgono le attività dalle quali essi promanano.

In attuazione di tale mandato, l'OCSE ha pubblicato, il 2 febbraio 2013, il *Report Addressing Base Erosion and Profit Shifting* che, partendo da un'analisi delle principali pratiche di *tax planning* attuate dai gruppi multinazionali, ha raccomandato lo sviluppo di un accurato piano d'azione (*Action Plan*).

I risultati dell'esame hanno messo in luce le seguenti quattro più frequenti linee di strategie di erosione della base imponibile:

- ridimensionamento delle entrate fiscali domestiche in ragione della impossibilità di configurare una presenza fiscalmente rilevante e grazie allo spostamento degli utili tramite strutture societarie *ad hoc*;
- dichiarazione di ritenute fiscali alla fonte basse o del tutto nulle;
- azzeramento della tassazione a carico della capogruppo,
- tassazione ridotta o assente a carico del percettore, conseguita attraverso regimi fiscali preferenziali, strutture ibride (*hybrid mismatch arrangements*).

³²³ Con l'acronimo BEPS facciamo riferimento all'insieme di strategie fiscali adottate da talune multinazionali per erodere la base imponibile (*base erosion*), adoperando anche la tecnica della traslazione dei profitti (*profit shifting*) da Paesi ad alta imposizione a Paesi a tassazione nulla o ridotta.

Tali pratiche hanno trovato più fertile terreno in ambiti caratterizzati da alto tasso di innovazione, digitalizzazione e globalizzazione ove coesistono anche fattori quali: la rigidità dei sistemi fiscali, inadeguati a seguire la “flessibilità dei redditi di impresa”; la possibilità concessa dall’ordinamento nazionale di separare l’imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano; l’assenza di simmetria e coordinamento tra i diversi regimi fiscali nazionali, con riguardo alla definizione ed al trattamento fiscale delle diverse componenti del bilancio di impresa.³²⁴

Le reprimende strategie hanno l’ulteriore effetto negativo di sottrarre consistenti risorse finanziarie che i Governi dei singoli Paesi potrebbero indirizzare verso la crescita economica, l’attuazione di piani di consolidamento post-crisi, l’incremento di politiche di *welfare* nei Paesi in via di sviluppo.

Le stime delle perdite di gettito fiscale si attestano su valori che vanno in un *range* compreso tra i 100 e i 240 miliardi di dollari all’anno ovvero tra il 4 ed il 10% del gettito globale relativo all’imposizione societaria.

La pratica di strategie fiscali aggressive, inoltre, comporta l’effetto di compulsare e distorcere le scelte di investimento che si discostano da ragioni economiche-produttive per essere sostenute esclusivamente da logiche elusive, con l’ulteriore effetto distorsivo sul funzionamento dei mercati che finiscono ineluttabilmente per favorire le grandi multinazionali a discapito delle piccole e medie imprese.³²⁵

E’ in occasione del G20 di Mosca, tenutosi il 19-20 luglio 2013, che l’OCSE ha presentato il rapporto *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* un piano d’azione articolato in 15 misure volto ad affrontare, in una logica internazionale, la materia.

Dunque, l’*Action Plan* adottato nel settembre 2013³²⁶ individua quindici azioni di contrasto specifiche, nel novero delle quali le Azioni dalla 2 alla 14 si articolano su tre pilastri fondamentali così identificabili:

³²⁴ VALNTE P., *Misure UE di contrasto all’elusione: prospettive future e impatto per il regime tributario italiano*, in “Il Fisco”, 2016.

³²⁵ Studi condotti dall’OCSE dimostrano come le strategie di BEPS poste in essere da alcune multinazionali consentono di ridurre il peso dell’imposizione fiscale fino a un minimo del 5% a fronte di un tasso medio del 30% gravante sulle piccole imprese.

³²⁶ L’*Action Plan* è stato presentato al G20 di Mosca il 19-20 luglio 2013. Successivamente, i leader del G20, riunitisi a San Pietroburgo il 5-6 settembre 2013 hanno approvato il piano d’azione BEPS, sottolineando che “*in un contesto di grave consolidamento fiscale e disagio sociale in molti Paesi, assicurare che tutti i contribuenti paghino la giusta quantità di tasse è più che mai una priorità. Evasione fiscale, pratiche dannose e pianificazione fiscale aggressiva devono essere affrontate. La crescita dell’economia digitale pone anche sfide per l’imposizione internazionale. Sosteniamo pienamente il piano d’azione ambizioso e globale- creato dall’OCSE- volto ad affrontare l’erosione della base imponibile e lo spostamento dei profitti con meccanismi che arricchiscono*

- coerenza tra i diversi regimi domestici con riguardo alla disciplina delle attività trans-nazionali;
- consolidamento dei contenuti degli standard internazionali esistenti, attraverso un allineamento dell'imposizione con la localizzazione sostanziale delle attività produttive e la creazione del valore;
- garanzia di certezza delle regole fiscali e crescita della trasparenza e dello scambio di informazioni sia da parte delle imprese che dei governi.³²⁷

Delle quindici azioni dedicate, due in particolare operano in maniera trasversale e supportano i tre pilastri appena enunciati: l'Azione 1 in tema di economia digitale e l'Azione 15 che riguarda l'impiego di uno strumento convenzionale di tipo multilaterale.

L'Azione 1 afferma che l'economia digitale non può essere considerata come circoscritta ad un'area distinta e separata dall'economia tradizionale ma è a quest'ultima legata in un rapporto che vede l'una in progressiva sostituzione dell'altra, rendendo sempre più inadeguato il sistema fiscale tradizionale, connotato dall'imposizione sui c.d. *active income* che ravvisano lo svolgimento di attività d'impresa nel territorio di uno Stato sulla base della presenza societaria nella forma di stabile organizzazione.³²⁸ Il progetto BEPS ha rivolto particolare attenzione all'incidenza dell'imposizione fiscale sui profitti generati dai *players* dell'economia digitale, evidenziando i più importanti mutamenti intervenuti in tema di tassazione diretta ed indiretta.

Con riferimento all'imposizione diretta, i profili di novità legati all'economia digitale riguardano tre macro-aree: il *nexus*, ovvero l'elemento di collegamento con un determinato territorio. La seconda e la terza macro-area sono rispettivamente inerenti ai *data* ed alla *characterisation*. Circa i dati, è evidente che tecnologie dell'informazione sempre più sofisticate hanno condotto ad una poderosa attività di raccolta e a molteplici possibilità di utilizzo dei dati, facendo tuttavia sorgere due correlati problemi: come attribuire il valore costituito dalla generazione di dati originati dalla fornitura di prodotti e servizi digitali e come trattare tale valore sotto il profilo fiscale, con riferimento alle singole transazioni.

adeguatamente il piano d'azione. Accogliamo con favore l'istituzione del progetto BEPS del G20 e dell'OCSE ed incoraggiamo tutti i paesi interessati a partecipare. I profitti dovrebbero essere tassati dove si svolgono le attività economiche che li generano e dove si crea valore (...)".

³²⁷ RIGATO C. - LAZZARATO G., *Stabile organizzazione*, in "Il Sole 24 Ore", 2017.

³²⁸ In passato la multinazionale avvertiva la necessità di insediarsi in ogni Stato in cui operava attraverso la costituzione di una propria *subsidiary*, oggi invece i nuovi modelli di business consentono la centralizzazione di funzioni a livello regionale o globale.

In riferimento alla *characterisation*, la questione che si pone è quella di una corretta qualificazione dei pagamenti per i nuovi prodotti digitali.

Anche nell'ambito dell'imposizione indiretta l'economia digitale rende evidente la necessità di adeguamenti, attesa l'assenza di un efficace modello internazionale cui le giurisdizioni del consumo possano uniformarsi per l'addebito, la riscossione ed il rimborso dell'IVA e le difficoltà che di conseguenza incontrano gli operatori economici, prime fra tutte le PMI.

La prima criticità emerge in relazione alla riscossione dell'IVA, a causa del considerevole sviluppo *dell'e-commerce* e dell'acquisto di beni fisici effettuati dai consumatori presso fornitori localizzati in un altro territorio fiscale. Molte giurisdizioni del consumo hanno previsto un regime di esenzione dall'imposizione indiretta per le importazioni di merci di esiguo valore per le quali il costo amministrativo di riscossione supererebbe il gettito. Per tale motivo la soglia di esenzione è diversificata tra i vari Paesi. Tuttavia, un generale effetto distorsivo sul mercato si è registrato comunque in tutti i Paesi che praticino un regime di esenzione di questo tipo, in quanto la crescita significativa nel volume delle importazioni di basso valore, esenti da IVA, ha comportato una contrazione delle entrate ed una maggiore concorrenza sui venditori nazionali delle stesse merci i quali, rispetto ai fornitori esteri, sono tenuti ad addebitare l'imposta ai consumatori nazionali.

La seconda questione nella riscossione dell'IVA riguarda le forniture transfrontaliere B2C di servizi a distanza e di beni immateriali, resa possibile per le imprese anche da una posizione remota a consumatori residenti in altro Paese e senza alcuna presenza fisica diretta o indiretta del fornitore nella giurisdizione del consumatore. Ciò giustifica la mancata riscossione dell'imposta e comporta il conseguente vantaggio concorrenziale delle imprese straniere rispetto a quelle nazionali.

A conclusione dell'esame, l'OCSE³²⁹ ha formulato le seguenti specifiche proposte in materia di imposte dirette:

- l'introduzione di un nuovo criterio di collegamento tra un'impresa ed un Paese basato sul concetto di "significativa presenza economica";³³⁰
- l'applicazione di una ritenuta alla fonte sulle c.d. "transazioni digitali";
- l'introduzione di un "contributo di perequazione" sotto forma di accisa sulle transazioni digitali, applicato alle società non residenti, secondo un rinnovato

³²⁹ Cfr. *Final Report* OECD 2015, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action I*; tale concetto sarà sviluppato nel paragrafo successive del presente elaborato.

³³⁰ Cfr. *Cit. Final Report*, par. 7.6.1., pag. 107 e ss.

concetto di “significativa presenza economica”, al fine di riallineare la pressione impositiva sui soggetti esteri a quella degli operatori nazionali.³³¹

L'altra delle due Azioni trasversali, ovvero l'Azione 15, offre uno strumento multilaterale per modificare velocemente ed efficacemente gli accordi bilaterali contenenti misure anti-elusive. Nel Rapporto si evidenzia come, in conformità a precedenti internazionali di strumenti multilaterali,³³² la rapidità di modifica degli accordi sia indispensabile alla loro stessa efficacia.

Esaminate brevemente le due azioni trasversali (Azione 1 e d Azione 15) le residue Azioni (dall'Azione 2 all'Azione 14) possono essere suddivise in base al pilastro cui fanno riferimento. Con riguardo al primo pilastro, relativo alla maggiore coerenza delle regole, troviamo:

- Azione 2 - *Hybrid Mismatch Arrangements*, è rivolta ad eliminare gli effetti dei c.d. *Hybrid Mismatch Arrangements*, intesi come strumenti e strategie che sfruttano le asimmetrie fra i diversi ordinamenti nazionali al fine di beneficiare di situazioni di vantaggio indebito, quale quello che si crea in caso di “doppie non imposizioni”³³³, con riguardo a deduzioni plurime per la medesima spesa ovvero a deduzione in un Paese di imposte mai corrisposte altrove. Le strutture ibride solitamente utilizzano: forme societarie ibride, trattate come trasparenti in un Paese e come non trasparenti in un altro Paese; forme societarie con doppia residenza fiscale; strumenti ibridi diversamente qualificabili in diversi Paesi, come ad esempio un elemento trattato come capitale di debito in un luogo e come capitale di rischio in un altro; operazioni ibride sotto il profilo fiscale, trattate come operazioni di trasferimento della proprietà di un'attività in un Paese e come operazioni di prestito assistito da garanzia in un altro.

Il ricorso agli *Hybrid Mismatches Arrangements* può servire a procacciare una deduzione in due Paesi diversi (meccanismo di doppia deduzione); una deduzione in un Paese, tipicamente per interessi passivi, a fronte della non tassazione del corrispondente reddito in un altro Paese (meccanismo di deduzione senza inclusione); il riconoscimento di crediti d'imposta per redditi prodotti all'estero altrimenti non spettanti o spettanti solo in parte.

Con riguardo a tali meccanismi, l'OCSE ha evidenziato i seguenti, considerevoli impatti negativi:

³³¹ Cfr. par 7.6.4 del medesimo *Final Report*.

³³² OECD, *developing a Multilateral Instrument to modify Bilateral Tax Treaties*, Action 15 – 2015 Final, <http://oecd.org>.

³³³ Cfr. OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policies and Compliance Issues*, marzo 2012.

- contrazione del gettito fiscale a causa della riduzione delle imposte totali versate dalle parti;
- pressione concorrenziale operata, a causa degli effetti distorsivi, dalle imprese che effettuano operazioni transfrontaliere e che possono avvalersi di una consulenza fiscale sofisticata, per ottenerne vantaggi competitivi rispetto ad altre imprese;
- rappresentazione non reale dell'efficienza economica di un'operazione che utilizzi strumenti ibridi che la rendono più attraente sia rispetto a un pari investimento interno effettuato nel Paese del soggetto investitore, sia rispetto ad un'analogo operazione effettuata da un investitore locale concorrente nel Paese *target*;
- scarsa trasparenza, in assenza di certezza circa il regime fiscale effettivamente applicabile ai contribuenti che si avvalgono di strutture ibride;
- scarsa equità sostanziale, poiché le opportunità derivanti dalle divergenze tra ordinamenti tributari diversi sono più facilmente accessibili ai contribuenti che conseguono redditi di capitale rispetto a quelli che conseguono redditi da lavoro; scarsa equità percepita, poiché la possibilità per un gruppo ristretto di operatori, di ridurre il proprio livello di imposizione fiscale è percepita come iniqua da parte dei restanti operatori che riducono la propria fiducia nell'equità del sistema fiscale.

Proprio con riguardo all'utilizzo di strutture ibride, l'OCSE ha rilevato che l'adozione di disposizioni antielusive generali (principi giuridici quali l'"abuso del diritto", la "sostanza economica", la "nullità fiscale", le "valide ragioni economiche") sono in grado teoricamente di contrastare alcune forme elusive o altri espedienti artificiosi ma che l'applicazione pratica di tali misure è spesso impedita dalla difficoltà di dimostrare un collegamento diretto tra le operazioni e l'elusione dell'imposta di una specifica giurisdizione.

Per tale motivo l'OCSE ha evidenziato l'esperienza positiva dei Paesi che hanno introdotto disposizioni che negano espressamente i vantaggi derivanti dalle strutture ibride e che, pertanto, hanno approvato regole per impedire che da queste si traggano indebiti benefici.

Infatti, l'attenzione dei *tax policy makers* internazionali, rivolta al fenomeno dell'arbitraggio fiscale internazionale, ha condotto a significativi risultati sul piano sovranazionale.

Anche in ambito europeo, il Gruppo di lavoro per il Codice di Condotta³³⁴ ha prodotto, quale risultato della propria attività, l'adozione delle Direttive "ATAD"³³⁵ e "ATAD 2", mentre a livello OCSE l'obiettivo è stato raggiunto con l'adozione nell'*Action 2* del Report finale relativo al progetto BEPS, contenente una serie di raccomandazioni volte a sostenere la coerenza tra i sistemi di tassazione sui redditi societari a livello internazionale ed a neutralizzare gli effetti fiscali degli strumenti ibridi. L'*Action 2* reca, inoltre, raccomandazioni per lo sviluppo coerente ed efficace, a livello domestico, delle misure elaborate (*good rule design*) tra le quali non possono mancare: lo sviluppo di linee guida concordate relative alle raccomandazioni; il coordinamento nell'applicazione delle misure raccomandate; la previsione di norme transitorie; il monitoraggio della corretta ed efficace applicazione delle raccomandazioni; lo scambio delle informazioni tra Paesi per la disciplina di strumenti finanziari ed entità ibride ed, infine, la valutazione della sinergia tra le raccomandazioni e le altre Azioni del progetto BEPS e, in particolare, con l'*Action 3*³³⁶ e l'*Action 4*³³⁷.

- Azione 3 - *Regole su Società Controllate Estere*, in materia di normativa sulle controllate estere, comprende, anzitutto, una definizione delle stesse e dei loro requisiti. Le raccomandazioni fornite in tale ambito dall'OCSE mirano a contrastare lo spostamento fittizio di redditi verso controllate estere residenti in Paesi a fiscalità privilegiata.
- Azione 4 - *Transazioni finanziarie infragruppo*, volta ad impedire l'erosione della base imponibile resa possibile grazie alla deduzione di interessi e di altri costi relativi a finanziamenti effettuati all'interno dei gruppi multinazionali. L'Azione ha introdotto soglie percentuali non superabili nell'accesso ai benefici fiscali derivanti dalla presenza di indebitamento;
- Azione 5 - *Pratiche fiscali dannose*, riguarda la revisione del lavoro sulle pratiche fiscali dannose, incentivando la trasparenza e l'emersione della sostanza delle operazioni, definendo standard minimi condivisi da rispettare per l'accesso ai regimi di favore. L'Azione 5 del BEPS si pone in continuità con iniziative già avviate in passato. La questione della concorrenza fiscale

³³⁴ Vedi *Code of Conduct Group Progress Report* of 25 May 2010, doc 1033/10.

³³⁵ Direttiva UE 2016/1164 del 12 luglio 2016, "recante norme contro le pratiche di elusione fiscale che incidono sul funzionamento del mercato interno".

³³⁶ Recante raccomandazioni per la realizzazione di una normativa CFC efficace.

³³⁷ Relativa alla deducibilità degli interessi.

dannosa era stato già sottoposta all'esame dell'OCSE nel 1998 con il *Report Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, prodotto in risposta alla richiesta di sviluppare misure per contrastare le pratiche fiscali dannose relative alle attività finanziarie ed alla fornitura di intangibili e che ebbe il merito di individuare i caratteri distintivi dei regimi fiscali potenzialmente dannosi e di elaborare misure di contrasto riunite in ben 19 raccomandazioni rivolte agli Stati membri. In particolare, i quattro elementi caratterizzanti sono stati identificati in: livello impositivo nullo o ridotto, isolamento del regime agevolato rispetto al sistema ordinario domestico, assenza di trasparenza e assenza di un efficace scambio di informazioni. Nella stessa direzione, l'Azione 5 ha impegnato il *Forum on Harmful Tax Practices (FHTP)*³³⁸ a rinnovare gli sforzi in tema di pratiche fiscali dannose, indicando quali strumenti privilegiati il miglioramento della trasparenza e la ricerca del requisito dell'attività sostanziale per la concessione di siffatti regimi fiscali. Nel 2014, l'FHTP ha presentato una relazione circa lo stato d'avanzamento, successivamente inclusa e poi soppiantata dal *Final Report* elaborato nell'ambito del progetto BEPS. Il risultato più importante raggiunto dal *Forum* è stato quello di rintracciare una metodologia per definire univocamente il requisito dell'attività sostanziale per la valutazione dei regimi preferenziali. In realtà il requisito di attività sostanziale³³⁹ era già presente nel Report del 1998 che tuttavia non forniva validi criteri applicativi di tale fattore. Con l'Action 5 sono stati esaminati tre diversi approcci:

- il primo prende in esame la creazione di valore e richiede un certo numero di attività di sviluppo significative svolte dai contribuenti;
- il secondo si ispira al modello del *transfer pricing* e richiede che il contribuente svolga una serie di funzioni rilevanti nella giurisdizione di riferimento, che sia proprietario degli *asset* da cui originano i benefici fiscali ed onerato dei relativi rischi economici;
- il terzo approccio concede l'accesso ad uno specifico regime solo in caso di rilevante attività di ricerca e sviluppo svolta dal contribuente che ne trae beneficio (c.d. *nexus approach*).

³³⁸ OCSE, *Concurrence fiscale dommageable: un problème mondial*, Parigi 1998 (Rapporto concorrenza dannosa 1998).

³³⁹ Nel Report si osservava che molti regimi fiscali preferenziali dannosi “*are designed in a way that allows taxpayers to derive benefits from the regime while engaging in operations that are purely tax-driven and involve no substantial activities.*”

Quest'ultimo, detto del “*nexus approach*” ha raccolto il consenso degli Stati Membri. L'originaria applicazione di tale intervento era rivolta al regime IP ed ammetteva il contribuente al beneficio solo ove avesse affrontato spese qualificate di ricerca e sviluppo dalle quali avessero tratto origine le relative entrate³⁴⁰. Nel “*nexus approach*”, dunque, la spesa è intesa come *proxy* dell'attività e si attaglia in modo particolare ai regimi IP per incentivarne le attività di ricerca e di sviluppo e favorire la crescita e l'occupazione, richiedendo che i contribuenti ammessi ai benefici siano coloro che effettivamente si sono impegnati in tali attività ed hanno sostenuto spese effettive relative ad esse.

Ulteriore priorità dell'Azione 5 è l'incremento della trasparenza, da realizzarsi anche mediante lo scambio di informazioni su taluni *ruling*, con l'aggiuntivo vantaggio di una maggiore certezza e prevedibilità.³⁴¹ Nell'Azione in esame l'OCSE ha tracciato sei categorie di *ruling* tra autorità fiscale e contribuente che senza uno scambio spontaneo obbligatorio³⁴² di informazioni potrebbero dare origine a rischi BEPS³⁴³I *ruling*³⁴⁴ individuati sono: *ruling* relativi ai regimi preferenziali, accordi unilaterali sui prezzi di trasferimento (APAS) pattuiti tra contribuente e autorità fiscale; *ruling* che prevedono una rettifica in riduzione degli utili imponibili nelle situazioni transfrontaliere; *ruling* in materia di stabile organizzazione; *ruling* in tema di società veicolo (*conduit*) ed infine altre tipologie definite dal FHTP che, in assenza di uno scambio spontaneo di informazioni, potrebbero dar origine ad una pratica fiscale dannosa.

³⁴⁰ Circa gli *assets* che possono beneficiare di un regime IP, l'OCSE individua i brevetti e gli altri beni di proprietà intellettuale simili ai brevetti se protetti giuridicamente e se soggetti a processi di approvazione e registrazione simili. I beni di proprietà intellettuale che sono funzionalmente equivalenti ai brevetti sono i brevetti definiti in senso ampio come ad esempio il software protetto da copyright; sono da considerare rientranti in questa categoria anche altri beni di proprietà intellettuale che presentano caratteristiche simili ai brevetti.

³⁴¹ VORPE S., *Lo scambio spontaneo di informazioni sui ruling fiscali, Analisi del Piano di azione 5 del BEPS ed effetti per la Svizzera*, Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino, 2016.

³⁴² OCSE, *Rapporto intermedio*, 2014; è da considerare che Il termine “obbligatorio” (*compulsory*) introduca un obbligo di scambio spontaneo di informazioni quando le condizioni poste dall'OCSE sono riunite. Il termine “scambio spontaneo di informazioni” si riferisce ad una situazione nella quale uno Stato dispone di informazioni che potrebbero essere pertinenti per un altro Stato, senza che quest'ultimo abbia richiesto all'altro Stato delle specifiche informazioni.

³⁴³ L'obbligo di scambio spontaneo si applica oltre che ai *ruling* futuri anche a quelli relativi agli anni precedenti (a partire dal 1° gennaio 2010) ancora in essere all'1° gennaio 2014.

³⁴⁴ OCSE, *Rapporto finale*, 2015;

IGLESIAS N., *Échange spontané de ruling entre États*, 2016.

L'OCSE evidenzia come tali *ruling* non diano di per sé origine a fenomeni BEPS, ma osserva che la mancanza o una scarsa trasparenza nell'applicazione del regime o del singolo procedimento amministrativo potrebbero essere causa di discrasie nel trattamento fiscale o dar luogo ad ipotesi di doppia non imposizione.

Pertanto, pur non essendo giuridicamente obbligatorie (si usa l'espressione di "*soft law*"), le raccomandazioni contenute nel progetto BEPS hanno acquisito un'intrinseca vincolatività sulla scena internazionale.

Con riguardo al secondo pilastro, si espone sinteticamente il contenuto delle seguenti Azioni:

- Azione 6- *Clausole antiabuso*, adottata con la dichiarata finalità di evitare, mediante specifiche clausole antiabuso, la concessione non dovuta di benefici legati alle convenzioni contro le doppie imposizioni. La necessità emersa è, dunque, quella di approvare standard minimi volti ad evitare il c.d. "*treaty shopping*", fenomeno riconosciuto nell'ipotesi in cui un soggetto non residente in alcuno dei due Stati legati dalla convenzione, riesca ad ottenere i benefici riservati ai cittadini residenti nel territorio delle Parti;
- Azione 7- *Stabile organizzazione*: detta Azione ha modificato la definizione di stabile organizzazione di cui all'art. 5 del Modello OCSE, ad impedire che una società non residente utilizzi le disposizioni nazionali e convenzionali per il solo fatto di non presentare una stabile organizzazione nell'accezione tradizionale.³⁴⁵ Le innovazioni rispetto all'articolo 5 del Modello OCSE attengono ai seguenti aspetti:
 - con riguardo alla stabile organizzazione personale, l'arginamento dell'utilizzo della figura del *Commissionaire arrangements* utilizzato allo scopo di ridimensionare la base imponibile nello Stato in cui vengono effettuate le vendite;

³⁴⁵ In questa prospettiva, nell'Azione 7 si può osservare che: "*the definition of permanent establishment must be updated to prevent abuses. In many countries, the interpretation of the treaty rules on agency-PE allows contracts for the sale of goods belonging to a foreign enterprise to be negotiated and concluded in a country by the sales force of a local subsidiary of that foreign enterprise without the profits from these sales being taxable to the same extent as they would be if the sales were made by a distributor. In many cases, this has led enterprises to replace arrangements under which the local subsidiary traditionally acted as a distributor by "commissionaire arrangements" with a resulting shift of a profits out of the country where the sales take place without a substantive change in the functions performed in that country. Similarly, MNEs may artificially fragment their operations among multiple group entities to qualify for the exceptions to PE status for a preparatory and ancillary activities*".

- la stretta definizione di attività preparatorie ed ausiliarie, ad evitare che determinate attività in un primo tempo qualificate come di natura ausiliaria, possano in un secondo momento divenire attività principali dell'impresa;
- la repressione della pratica abusiva del c.d. *splitting up* dei contratti, in specie di appalto o di costruzione.

Si è detto del diffuso ricorso, da parte delle imprese multinazionali, ai *Commissionaire Arrangements*, e dell'indebito trasferimento di reddito imponibile da uno Stato all'altro per evitare la configurazione a proprio carico di una stabile organizzazione.³⁴⁶ Attraverso tali meccanismi, infatti, l'impresa commercializza i propri prodotti in un altro Stato ove non sia né residente né abbia una stabile organizzazione sottraendosi di fatto ad ogni imposizione fiscale sui profitti realizzati.³⁴⁷ L'art. 5, par.5, del Modello OCSE prevedeva la possibilità di concludere un'operazione commerciale mediante un Commissario indipendente, agente in nome proprio ma per conto di un'impresa estera, per la quale realizza operazioni anche in assenza di distributori locali collegati all'impresa stessa, sottraendo a tassazione gli utili realizzati nel Paese ove si è perfezionata l'operazione e versando esclusivamente le imposte sulla commissione percepita dall'impresa stessa. Altre strategie perseguenti la medesima finalità elusiva consistono nel prevedere contratti realmente conclusi in uno Stato ma formalmente negoziati o formalizzati all'estero. Per evitare tali situazioni, l'*Action 7* ha modificato l'art.5, paragrafi 5 e 6 del Modello OCSE, riconducendo al concetto di stabile organizzazione l'ipotesi in cui nel medesimo territorio una persona agisca per conto dell'impresa e la stessa sia

³⁴⁶ Per *Commissionaire Arrangement* si intende un accordo attraverso il quale un commissionario stipula contratti in uno Stato in nome proprio ma per conto di un'impresa non residente in quello Stato; pertanto tale figura non potrebbe mai configurare una stabile organizzazione "personale", atteso che non agisce mai in nome dell'impresa estera mandante.

³⁴⁷ SUSINI F., *L'esterovestizione e la stabile organizzazione occulta*, La stabile organizzazione occulta si configura come una sede di affari fissa per mezzo della quale un'impresa estera effettua la sua attività mediante un'organizzazione di persone e mezzi, senza alcuna dichiarazione all'Amministrazione finanziaria del Paese in cui è localizzata i proventi dalla stessa generati ed a essa direttamente imputabili. La presenza occulta di una stabile organizzazione in una giurisdizione permette allo Stato di esercitare la propria potestà impositiva sui profitti generati dall'impresa residente nell'altro Stato qualora la prima presti in quella giurisdizione una stabile attività imprenditoriale, divenendo un centro di imputazione di diritti e obblighi fiscalmente rilevanti. Il concetto di stabile organizzazione occulta non ha origine nella legislazione tributaria né tantomeno nella prassi amministrativa, ma tale nozione si è formata nel corso delle verifiche in capo a società italiane appartenenti a gruppi esteri. <http://fpcu.it/>.

autorizzata a concludere i contratti o, in ogni caso, a rivestire un ruolo decisivo,³⁴⁸ circostanza facilmente dimostrabile dal fatto che ordinariamente i contratti sono conclusi dall'impresa non residente senza che essa vi apporti alcuna modifica.

Le novità operate dall'*Action 7*, dunque, considerano l'intervento del Commissario indipendente quale sufficiente *nexus* con il Paese in cui questi opera, ad esclusione, ovviamente, dell'ipotesi in cui egli stia curando, in via autonoma, un proprio affare. Ne deriva una sorta di *contradictio in terminis* nella figura del Commissario indipendente, che non può essere tale se agisce esclusivamente per conto di una o più imprese cui è strettamente correlato, ed è indipendente solo nelle limitate ipotesi in cui egli agisca in nome proprio.³⁴⁹ Con riguardo all'introdotta individuazione delle attività preparatorie o ausiliarie, l'*Action 7* con un approccio *a contrario*, ha riconosciuto il carattere preparatorio o ausiliario delle attività solo ove queste non valgano a costituire una stabile organizzazione (c.d. *negative list*). L'ampiezza della categoria delle attività preparatorie o ausiliarie evidentemente incide sulla fiscalità internazionale e sulle opzioni di politica fiscale consentendo di spostare la potestà impositiva sul reddito dal Paese di residenza a quello della fonte.³⁵⁰ In tale contesto, l'Azione 7, consapevole dei cambiamenti apportati dall'economia digitale in cui le attività preparatorie ed ausiliarie ben possono divenire attività *core business* di un'impresa, ha evidenziato la necessità di due modifiche della *negative list*: la prima, per escludere solo le attività cui riconoscere effettivo carattere ausiliario o preparatorio,³⁵¹ agevolandone l'identificazione mediante modelli esemplificativi introdotti nel Commentario al Modello OCSE per ciascuna delle attività di cui al par. 4 dell'art. 5, con la conseguenza che, ad un'automatica esclusione di una stabile organizzazione in

³⁴⁸ Nel Commentario (par. 32.5) è inserita un'ipotesi esemplificativa del concetto di ruolo decisivo che può integrare una stabile organizzazione personale.

³⁴⁹ Al fine di evitare il configurarsi di una stabile organizzazione di tipo personale, il Commissionario dovrà mantenere un ruolo sostanziale di indipendenza rispetto all'impresa committente, abbandonando quindi eventuali clausole di esclusiva tra l'impresa ed il Commissionario stesso.

³⁵⁰ Allocazione disciplinata dall'art.7 del Modello OCSE.

³⁵¹ Nel paragrafo 21.2 del Commentario si specifica che un'attività ha:

- Carattere preparatorio, qualora venga svolta in funzione di quella che rappresenta la parte essenziale e significativa delle attività dell'impresa nel suo complesso;
- Carattere ausiliario, se viene effettuata a supporto, senza esserne parte, dell'attività essenziale e significativa dell'impresa nel suo complesso.

presenza di attività qualificate come preparatorie o ausiliarie, si sostituisce una valutazione alla quale la *negative list* assume solo la natura di supporto esemplificativo.

La seconda modifica introduce una *anti-fragmentation rule*, per evitare un'impropria e strumentale frammentazione tra parti strettamente correlate³⁵² di un'operazione unitaria.³⁵³ Pertanto, particolare attenzione è dedicata dall'*Action 7* al fenomeno del c.d. *splitting up of contracts*, consistente proprio nell'indebito frazionamento spesso operato al fine di abusare dell'eccezione di cui all'art. 5 par.3 del Modello OCSE. Peraltro, è stato osservato come il frazionamento, oltre che tra parti correlate al gruppo, può essere riferito anche all'arco temporale di durata del contratto, come accade quando ognuna delle parti correlate va a coprire un periodo inferiore ai dodici mesi, per poi cedere il passo a società diverse, aggirando in questo modo la soglia dei 12 mesi fissata nel Modello OCSE.

A reprimere tale pratica, l'*Action 7* ha introdotto la regola antiabuso generale, nota come *Principal Purpose Test Rule* (PPT) volta a contrastare abusive suddivisioni dei contratti.

Per riuscire nell'intento, sono state introdotte due verifiche: la prima soggettiva, dal punto di vista delle autorità fiscali e l'altra oggettiva, che riguarda i contribuenti, entrambe dirette a vagliare la conformità delle azioni rispetto alle finalità del trattato. A chiarimento delle novità introdotte sono stati forniti modelli esemplificativi³⁵⁴ di operazioni separate per ottenere il beneficio legato all'esclusione della stabile organizzazione. Correlata alla descritta novità si pone la modifica del paragrafo 18 rimasto invariato nel contenuto ma suddiviso, per esigenza di maggiore chiarezza, nei paragrafi 18

³⁵² "(...) it is not possible to avoid PE status by fragmenting a cohesive operating business into several small operations in order to argue that each part is merely engaged in preparatory or auxiliary activities that benefit from the exceptions of Art."

³⁵³ Viene chiarito nel nuovo Commentario, la nozione di *closely related enterprise* è quella definita nell'art. 5, par.6, lett. b) del Modello OCSE, specificata nei paragrafi 38.8-38.10 del Commentario.

³⁵⁴ OECD/G20, *Proposed new paragraph 17*, cit., pag.44, esempio: "la società Alfa è residente nello "Stato R", ed ha presentato con successo un'offerta di appalto per la costruzione di una centrale elettrica con Beta, una società indipendente situata nello "Stato S", questo progetto di suddivisione dovrebbe durare 22 mesi. Il progetto durante la negoziazione, viene suddiviso in due diversi contratti, ciascuno dei quali dura 11 mesi. Il primo contratto è concluso con Alfa e il secondo con Gamma, interamente controllata da Alfa e residente nello "Stato R". sotto richiesta di Beta, la società Alfa è contrattualmente in solido con Gamma, per gli obblighi contrattuali di quest'ultima"

e 18.1.³⁵⁵ Anche il successivo paragrafo 18.2 ribadisce la necessità che la valutazione sia condotta caso per caso. Al fine di verificare il rispetto sostanziale della soglia dei dodici mesi sono stati individuati i seguenti criteri: a) se un'impresa formalmente residente in uno Stato contraente esercita attività d'azienda sul territorio di altro Stato contraente ed il luogo costituisce un cantiere, un progetto di costruzione o installazione, è necessario che queste attività non superino la durata di 12 mesi; b) se presso detto luogo sono svolte attività connesse, da parte di una o più imprese correlate alla prima, ciascuna per un periodo di tempo superiore a 30 giorni, detti periodi di tempo sono aggiunti al periodo di attività posto in essere dalla prima impresa.³⁵⁶

Inoltre, anche per i Paesi nei quali la legislazione domestica non prevede clausole antiabuso, il Commentario consente l'applicazione di una regola automatica valida nei trattati che non prevedono il *Principal Purpose Test* o, in alternativa, utilizzabile dai Paesi ove più pesantemente si verificano *splitting-up* contrattuale.

- Azioni 8-10 - *Transfer pricing*: anche nell'ambito dei prezzi di trasferimento, l'OCSE ha avvertito il pericolo di uno scostamento abusivo dagli *standard* internazionali mirato a spostare i profitti disallineandoli dalle attività che li hanno prodotti. Le Azioni 8-10, in particolare, sono dedicate a questa tematica mirando a ricondurre, mediante le regole del *transfer pricing*, l'attività delle multinazionali verso una corretta collocazione e tassazione dei profitti. È parso opportuno, dunque, nell'ambito del BEPS, sottoporre a revisione le *Transfer pricing Guidelines*, soprattutto nelle parti riferite alla valorizzazione

³⁵⁵ OECD, Final Report Action 7, "Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status" Le modifiche effettuate riguardano la parte apportata al paragrafo 18.1, in cui viene rimossa la locuzione "countries concerned with this issue can adopt solutions in the framework of bilateral negotiations" e inserita "these abuses could also be addressed through the application of the anti-abuse rule of paragraph 7 of Article (X), as shown by example J in paragraph 14 of the Commentary on Article (X). Some States may nevertheless wish to deal express it with such abuses. Moreover, States that do not include paragraph 7 of Article X in their treaties should include an additional provision to address contract splitting. Such a provision could, for example, be drafted along the following lines: For the sole purpose of determining whether the twelve month period referred to in par. 3 has been exceeded, a) where an enterprise of a Contracting State carries on activities in the other Contracting State at a place that constitutes a building site or construction or installation project and these activities are carried on during periods of time that do not last more than twelve months, and b) connected activities are carried on at the same building site or construction or installation project during different periods of time, each exceeding 30 days, by one or more enterprises closely related to the first mentioned enterprise, these different periods of time shall be added to the period of time during which the first mentioned enterprises has carried on activities at the building site or construction or installation project"

³⁵⁶ OECD/G20, Proposed new paragraph 18.1, pag. 45-46.

delle transazioni relative agli *intangibles* ed all’allocazione convenzionalmente disciplinata dei rischi. Uno dei punti nodali affrontati nelle tre Azioni ha riguardato il contrasto alla marcata tendenza delle multinazionali ad allocare i profitti in corrispondenza di discipline fiscali più favorevoli, cui l’Azione 8 ha opposto la disciplina del *transfer pricing*, soprattutto in relazione alle transazioni che coinvolgono beni immateriali, approntando regole sui prezzi di trasferimento o misure specifiche per le operazioni che riguardino beni immateriali di incerta valutazione (c.d. *hard-to-value intangibles*). Inoltre, è stata adottata una definizione chiara, precisa ed esaustiva di beni immateriali, affinché l’attribuzione dei profitti sia in linea con la creazione del valore (“*Assume that transfer pricing outcomes are in line with value creation*”).³⁵⁷ L’Azione 9, poi, si occupa di assicurare una corrispondenza tra la ripartizione dei rischi su base contrattuale e l’effettiva assunzione, da parte dell’impresa associata, del controllo sul rischio e dell’onere di farvi fronte con risorse proprie, assumendo come criterio ispiratore di detta analisi quello della corrispondenza tra rischio e beneficio. L’Azione 10 si concentra su altre forme di erosione della base imponibile, quali l’incremento fittizio dei costi di gestione rispetto alla loro dimensione reale.

Al terzo pilastro, finalizzato a garantire trasparenza e certezza del diritto, si riferiscono le seguenti rimanenti Azioni:

- Azione 11 - *Misurare il BEPS*: grazie ad una piattaforma di sei indicatori si rende possibile monitorare le evoluzioni dei fenomeni e verificare l’efficacia delle misure di contrasto sviluppate;
- Azione 12 - *Regole di Disclosure*: lo scopo è quello di facilitare l’emersione dei fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, imponendo ai contribuenti anche obblighi di dichiarazione per venire incontro alle attività di monitoraggio svolte delle Amministrazioni finanziarie;
- Azione 13 - *Documentazione in materia di transfer pricing*: l’azione si appunta sul *transfer pricing*, sulla documentazione richiesta alle imprese e sulle modalità per procedere all’individuazione di uno standard minimo;
- Azione 14 - *Risoluzione delle controversie*: la materia è quella del contenzioso e del rinvenimento di meccanismi di risoluzione delle controversie, destinate ad aumentare nel breve periodo, attesa la presenza di elementi di incertezza nell’immediata applicazione. A tal fine, il periodo temporale entro il quale le

³⁵⁷ OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, pag. 20.

Parti si impegnano a superare il contenzioso è stato fissato mediamente in 24 mesi e sono state altresì individuate 11 *best practies* cui ricorrere nella soluzione dei conflitti.³⁵⁸

Di particolare interesse risulta, infine, per l'esposizione delle posizioni dell'OCSE e degli USA con riguardo al rinvenimento di un nuovo sistema di tassazione dell'economia digitale, la circolare Assonime n.19 del 1° agosto 2018.³⁵⁹ Emerge chiaramente da tale documento la distanza tra la posizione degli USA che disconoscono la necessità di individuare strumenti *ad hoc* e, dall'altro lato, il fermo intendimento dell'UE nel rintracciare e promuovere specifiche soluzioni normative per un'equa politica fiscale da applicare alla ricchezza generata dalle imprese della *new economy*.

Le due opposte posizioni, in realtà, sono sintomatiche di due differenti visioni dei *driver* di creazione del valore nei settori digitali, in quanto gli Stati Uniti tendono a riconoscere maggiore rilevanza agli *intangibles*, mentre la compagine europea sembra incline a ritenere maggiormente rilevante il contributo degli utenti, localizzati, in modo diffuso, in tutto il mondo. L'esame delle diverse prospettive, ben rappresentate nella circolare Assonime, risulta utile per comprendere la portata delle recenti proposte comunitarie e nazionali che verranno approfondite nei paragrafi successivi del presente elaborato.

3.5 Evoluzione della stabile organizzazione in linea con la *digital economy*

E' stato già fatto cenno, nei precedenti paragrafi, al concetto di stabile organizzazione ("*permanent establishment*") quale criterio di ripartizione, legato ad elementi di materialità, del potere impositivo nei confronti di un soggetto residente in uno Stato che produca redditi d'impresa in uno Stato diverso.

Occorre altresì considerare l'abbandono di un concetto di sovranità statale, pressoché illimitata, secondo il concetto di "*sovranità territoriale*" - che riconosce solamente i limiti rappresentati dai confini del proprio ambito giurisdizionale, senza alcuna ingerenza da parte di soggetti internazionali – verso un concetto di sovranità nazionale

³⁵⁸ SERVIZIO DEL BILANCIO DEL SENATO, *Il Progetto Base Erosione and Profit Shifting (BEPS)*, XVII Legislatura, Nota breve n.13, ottobre 2015.

³⁵⁹ LEO M., op. cit.

che, in linea con i grandi mutamenti dell'economia, ha ampliato e reso più evanescenti i confini del proprio ambito, sotto l'influsso del c.d. "diritto valutario" e delle c.d. "transazioni invisibili", operazioni nelle quali l'impresa, assai abilmente, qualificava come *royalties*, interessi e dividendi tutti i valori creati nel territorio dello Stato diverso da quello di residenza. A tale primo nucleo di operazioni su beni immateriali si sono aggiunte, poi, tutte le transazioni definite via *internet*, nelle quali i servizi possono essere prestati anche da imprese che non abbiano alcun tipo di struttura nei Paesi diversi da quello di residenza.

Ciò ha comportato un rivoluzionamento nel concetto di sovranità nazionale ed un notevole affievolimento di quello di sovranità fiscale.³⁶⁰ Da qui la necessità di rivedere l'approccio che caratterizzava le previgenti misure internazionali, fondato sui tre pilastri della "residenza fiscale", della disciplina dei flussi transnazionali dei "*passive income*" e del concetto di "stabile organizzazione".

Il concetto di stabile organizzazione,³⁶¹ più degli altri, ha subito una rivisitazione per essere adattato a comprendere le ipotesi in cui l'attività svolta dall'impresa estera nel territorio di uno Stato possa dirsi, pur in assenza di una stabile organizzazione in senso tradizionale, sufficiente per considerare l'impresa straniera come fiscalmente esistente ed attiva nell'economia di quel Paese.

Le modifiche si rendevano necessarie per un duplice ordine di ragioni: sia per garantire le pretese fiscali dei singoli Stati che per tutelare le imprese dal rischio, pregiudizievole alla loro espansione, di una doppia imposizione, rischio eliminabile solo grazie ad un coordinamento dei sistemi fiscali dei singoli ordinamenti.

L'indebolimento della concezione tradizionale di stabile organizzazione può dirsi coevo all'ingresso sulla scena economica internazionale delle imprese *high tech*,³⁶² intendendo riferirsi, con tale espressione, alle imprese che esercitano attività interamente digitali e che, pertanto, non necessitano di una presenza fisica sul territorio per perseguire il loro oggetto sociale. I nuovi sistemi fiscali, dunque, si sono trovati a fare i conti con le differenti caratteristiche di tali imprese come, ad esempio, il fattore di mobilità che tipizza sia i nuovi *business model* che gli stessi ricavi d'impresa,

³⁶⁰ PERRONE V. - LUPI R., *Fiscalità internazionale ed economia digitale tra stabile organizzazione occulta e pubblicità online*, in *Fiscalità Internazionale*.

³⁶¹ La nozione di "*permanent establishment*" è stata adoperata per la prima volta dalla Società delle Nazioni nell'art.5, par.1 del Modello di Convenzione OCSE 1927.

³⁶² WESTBERG B., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, opera in cui appare di parere contrario, secondo il quale anche in ambito dell'economia digitale "*some minimum form of physical presence and performance must be required in any source aspiring to fiscal benefits*", a cura di Del Federico - Ricci, Padova, 2015.

generabili da remoto, in assenza di una stabile organizzazione o, al più, avvalendosi di strutture agili, non idonee a costituirne i presupposti.³⁶³ L'elemento della mobilità, inoltre, caratterizza l'economia digitale non solo con riguardo all'oggetto delle transazioni sul *web* (i c.d. *intangibles*) o ai soggetti (i c.d. *users*) ma anche per la grande rapidità con cui le imprese possono delocalizzare le loro funzioni operative, inserendosi in un determinato settore del mercato o, in ogni caso, mostrandosi non agevolmente localizzabili.

Di conseguenza, in un contesto ove alla presenza di una notevole componente di dematerializzazione si unisce una spiccata tendenza allo spaccettamento delle funzioni e degli *assets* su diversi territori, diviene improcrastinabile elaborare un nuovo e più idoneo criterio di collegamento, valido ad assicurare la tassazione sui profitti, da accertare correttamente anche negli importi, derivanti dai nuovi modelli di *business* e nel territorio in cui essi sono creati.³⁶⁴

L'adozione di misure appropriate è divenuta tanto più urgente man mano che si è acquisita consapevolezza dei sempre più consistenti guadagni derivanti dal *business* digitale a fronte degli scarsi flussi di prelievo fiscale finora consentiti nei Paesi ove pure tale ricchezza veniva ad essere generata. Inoltre, il fenomeno elusivo è, a sua volta, foriero di indebiti vantaggi competitivi, economici e fiscali che le multinazionali digitali conquistano rispetto alle imprese che operano nel settore della produzione e del commercio di beni materiali, gravate da onerose imposte.³⁶⁵ Si pone, dunque, anche una questione di equità nella tassazione del reddito di impresa, ben presente all'OCSE che, impegnata nel trovare valide soluzioni in tal senso, non ha finora ancora prodotto i risultati attesi.

Con riguardo al concetto di stabile organizzazione, gli sforzi iniziali dell'OCSE si sono concentrati sul tentativo di fornire un'interpretazione aggiornata della definizione tradizionale di cui all'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni ma gli sviluppi successivi dell'economia digitale hanno mostrato l'esigenza di un più profondo rinnovamento.

Nella breve sintesi che segue è parso opportuno illustrare le tappe del percorso compiuto dall'OCSE.

³⁶³ ASSONIME, "Stati sovrani ed imprese multinazionali...", in Note e studi, n.15/2017.

³⁶⁴ La difficoltà nel rintracciare il luogo dove il valore è creato, nell'ambito dell'economia digitale, è sottolineata da Schön, "Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy", in Bulletin for international taxation 2018.

³⁶⁵ GALLO F., "Prospettive di tassazione dell'economia digitale", in Diritto mercato tecnologia, 2016.

La questione è stata, per prima, esaminata dalla *Committee Fiscal Affairs (CFA)*³⁶⁶ che ha dato vita ai cinque *Technical Advisory Group (TAG)*, costituiti da membri in parte designati dai Governi ed in parte scelti tra gli esperti del mondo del *business*. Di tali Gruppi, uno in particolare, il *Business Profit Technical Advisory Group (BP TAG)* aveva avuto il compito di analizzare e sviluppare i particolari aspetti emersi dal commercio elettronico, secondo le linee guida definite nel documento OCSE, “*Electronic Commerce: The Challenges to Tax Authorities and Taxpayers*”.

L’analisi dei profili dell’adeguamento dell’istituto della stabile organizzazione alle nuove caratteristiche del commercio elettronico³⁶⁷ ha trovato compiuta espressione nel documento “*The application of the Permanent Establishment Definition in the Context of Electronic Commerce: Proposed Clarification of the Commentary on Article 5 of the OECD Model Tax Convention – Draft for Comments*” predisposto dal “*Working Party N.1 on Tax Conventions and Related Questions*”, prodromico all’inserimento nel Commentario al Modello 2000 di una specifica sezione dedicata all’ *Electronic Commerce*.

In tal modo, peraltro, l’intervento sul solo Commentario e non sulla definizione di stabile organizzazione di cui all’art.5 del Modello OCSE, presentava il pregio di un’immediata realizzabilità non richiedendo la modifica, altrimenti necessaria, dei numerosi trattati già ratificati e basati sul Modello OCSE.

Il nodo principale della discussione ha riguardato la possibilità di considerare come stabile organizzazione il sito *web* ed il *server*, nella vigenza della c.d. *basic rule* di cui all’art. 5 par. 1 del Modello OCSE che definisce la stabile organizzazione come “*a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*”.

Tale passaggio ha rappresentato un’importante svolta ermeneutica, riprodotta in maniera inalterata anche nelle diverse versioni del Commentario, fino alla più recente del 2017. La percorribilità dell’ipotesi di ricomprendere nel tradizionale istituto forme

³⁶⁶ Il CFA è formato da alti funzionari responsabili delle politiche fiscali e delle amministrazioni finanziarie dei Paesi OCSE, dei Paesi osservatori e di altre organizzazioni internazionali e regionali, svolge un ruolo di rilievo nell’affrontare gli effetti della rivoluzione tecnologica in ambito fiscale.

³⁶⁷ È da evidenziare come i lavori in materia di commercio elettronico, iniziarono in occasione di due importanti incontri internazionali, la Conferenza di *Turku* nel 1997 e quella di *Ottawa* nel 1998, a cui presero parte rappresentanti delle organizzazioni internazionali, del settore imprenditoriale e delle organizzazioni dei consumatori. In tali occasioni emerse sia la consapevolezza che il commercio elettronico fosse un mezzo innovativo per concludere in maniera rapida le transazioni commerciali, ma al contempo si sottolineò la necessità di adattare gli strumenti vigenti tributari al commercio elettronico. Si gettarono le basi per un futuro accordo di respiro mondiale, in materia fiscale di commercio elettronico. (“*A borderless world: realising the potential of global electronic commerce*”), Ottawa 7-9 ottobre, 1998.

e fattispecie tipiche del commercio elettronico (“*computer*”, “*software*”, “*sito web*”, “*server*”), è stata affrontata dal Comitato OCSE che ha operato una prima distinzione tra l’attrezzatura *computer* - ben riconducibile, a determinate condizioni, alla stabile organizzazione - ed i *software*, installati sul supporto materiale. Anche con riguardo al *sito web*, inteso come spazio virtuale connotato da immaterialità,³⁶⁸ dato dalla combinazione di *software* e dati elettronici, è stata esclusa l’assimilazione ad una sede fissa di affari, come definita dall’art. 5 del Modello OCSE che pone, come requisito imprescindibile, la materialità del luogo sostanziata nella presenza di magazzini e attrezzature. Nonostante il crescente numero di transazioni effettuate sul *web*, l’OCSE ha mantenuto inalterata la sua posizione nell’escludere la possibilità di attribuire allo spazio virtuale del *web* la qualificazione di base fissa di affari e l’idoneità ad integrare i presupposti della stabile organizzazione e della correlata tassazione in un determinato Paese dei profitti da esso derivati³⁶⁹.

Al contrario, il *server*, in quanto elaboratore dotato di una propria materialità, è stato ritenuto idoneo ad integrare, in presenza dei normali seguenti requisiti, una stabile organizzazione:

- fissità: è necessario che il *server* permanga nel territorio dello Stato per un determinato arco temporale, dovendo intendersi detta permanenza non già come fisso ancoraggio al suolo quanto come collegamento di natura economico/funzionale non temporaneo con uno spazio geografico determinato;
- strumentalità rispetto allo svolgimento dell’attività: è richiesto un nesso strumentale del *server* rispetto alle funzioni connesse all’attività principale e caratteristica dell’impresa la quale, dunque, deve svolgersi interamente o in misura preponderante attraverso il *server*.³⁷⁰

Dovendo, inoltre, escludersi che l’attività svolta attraverso il *server* abbia natura preparatoria o ausiliaria³⁷¹, nel senso indicato dall’art. 5 par. 4 del Modello OCSE,

³⁶⁸ DE LUCA A. - RITROVATO F., *La stabile organizzazione nel commercio elettronico in Italia*, in Fisco, 2004; FLORA P., *Commercio elettronico*, in Corr. trib., 2001.

³⁶⁹ Secondo l’OCSE non sono da considerare ipotesi di stabile organizzazione neppure un *web site hosting arrangement* e un ISP (*c.d. Internet service provider*), sebbene per quest’ultimo si potrebbe considerare un’ipotesi di stabile organizzazione personale nel caso remoto in cui il provider stesso possa essere considerato come agente dell’impresa.

³⁷⁰ OCSE, “*Commentario all’art. 5 ...*”, par. 126, 2017.

³⁷¹ Nel Commentario OCSE sono state elencate, a titolo esemplificativo, una serie di attività che sono considerate ausiliarie, come:

- La fornitura di collegamenti tecnici di comunicazione tra fornitore e clienti;
- La pubblicizzazione di beni e servizi;
- La raccolta dati di mercato per le imprese.

risulta indispensabile procedere ad un'analisi *case by case* per verificare l'attività concretamente svolta dall'impresa attraverso il *server*³⁷².

In sintesi, escluso che un sito *internet* possa essere qualificato come sede fissa di affari e quindi valere ad integrare il presupposto di una stabile organizzazione, è stata, d'altra parte, affermata la possibilità che il *server*, per la sua necessaria funzione allo svolgimento delle operazioni di commercio elettronico, sia considerato come stabile organizzazione anche in riferimento a quelle operazioni effettuate solo tramite *web*.³⁷³ Tali conclusioni si trovano espone nel Commentario OCSE che riconosce al *server* la definizione di stabile organizzazione, come parte di un'attrezzatura avente una localizzazione fisica, in ragione della sua stabilità nello spazio e nel tempo, elementi caratterizzanti la sede fissa di affari.³⁷⁴

Il successivo percorso compiuto su tali questioni ha visto, nel 2004, la proposta del BP TAG di introdurre nel Modello OCSE la definizione di “*eletronic (virtual) permanent establishment*” che intendeva risolvere ulteriori questioni sorte in materia di *e-commerce*, attraverso la definizione dei concetti di:

- “*virtual fixed place of business PE*”, che riconosceva una stabile organizzazione all'impresa che mantenesse un *web site*, su cui svolgere la propria attività, sul *server* di un'altra impresa collocata in un diverso territorio, ammettendo, in tali ipotesi, la configurabilità del sito *web* come *place of business* virtuale;
- “*virtual agency*”, con cui si intendeva ampliare il contenuto di stabile organizzazione personale all'ipotesi in cui le transazioni avvengano tramite mezzi tecnologici, in luogo di persone localizzate in uno Stato diverso per conto dell'impresa;
- “*on-site business presence*” che ammette una stabile organizzazione in un Paese quando un'impresa fornisca, in quel territorio, servizi ai clienti locali semplicemente *on-site* o con altre modalità interfaccia, senza una sede fissa.³⁷⁵

Dall'elaborazione di questi concetti si è profilata, grazie al lavoro del BP TAG, la necessità di andare oltre la mera adattabilità, tramite un'interpretazione estensiva, del concetto tradizionale di stabile organizzazione, cominciando ad intravedersi i contorni di un nuovo concetto, inclusivo della presenza virtuale. Tuttavia, all'accoglimento in

³⁷² TOMMASSINI A., *Stabili organizzazioni*, cit., in Corr. trib., 2013.

³⁷³ PERRONE V. - SEPIO G. - LUPI R., *Stabile organizzazione*.

³⁷⁴ PERRONE V. - STEVANATO D. - LUPI R., *Ulteriori riflessioni sulla web tax*, in *Dial. trib.*, 2015.

³⁷⁵ FONDAZIONE BRUNO VISENTINI, *La tassazione dell'economia digitale, Position Paper*, 4 aprile 2019, Roma.

concreto del principio della stabile organizzazione virtuale si frappesero, inizialmente, due ostacoli: il convincimento che i mutamenti introdotti dall'economia digitale non esigessero un effettivo abbandono del concetto tradizionale di stabile organizzazione; la mancanza di dati certi ed affidabili circa la sottrazione dei redditi creati tramite gli strumenti telematici al gettito fiscale nei vari Paesi.

Gli spazi inizialmente lasciati sguarniti dall'OCSE hanno tuttavia permesso il proliferare di forme sempre più massicce e sofisticate di pianificazione fiscale aggressiva che hanno indotto ad affrontare nuovamente la questione durante i lavori del Progetto BEPS, da cui è infatti emersa l'Action 1.³⁷⁶

Con tale Azione, come si è detto, è stato previsto un *nexus* alternativo al tradizionale collegamento rappresentato dalla presenza fisica e dedicato alle attività economiche svolte in forma digitale. In tali ipotesi, è riconoscibile ad un'impresa che svolga *fully dematerialised digital activities* una stabile organizzazione in uno Stato se nel relativo territorio eserciti una *significant digital presence*.³⁷⁷

Naturalmente questo nuovo approccio ha reso preventivamente necessario sciogliere alcune questioni, atteso che, se risulta relativamente facile accertare la presenza digitale, intesa come possibilità che ai contenuti digitali di un'impresa accedano clienti localizzati in un Paese diverso da quello in cui la stessa ha la sua residenza, più difficile diviene individuare una presenza digitale che possa essere ritenuta significativa³⁷⁸. Un'ulteriore difficoltà incontrata ha riguardato l'esigenza di non squilibrare i delicati rapporti nella spartizione della potestà impositiva sul reddito d'impresa tra Stato della fonte e Stato di residenza e di stabilire un'equità fiscale nei rapporti tra imprese

³⁷⁶ Oltre quanto già detto nel paragrafo precedente del presente elaborato si veda anche VALENTE P., *Elusione fiscale internazionale*, IPSOA, 2014; VALENTE P. - IANNI G.- ROCCOTAGLIA F., *Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione di impresa*, IPSOA, 2015.

³⁷⁷ DELLA ROVERE A.- VIOLA I., *Prospettive della digital economy in ambito internazionale, europeo e nazionale*, in il Fisco 10/2019.

³⁷⁸ Tra le possibili soluzioni prospettate dall'OCSE figurano:

- Il riconoscimento di un numero significativo di contratti posti in essere con clienti fiscalmente residenti nello Stato di destinazione con riferimento alla fornitura di beni, servizi digitali;
- L'impiego dei beni o dei servizi propri dell'impresa in misura prevalente all'interno di un Paese diverso rispetto a quello in cui l'impresa stessa è fiscalmente residente;
- L'ammontare significativo di pagamenti effettuati in favore dell'impresa da parte dei consumatori residenti in uno Stato diverso da quello della residenza dell'impresa stessa;
- La sussistenza, all'interno dello Stato di destinazione, di una struttura connessa con l'impresa non residente, che seppure non soddisfa i requisiti della stabile organizzazione tradizionale, eserciti sostanzialmente attività di promozione dei beni forniti da questa;
- La regolare e sistematica raccolta da parte dell'impresa estera di dati connessi a utenti residenti, dal punto di vista fiscale, in un altro Stato.

assoggettate a prelievo sulla base della presenza fisica e quelle che lo sono divenute alla luce del nuovo criterio della presenza economica significativa.³⁷⁹

L'OCSE ha altresì osservato come il fenomeno elusivo non sia da collegarsi esclusivamente alla *new digital economy* ma a politiche fiscali aggressive già da tempo poste in atto dalle multinazionali, dovendo ritenersi, dunque, che il fenomeno non potrà essere eliminato solo con l'introduzione del nuovo *nexus* della significativa presenza digitale ma solo grazie all'intervento congiunto delle misure previste dall'*Action 3*, *Action 7* e dalle *Actions 8-10*.³⁸⁰

Peraltro, è da rilevare che, allo stato attuale, ancora non si è provveduto all'introduzione di un concetto di presenza digitale significativa.³⁸¹

Gli ultimi sviluppi vedono la pubblicazione, in data 16 marzo 2018, da parte dell'OECD *Inclusive Framework IF on BEPS*³⁸² del *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*,³⁸³ preparatorio alla stesura del *Final Report* destinato a vedere la luce entro al fine del 2020. Il documento, ripercorsi i principali effetti dell'economia digitale sulle strutture societarie ed, in genere, sull'economia globale, illustra lo stato attuale ed i possibili sviluppi delle soluzioni adottate in ambito BEPS e dai singoli Stati³⁸⁴ nel settore dell'economia digitale. È evidenziato altresì come ancora non risulti raggiunto l'unanime consenso sul nuovo sistema delle norme fiscali internazionali.

Inoltre, il 23 e il 24 gennaio 2019 si è svolta la riunione dell'*Inclusive Framework* dell'OCSE, all'esito della quale è stata pubblicata una *Policy Note* che ha individuato

³⁷⁹ ALBANO G., *Nuovi modelli di business delle imprese multinazionali e stabile organizzazione occulta*, in *Corr. Trib.*, n.6, 2017.

³⁸⁰ MAYR S. - SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, IPSOA, Milano, 2016.

³⁸¹ DORIGO S., *Il problematico adattamento della nozione di stabile organizzazione all'economia digitale*, in *Corr. Trib.* 2019 8-9.

³⁸² L'IF riunisce 115 Paesi e giurisdizioni che collaborano all'attuazione del Progetto BEPS dell'OCSE / G20.

³⁸³ L'*Interim Report* è composto da otto capitoli: 1) *introduction to the Interim Report on the tax challenge arising from digitalization*; 2) *Digitalization, business models and value creation*; 3) *Implementation and impact of the BEPS package*; 4) *Relevant tax policy developments*; 5) *Adapting the international tax system to the digitalization of the economy*; 6) *Interim measures to address the tax challenges arising from digitalization*; 7) *Beyond the international tax rules: the impact of digitalization on other aspects of the tax system*; 8) *Conclusion to the Interim Report on the tax challenges arising from digitalization*.

³⁸⁴ Nel capitolo 4 dell'*Interim Report*, le misure unilaterali proposte dai singoli Stati potenzialmente rilevanti per la *digital economy* sono raggruppate in quattro gruppi aventi ad oggetto: 1) l'applicazione alternativa delle soglie integranti una stabile organizzazione, 2) l'ipotesi di una ritenuta alla fonte, 3) forme di tassazione sul giro d'affari, 4) regimi fiscali specifici per le grandi multinazionali.

un percorso *consensus based*, articolato in due pilastri:³⁸⁵ da un lato, la ricerca del “nuovo” e dall’altro, la revisione del “vecchio”. Sotto il primo profilo, PILLAR 1, lo sforzo è indirizzato alla ricerca di una soluzione condivisa che tenga conto dell’incidenza della digitalizzazione nell’elaborazione di nuove regole di fiscalità internazionale e di riparto dei diritti impositivi tra le giurisdizioni.

In tal senso, l’attenzione è concentrata sui temi della corretta allocazione dei profitti delle *web company*, grazie ad una rimodulazione delle regole di *transfer pricing* ed all’introduzione di un nuovo *nexus* che mette in relazione l’impresa con il territorio dello Stato in cui si generano redditi, considerando il complessivo panorama del mercato degli intangibili, della partecipazione degli utenti e della nozione della presenza digitale significativa. Il secondo ambito d’azione, PILLAR 2 è rivolto, invece, a superare i fenomeni di *base erosion and profit shifting* che attendono ancora definitive soluzioni malgrado le varie misure correttive già messe in campo dal Progetto BEPS, quali i nuovi criteri del *transfer pricing*, le regole CFC e la nuova disciplina degli ibridi.

Per l’approfondimento degli specifici aspetti dei contenuti dei due pilastri, si rinvia al paragrafo 3.7 del presente elaborato.

3.6 Proposta di Direttiva COM (2018) 147 *final* sulla c.d. “stabile organizzazione digitale”

Si è fatto cenno alla circostanza che, malgrado il maggiore livello di attenzione in ordine ai rapporti tra imposizione fiscale ed economia digitale, né l’OCSE né l’Unione Europea hanno ad oggi raggiunto una soluzione condivisa.

Circa l’OCSE, il Progetto BEPS si è fatto promotore di una specifica Azione finalizzata a fronteggiare gli effetti dell’economia digitale sui temi fiscali ma occorre arrendersi all’evidenza che gli Stati aderenti non sono riusciti a trovare un accordo per

³⁸⁵ LATINI S., *Economia digitale: l’OCSE fa il punto sulla futura tassazione*, 19 febbraio 2019, <https://www.ipsoa.it/>.

una nuova forma di *nexus*, capace di rintracciare la stabile organizzazione anche in contesti economici digitalizzati e dematerializzati.³⁸⁶

Anche la Commissione Europea, d'altra parte, allo stato attuale ha solamente formulato, in data 21 marzo 2018, due Proposte di Direttiva volte ad affrontare la tematica della tassazione dell'economia digitale: la prima per una ridefinizione del concetto di stabile organizzazione al fine di includervi il concetto di “*presenza digitale significativa*” (Proposta di Direttiva 147)³⁸⁷ cui saranno dedicati approfondimenti nel prosieguo del presente paragrafo, e la seconda per l'introduzione di un'imposta sulle transazioni digitali (*Interim Web Tax*), come misura transitoria.

La Proposta di Direttiva 147, all'articolo 1, intende ampliare, ai fini dell'applicazione delle imposte sulle società, la nozione di stabile organizzazione, a comprendervi anche la “*presenza digitale significativa*” nel territorio di un determinato Stato al fine di sottoporre al relativo regime fiscale il valore ivi effettivamente creato. La “*presenza digitale significativa*” diviene, pertanto, presupposto per l'imponibilità dei redditi d'impresa da parte di un ordinamento e si consolida qualora un'impresa non residente svolga servizi digitali dematerializzati – cioè resi senza l'impiego di attività umane – in misura superiore alle tre soglie individuate dall'art. 4 e, rispettivamente riferite al volume dei ricavi (maggiori di 7 milioni di euro), al numero di utenti situati nello Stato (oltre 100.000) - con ciò evidenziando il ruolo degli utenti nella creazione del valore³⁸⁸- al numero delle transazioni effettuate (oltre 3.000). Rispetto ai contenuti dell'*Action 1* del BEPS, ove il reddito era considerato sempre in aggiunta ad altro fattore di connessione digitale con lo Stato, nella Proposta di Direttiva 147, il reddito è solo uno dei tre indicatori da valutare che, anche ove non superasse la relativa soglia, non impedirebbe il riconoscimento della presenza digitale significativa in ragione degli altri due indicatori. L'attenzione della Commissione europea, dunque, si sposta sugli utenti, sia come parti delle transazioni che vedono l'acquisto di un prodotto o di un servizio, ma anche come autonomo *asset* collegato all'utilizzo di dati ed

³⁸⁶ In effetti, nel rapporto finale del Progetto BEPS non si conclude con l'adozione di nessuna potenziale soluzione individuata, lasciando ad una successiva elaborazione il compito di trovare una soluzione definitiva unica. Nel presente elaborato si farà riferimento a ciò nel paragrafo 3.7.

³⁸⁷ In merito al pacchetto relativo alla tassazione dell'economia digitale, presentato dalla Commissione UE nel marzo 2017, si rinvia a
TOMASSINI A. - SANDALO A., *L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018.

³⁸⁸ A tal riguardo, si veda l'illustrazione dell'art. 4 della Proposta, secondo cui i criteri “che consentono di determinare l'impronta digitale di un'impresa in una giurisdizione sulla base di determinati indicatori di attività economica (...) dovrebbero tenere conto della dipendenza delle imprese digitali da un'ampia base di utenti, dalla partecipazione degli utenti e dai loro contributi, nonché del valore creato dagli utenti per tali imprese”.

informazioni.³⁸⁹ D'altra parte, il ruolo degli utenti nella creazione di valore è da tempo al centro delle più recenti analisi condotte in materia di economia digitale. Del contributo di Englisch e Becker, che hanno approfondito le implicazioni sulla politica fiscale internazionale della localizzazione e della consistenza numerica dei gruppi di utenti, si è già detto nei precedenti paragrafi.

Contraria dottrina,³⁹⁰ assegna, invece, agli utenti una partecipazione passiva, inconsapevole, di soggetti che decidendo di far parte di una rete, accettano di essere “osservati” “*letting oneself be observed forming a parte of a network*”, ravvisando in ciò, al massimo, una forma di consumo che crea esternalità, insufficiente a giustificare una tassazione compensativa che, invece, non può prescindere dal principio del beneficio. E' da osservare altresì che l'assenza di un diretto coinvolgimento degli utenti nella determinazione del prelievo fiscale non comporta che essi siano del tutto ignorati ai più ampi fini di una fiscalità generale. Sicuro rilievo, infatti, essi hanno sotto il profilo del *data mining*, o nella creazione e manutenzione di reti, nonché per i servizi di intermediazione resi da alcuni operatori di piattaforme digitali (i.e. *Uber*, *AirBnb*). In quest'ottica la gestione di reti di utenti ben può essere considerata come attività immateriale produttiva (potenzialmente commerciabile) e suscettibile di creare un collegamento per la tassazione basata sulle fonti, purché sussistano tre condizioni:

- una relazione con l'utente stabile, definibile tale per l'uso ricorrente di un'interfaccia elettronica gestita dall'azienda o da dispositivi di trasmissione controllati da essa;
- l'utilizzo della rete a fini commerciali (i.e. estrazione dati, indirizzo della rete a scopi pubblicitari), nel senso che l'impiego della rete non deve limitarsi ad essere strumento di vendita di beni e servizi ma deve, come *asset* autonomo costituito dallo sfruttamento dei dati, entrare nel processo di creazione del valore all'interno dell'azienda. Pertanto, l'esistenza di un consistente numero di acquirenti in rete in una determinata giurisdizione (sia *online* sia tramite modalità convenzionali) non è di per sé sufficiente a giustificare una tassazione sulla fonte;

³⁸⁹ BRAUNER Y. - PISTONE P., *Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, “in so far as the role of users becomes that of active customers of a digitalized business, attracting at least a portion of such income to the country of the users is, in our view, reasonable”, in *Bulletin for international taxation*, 2018.

³⁹⁰ BECKER J. - ENGLISCH J., *Taxing Where Value is Created: What's “User Involvement” Got to Do With It?*, in *Intertax*, 2019.

- gruppo o rete di utenti di dimensioni (come numero di utenti o dispositivi) e profondità “*depth*” (come *clicks*, intensità d’uso e presenze per utente) sufficienti.

Pertanto, la posizione di Becker e Englisch può riassumersi nel senso di ammettere che l’“*user contribution*” non sia da assumere a criterio unico ai fini della tassazione ma che vi sia comunque l’esigenza di rimodulare il sistema fiscale internazionale tenendo conto del concetto di relazione sostenuta con gli utenti (SURE), da qualificare come creazione di valore.

Le finalità della Proposta della Direttiva 147 trovano compiuta ed esplicita espressione nei “Considerando” della medesima, ed in particolare nel n.8 che annovera tra i principali obiettivi il miglioramento della resilienza del mercato interno, in risposta alle novità dell’economia digitale. E’ dato acquisito che tale obiettivo non sia raggiungibile attraverso l’azione individuale degli Stati Membri, considerata la possibilità per le imprese digitali di delocalizzare i redditi imponibili. Da qui la necessità di un approccio di dimensione transfrontaliera e la consapevolezza del valore aggiunto di un intervento dell’Unione europea ad armonizzare ed assicurare efficacia alle misure individuali nazionali.

L’art. 2 della Direttiva si occupa di definirne il campo di applicazione, precisando come essa sia rivolta alle imprese operanti in tale settore indipendentemente dallo Stato di residenza anche ove si tratti di Paese terzo. Per armonizzare il dettato della Direttiva con l’operatività di eventuali Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione sottoscritte con giurisdizioni terze,³⁹¹ l’art. 2, par. 2 prevede che per le società residenti in un Paese terzo, parte di una Convenzione con un Paese membro dell’UE, la Direttiva trova applicazione se i contenuti della Convenzione siano assimilabili a quelli di cui agli artt. 4 e 5 della medesima Direttiva e se tali disposizioni siano in vigore.

Alla c.d. stabile organizzazione digitale fa riferimento l’art. 4, par. 1, della Proposta secondo la quale è riconosciuta una stabile organizzazione se vi sia una presenza digitale significativa, attraverso cui è esercitata in tutto o in parte l’attività dell’impresa, avendo cura di precisare, al par.2, che tale criterio si aggiunge a quelli già previsti nell’ordinamento di uno Stato Membro per individuare la stabile organizzazione ai fini dell’imposta sulle società.

La presenza digitale significativa in un determinato periodo d’imposta è, secondo la Proposta di Direttiva, individuabile sulla base di precisi indicatori.³⁹² A tal fine occorre

³⁹¹ Vedi in merito il Considerando n.5

³⁹² Ai sensi dell’art. 3, par. 1, per “periodo d’imposta” si intenda un anno fiscale, un anno civile o qualsiasi altro periodo applicabile ai fini dell’imposta sulle società.

far riferimento al Considerando n.6, che individua il *nexus* che assoggetta un'impresa digitale alla potestà impositiva, come detto, sulla base dei ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali, del numero di utenti o del numero di contratti commerciali per servizi digitali. Le soglie rilevanti variano per diversi tipi di modelli d'impresa ed in considerazione dei diversi gradi di contributo al processo di creazione di valore. Il Considerando n.6, infine, fornisce un'utile specificazione per escludere dall'applicazione delle nuove regole le attività del c.d. *e-commerce* "tradizionale", distinguendo la mera vendita di beni o servizi, anche agevolata tramite l'uso di *internet*, che non può essere qualificata come servizio digitale ai sensi della Direttiva, dalla fornitura di accesso ad un mercato digitale per la vendita o l'acquisto di beni o servizi dietro corrispettivo che, invece, costituisce servizio digitale e, come tale, assoggettato alle nuove previsioni.

Per la presenza digitale significativa, l'art. 4, par. 3, richiede che l'attività svolta consista in tutto o in parte nella fornitura di servizi digitali³⁹³ tramite l'uso di un'interfaccia digitale³⁹⁴ e che ricorrano gli indicatori sopra richiamati, in misura superiore alle soglie specificamente indicate, da parte di ciascuna delle imprese associate.³⁹⁵

Nel dettaglio, come già anticipato, è richiesto che:

³⁹³ È necessario chiarire cosa si intende per "servizi digitali". Facciamo, quindi, riferimento all'art. 3, par. 1, (5) ove per servizi digitali si intendono servizi forniti tramite internet o più generalmente tramite una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo ed in particolare intendiamo: a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche o aggiornamenti; b) i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web; c) i servizi che sono generati automaticamente da un computer attraverso internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario; d) la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito internet che operi come mercato online, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso una posta elettronica generata automaticamente da un computer; e) le offerte forfettarie di servizi internet (Internet Service Packages ISP) nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato; f) i servizi elencati nell'Allegato II della Proposta.

³⁹⁴ Ai sensi dell'art.3, par. 1, (2) per "interfaccia digitale" si intende qualsiasi software, compresi i siti web o parte di essi, e le applicazioni anche mobili, accessibili agli utenti.

³⁹⁵ Ai sensi dell'art. 3 par. 1, (9) per "impresa associata" si vuol fare riferimento a un'entità collegata alla specifica entità in questione in uno o più dei modi qui di seguito descritti: a) una di esse partecipa alla gestione dell'altra, essendo nella posizione di esercitare un'influenza significativa sull'altra. b) una di esse partecipa al controllo dell'altra mediante una partecipazione diretta o indiretta, che supera il 20% dei diritti di voto. c) una di esse partecipa al capitale dell'altra mediante un diritto di proprietà, diretto o indiretto, che supera il 20% del capitale.

- la parte dei ricavi³⁹⁶ totali ottenuti nel corso di tale periodo d'imposta e derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti³⁹⁷ situati nello Stato Membro considerato nel detto periodo d'imposta sia superiore a 7 milioni di euro, atteso che la parte dei ricavi totali è determinata in base al numero di utilizzo dei dispositivi nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati in tutto il mondo per accedere all'interfaccia digitale che fornisce i servizi digitali (art.4 par.7);
- il numero di utenti ³⁹⁸ di uno o più di tali servizi digitali risulti essere superiore a 100.000;
- il numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali conclusi nel corso di tale periodo d'imposta, da parte di utenti localizzati nel territorio dello Stato considerato, sia superiore al valore di 3.000.

Il Considerando n.7 affronta l'ulteriore questione della determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione "digitale" in uno Stato membro diverso da quello di residenza, che non può che avvenire in conformità del relativo diritto interno, mediante la fissazione di criteri validi ad attribuire gli utili in ragione a tale presenza digitale significativa.

In tal senso, l'art. 5, par. 1, dispone che gli utili derivanti da una presenza digitale significativa in uno Stato Membro sono soggetti unicamente al regime d'imposta sulle società di tale Stato. Al par. 2, l'articolo 5 prevede che gli utili attribuibili alla presenza digitale significativa sono quelli che la presenza digitale ha realizzato tenendo conto delle funzioni esercitate, degli *assets* utilizzati e dei rischi assunti attraverso un'interfaccia digitale. Il par.3, infine, prevede che la determinazione degli utili attribuibili alla presenza digitale significativa sia basata su un'analisi funzionale.

Dovendosi applicare, dunque, alla presenza digitale significativa la proprietà economica degli *assets* ed i rischi, occorre prendere in esame le attività economicamente rilevanti svolte dall'impresa per mezzo di un'interfaccia digitale relative a dati o utenti. Il par. 4 sottolinea che devono considerarsi attività

³⁹⁶ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (6), per ricavi si intendono i proventi della vendita e di altre operazioni, al netto dell'imposta sul valore aggiunto e di altri tributi e prelievi riscossi per conto delle agenzie governative, di natura monetaria e non, inclusi i proventi della cessione di attivi e diritti, gli interessi, i dividendi e altre distribuzione di profitti, i proventi di liquidazioni, i canoni, i sussidi, e le sovvenzioni, i doni ricevuti e le retribuzioni.

³⁹⁷ Ai sensi dell'art 3, par. 1, (4), per "utente" si intende qualsiasi persona fisica o impresa.

³⁹⁸ Ai sensi dell'art. 4, par. 4 della Proposta di Direttiva esaminata, circa la fruizione dei servizi digitali, è da considerarsi che un utente sia situato in uno Stato Membro per un determinato periodo d'imposta se l'utente, in detto periodo d'imposta adopera un dispositivo in tale Stato Membro per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali.

economicamente rilevanti ai fini della presenza digitale significativa, quelle pertinenti lo sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa. Secondo il par.5 sono da considerarsi economicamente rilevanti anche: a) la raccolta, l'archiviazione, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati degli utenti; b) la raccolta, l'archiviazione e la visualizzazione di contenuti generati dagli utenti; c) la vendita di spazi pubblicitari *online*; d) la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi; e) la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lettere da a) a d).

Il par.6 dispone, infine, che nella determinazione degli utili attribuibili ai sensi dei commi precedenti, il contribuente faccia ricorso al metodo del *transfer pricing*, noto come metodo del *profit split* (metodo di ripartizione dell'utile).³⁹⁹ Naturalmente quella fornita dal legislatore comunitario rimane solo l'indicazione di un criterio, sostituibile da parte del contribuente con altro criterio alternativo che si dimostri essere più appropriato.

3.7 La tassazione della *digital economy* secondo le più recenti linee di intervento OCSE

Anche nel 2019 i lavori dell'OCSE si sono incentrati nella ricerca di una soluzione unitaria e di sintesi in grado di coordinare l'azione fiscale dei vari Stati ed evitare in tal modo misure di tassazione unilaterali che potrebbero rendere il panorama fiscale internazionale molto disomogeneo e fonte quindi di doppie imposizioni e conflitti tra Stati.

In merito, sono da richiamare le recenti proposte di *Unified Approach (Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under PILLAR One)* e *Globe (Globe Anti-Base*

³⁹⁹ TP *Guidelines*, Par. 2.114; GUATRI G. - VILLANI M., op. cit., Il metodo del *profit split* si pone il fine di pervenire ad una ripartizione dell'utile che deriva dalla transazione tra imprese associate, in linea con la ripartizione che le imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare ponendo in essere transazioni. Si consideri che il metodo fu introdotto dalle TP *Guidelines* del 1995, ma all'epoca non ricopriva un ruolo principale, veniva infatti adoperato qualora gli altri metodi non potessero essere applicati in modo affidabile. Dalle *Guidelines* del 2010, invece, venne meno quella severa scala gerarchica imposta sulla scelta dei metodi, permettendo ai contribuenti di utilizzare il *profit split* seguendo il principio della *best method rule*.

In merito vedi anche ILHAN C.B., *The use of value chain analysis in a profit split*, in *International Transfer Pricing Journal*, Agosto 2018.

Erosion Proposal PILLAR Two) messe in pubblica consultazione dall'OCSE rispettivamente il 9 ottobre e l'8 novembre 2019 e che possono essere considerate come la prosecuzione dei lavori dell'*Action Plan* del BEPS relativi all'Azione 1 in tema di "*Tax Challenges Arising from Digitalisation*".

Ad un primo impulso concentrato a rivedere i tradizionali principi di fiscalità internazionale per contrastare l'allocazione contrattuale di funzioni e rischi infragruppo, già l'Azione 1 del BEPS ed i relativi lavori affiancavano un secondo livello di intervento sui temi della fiscalità internazionale per prendere in esame i nuovi fattori di creazione della ricchezza (i.e. *Big Data* e partecipazione degli utilizzatori della rete) legati allo sviluppo dei modelli economici digitali.

In particolare, sono il PILLAR 1 ed il PILLAR 2 a racchiudere entrambi i menzionati profili del BEPS, in un quadro di Proposta complessiva rivolta alle grandi imprese globali.

Il PILLAR 1 è incentrato sui temi del *nexus* e dell'allocazione dei profitti e, nello specifico: a) sulla ricerca di un nuovo criterio di collegamento territoriale idoneo ad attribuire alle giurisdizioni i diritti impositivi su una quota di profitti creati da imprese multinazionali senza una presenza fisica; b) sulla ricerca di regole condivise di allocazione dei profitti tra tutte le giurisdizioni interessate.

Nella *Policy Note* e nel relativo Documento di consultazione sono esaminate tre proposte su cui le posizioni dei vari Paesi risultavano assai divergenti:

- La *Digital tax based on Active user contribution*, sostenuta dal Regno Unito, Italia, Francia, Germania e Spagna, prevedeva di ridefinire il *nexus* e l'allocazione dei profitti con riferimento all' "*active user contribution*", inteso come elemento di creazione autonoma di valore. Tale misura, da applicarsi alle sole imprese altamente digitalizzate e con dimensioni superiori ad una certa soglia, prevedeva la riallocazione dell'extraprofitto,⁴⁰⁰ per remunerare il valore creato direttamente dagli *users* nelle *market jurisdictions* (c.d. MJ).
- La *Marketing intangibles proposal*, sostenuta dagli USA e distinta dalla "*user participation*" in quanto non applicabile solo ad aziende altamente digitalizzate ma a raggio d'azione più ampio,⁴⁰¹ condivideva con la prima l'esigenza di attribuire alle MJ una quota dei profitti globali e nello specifico, una quota degli extraprofitti eccedenti quelli ordinari. Questa seconda proposta

⁴⁰⁰ Per extraprofitto si intende la quota di profitto globale del gruppo che residua dopo avervi sottratto la quota dei profitti attribuibili alle attività ordinarie.

⁴⁰¹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy, 13 febbraio - 6 marzo 2019.

partiva dall'assunto che tutti le grandi multinazionali hanno accesso a qualsiasi mercato anche senza una presenza fisica, realizzando marketing *intangibles* (IP di commercializzazione) unita ad un'attività di utilizzazione della clientela (*user/customer base*), che adopera la rete e costituisce "*business's target market*" ovvero gruppi che condividono caratteristiche simili di localizzazione geografica, di potere d'acquisto e di redditi.⁴⁰²

- La *Significant economic presence*, ha caratteristiche molto vicine a quella originaria dell'Action 1 OCSE del 2015. In particolare, ne riprende il concetto di presenza economica significativa (c.d. PES) nella quale il nuovo *nexus* risultava integrato da una serie fattori-indice, considerati espressivi dell'interazione significativa e costante che un'impresa digitalizzata non residente è in grado di instaurare con un Paese, anche da remoto. Ad esprimere il legame con il territorio sono considerati rilevanti i ricavi se di ammontare superiore ad una determinata soglia. A tale indicatore si aggiungono altri fattori espressivi di un consistente livello di partecipazione dell'impresa all'economia locale, tra cui la presenza di una piattaforma, di un *domain name*, di un ampio gruppo di *users* locali e di un'attività di raccolta dati.⁴⁰³

Constatata l'assenza di condivisione su queste tre proposte relative al PILLAR 1, esse sono state abbandonate per concentrare l'attenzione sui soli elementi in comune che pure sono emersi: il primo rappresentato dalla circostanza che tutti i Paesi dell'IF ammettono⁴⁰⁴ la necessità di riconoscere potestà impositiva ai Paesi di destinazione di beni e servizi e/o di localizzazione degli utenti dei modelli di *business* digitali, in quanto luoghi ove si crea una parte della ricchezza dell'impresa, a prescindere dai

⁴⁰² In altri termini, la proposta assumeva che se un'impresa riesce a vendere grandi quantità di beni e servizi in un determinato mercato è perché è riuscita a creare un marketing IP in quel determinato Paese che genera ricchezza. Nell'ottica di questa proposta sarebbe stato necessario riconoscere alla MJ il diritto di tassare una parte dei profitti non standard di qualsiasi grande gruppo attribuibili a questi particolari IP: profitti, quindi, creati in loco non dagli utenti ma dall'impresa senza però una sua presenza fisica.

⁴⁰³ OECD/G20, "*Revenue generated on a sustained basis is the factor, but such revenue would be not sufficient in isolation to establish nexus. Only when combined with other factors would revenue potentially used to establish nexus in the form of a significant economic presence in the country concerned. In this context, one or more of the following factors may be considered relevant for constituting the kind of purposeful and sustained interaction with a jurisdiction digital technology and other automated means that would be sufficient to create a significant economic presence: 1) the existence of a user base and the associated data input; 2) the volume of digital content derived from the jurisdiction; 3) billing and collection in local currency or with a local form of payment; 4) the maintenance of a website in a local language; 5) responsibility for the final delivery of goods to customers or the provision by the enterprise of other support services such as after-sales service or repairs and maintenance; or 6) sustained marketing and sales promotion activities; either online or otherwise, to attract customers.*"

⁴⁰⁴ Diversamente dalle posizioni espresse nell'Interim Report 2018.

fattori generatori della stessa, che potranno essere rinvenuti nel contributo apportato dagli *users* e dai relativi dati (prima proposta), o nella stessa impresa tramite le proprie attività di promozione dei marchi e di fidelizzazione dei clienti (seconda proposta), oppure sempre nell'impresa, attraverso altri fattori di integrazione economica (terza proposta). Il secondo elemento condiviso era l'esigenza di un nuovo *nexus*.

Il dibattito, dunque, si è spostato sul concetto di presenza tassabile da remoto nella giurisdizione di mercato e nell'individuazione di criteri idonei a verificare l'effettiva configurabilità di questa “*remote taxable presence*”. A tal fine sono stati proposti tre metodi:

- *Modified Residual Profit Split Method (MRPS method)* che comporta l'allocazione a favore delle MJ di una quota degli utili non ordinari dell'intero gruppo o di ciascuna linea di *business* del gruppo stesso, previa individuazione tramite il *transfer pricing* dell'ammontare di profitti rutinari da scorporare ed accordo circa la quota di extraprofitti da destinare alle MJ.
- *Fractional apportionment method*, che prevede di attribuire alle MJ una quota di profitti globali del gruppo, sulla base di una formula che non distingua tra profitti rutinari e non rutinari.
- *Distribution based approach*, suggerito dalla multinazionale *Johnson and Johnson*, che presenta caratteri distintivi rispetto ai primi due – volti ad individuare la quota da allocare alle MJ a partire dai profitti globali del gruppo (con un processo qualificabile di *top-down*) – per adottare, invece, un approccio *bottom-up*, definendo prima un profitto base da attribuire a ogni MJ in ragione delle attività di marketing e distribuzione delle attività relative agli *users* eserciate nel proprio territorio e poi incrementando o riducendo tale profitto in ragione della maggiore o minore redditività generale del gruppo rispetto ad una soglia fissata per settore di attività. Tale esito era poi suscettibile di ulteriore aggiustamento, in base ad altre variabili, tra cui i costi di *marketing* sostenuti dal gruppo in ciascuna MJ.

La scelta tra le diverse proposte è stata poi rimessa volontariamente al confronto politico tra i membri dell'IF, tra i quali è emersa netta la contrapposizione di interessi.⁴⁰⁵

⁴⁰⁵ Gli “*Headquarter Countries*”, i Paesi dove sono stabilite le sedi delle multinazionali, hanno diritto alla quota più significativa degli extraprofitti e hanno tutto l'interesse a limitare i diritti impositivi da attribuire alle MJ. I *Market Countries*, ovvero i Paesi con elevato numero di consumatori ed utilizzatori di beni e servizi da remoto sono più interessati a tassare i profitti generato da remoto sul loro territorio. I “*Developing Countries*”, hanno invece bisogno di metodi semplici da amministrare.

La seconda fase del PILLAR 1 si identifica con la proposta di approccio unificato dell'OECD *Secretary- General Tax Report G20 Finance Ministers and Central Bank Governors "Unified Approach under Pillar One"* (UA) dell'8 ottobre 2019. Posta in pubblica consultazione, è stata discussa poi a Parigi il 21-22 novembre 2019 e si pone l'obiettivo di affrontare le sfide poste in essere dalla digitalizzazione dell'economia riconoscendo diritti impositivi agli Stati in cui sono localizzati i consumatori e gli utilizzatori dei modelli di business "*consumer-facing*" costituendo un'evoluzione delle originarie tre proposte della *Policy Note* e dei tre differenti metodi di allocazione dei profitti individuati più sopra esposti.

I quattro principi cardine su cui la proposta si basa sono:

- superamento delle attuali regole di *transfer pricing* e dell'*arm's length principle* (ALP) in quanto generano grandi difficoltà applicative e non sono in grado di assicurare risultati affidabili nelle situazioni più complesse, con particolare riferimento ai profitti non routinari derivanti dall'uso di intangibili, mentre l'UA mantiene, invece, le regole di *transfer pricing* per determinare la remunerazione delle attività routinarie;
- semplicità e amministrabilità del sistema di quantificazione del reddito e dei relativi diritti impositivi;
- eliminazione della doppia imposizione;
- certezza giuridica da raggiungere con meccanismi efficaci e vincolanti di risoluzione delle controversie.

L'UA si pone dunque l'obiettivo di valorizzare gli elementi in comune tra le originarie soluzioni alternative avanzate con la *Policy Note* ed il relativo documento di consultazione del gennaio 2019 per promuovere la definizione di una soluzione condivisa tra i 137 Paesi del G20/OECD entro la prima metà del 2020, attraverso l'individuazione di un pacchetto di regole che comportano la riallocazione dei diritti impositivi a favore delle MJ in cambio di certezza giuridica.⁴⁰⁶

Viene riconosciuta, inoltre, l'esigenza di porre in risalto il processo di creazione di valore derivante dall'interazione con i consumatori e gli utilizzatori nei modelli di *business* in cui l'impresa ⁴⁰⁷ realizza, con o senza presenza fisica, in modo duraturo, soglie elevate di vendite profittevoli in un dato mercato.

⁴⁰⁶ D'ARGENIO A., *Web Tax, l'OCSE rilancia: "Proposta al tavolo del prossimo G20"*, in *Economia & Finanza*, <https://www.repubblica.it>.

⁴⁰⁷ Il perimetro applicativo dell'UA è circoscritto ai modelli di business che si interfacciano con i consumatori ed è limitato alle imprese multinazionali di grandi dimensioni (quelle con ricavi non inferiori a 750 milioni di dollari).

Dalla proposta emerge la teorizzazione di un nuovo *nexus* differente rispetto all'attuale concetto di stabile organizzazione, che permette di attribuire alle MJ nuovi diritti impositivi.

Per l'applicazione del nuovo *nexus* ⁴⁰⁸ sarà necessario procedere ad una distinzione tra tre diversi *Amount*.

L'*Amount* "A" rappresenta la quota dei profitti residuali globali di una multinazionale, ovvero dei profitti risultanti dai bilanci consolidati di un gruppo che eccedono un certo livello di redditività, riferibile alle attività routinarie, considerato che tale quota sarà poi a ripartita questa alle singole MJ attraverso una specifica formula.

L'*Amount* "B" rappresenta i profitti originati da specifiche attività di *marketing* e distribuzione svolte attraverso una presenza fisica dell'impresa su un determinato mercato mentre per le restanti attività svolte attraverso una presenza fisica dell'impresa, cioè quelle attività routinarie diverse dalle attività di *marketing and distribution* e le attività non routinarie, continuerebbero a trovare piena applicazione i vigenti criteri di determinazione dei profitti (c.d. *Amount* "C") in base al *transfer pricing* ed all'*arm's length principle*.

In sintesi, l'UA presenta tre livelli caratterizzati dalla previsione di tre diverse tipologie di profitti tassabili che in ragione delle circostanze specifiche, possono essere allocati ad una determinata MJ. ⁴⁰⁹

Può anche dirsi che l'UA tende a far convergere il meccanismo semplificato e forfetario di determinazione della quota di profitti (*Amount* "A") da sottoporre a tassazione nelle MJ sulla base di percentuali condivise in sede politica, con le regole di determinazione dei prezzi di trasferimento che rimangono vigenti ed applicabili per la determinazione dei profitti tassabili presso le entità e le stabili organizzazioni fisicamente presenti sul territorio nazionale (*Amounts* "B" e "C"). Tale sovrapposizione ha possibilità di successo grazie alla sottrazione preliminare, dal totale dei profitti mondiali del gruppo, della *share* globale spettante alle MJ attraverso un procedimento *top-down*, considerando, quindi, il gruppo come impresa unitaria e procedendo poi a suddividere la predetta *share* tra le singole MJ in base alla localizzazione dei ricavi a destinazione.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ OECD, *Public consultation document, Secretariat Proposal for a "unified Approach under Pillar One"*, 9 October - 12 November 2019.

⁴⁰⁹ Il meccanismo dell'UA opererà in tal modo: alla MJ spetterà la sovranità su una prima tipologia di profitti, il c.d. *Amount A*, a prescindere dalla presenza fisica. In presenza di una stabile organizzazione o di una *subsidiary*, le MJ potranno tassare anche una o entrambe le altre due tipologie di profitti, il c.d. *Amount B* e il c.d. *Amount C*.

⁴¹⁰ ASSONIME, *La tassazione della Digital Economy secondo le più recenti linee di intervento OCSE: l'Approccio Unificato e la Tax on base eroding payments*, Circolare n.31/2019.

L'*Inclusive Framework* (IF) lavora in parallelo anche al PILLAR 2 che si identifica con il *Programme of Work to develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* e con il documento di consultazione "*Global Anti-Base Erosion Proposal (GloBE) Pillara Two*" dell'8 novembre - 2 dicembre 2019. Il PILLAR 2 guarda, invece, ad una soluzione condivisa sulle restanti questioni di erosione dei profitti ancora da affrontare malgrado le misure di contrasto attuate nel loro insieme dalle diverse *Actions* del Progetto BEPS. E' accertato, dunque, come non sia ancora stato del tutto superato il rischio di distrazione di profitti verso entità soggette ad un basso o nullo livello di tassazione, anche solo per effetto delle aliquote molto contenute della *corporate tax*.

Occorre anche rilevare che l'idea di rafforzare le misure del BEPS non è stata accolta pacificamente da tutti i membri dell'IF, alcuni dei quali ponevano il dubbio che il PILLAR 2 avrebbe indebolito la sovranità di quelle giurisdizioni in cui non era prevista la *corporate tax*. Nonostante tali perplessità, si è proceduto all'elaborazione di nuove regole, per sottoporre ad un livello minimo di tassazione⁴¹¹ i profitti di un gruppo che continuino a non essere correttamente tassati in nessuna giurisdizione.

L'IF ha esposto i diversi obiettivi che si intendono perseguire con una proposta multilaterale come il PILLAR 2, tra i quali la necessità di fermare le iniziative unilaterali di singoli Paesi che cercano sia di proteggere la propria base imponibile sia di attrarre ulteriori basi imponibili. Inoltre, il PILLAR 2, mira anche a fermare la rincorsa all'abbassamento delle aliquote della *corporate tax* e la tendenza all'introduzione di incentivi fiscali inefficienti sotto il profilo della capacità di attrarre investimenti e dannosi sotto il profilo concorrenziale.

Per tali ulteriori obiettivi è stata avanzata la "*Global anti-base erosion proposal*" composta da due regole correlate, c.d. a "doppia punta", in quanto rivolte sia allo Stato della residenza che allo Stato della fonte, i quali, modificando le norme nazionali e convenzionali, diverrebbero in grado di esercitare il diritto di assoggettare a tassazione i redditi su cui l'altra giurisdizione (quella in cui è localizzata una partecipata o una stabile organizzazione) non abbia esercitato la propria potestà impositiva.

Il PILLAR 2 prevede, a tal fine, due coppie di regole di coordinamento tra giurisdizioni e un criterio gerarchico di applicazione, sul quale si sta ancora lavorando:

- *an inclusive rule*⁴¹² rivolta al Paese di residenza dell'*ultimate parent*;

⁴¹¹ La cui soglia non è stata ancora fissata con precisione.

⁴¹² L'*income Inclusion rule* comporta di sottoporre a tassazione presso il socio/investitore, in proporzione alla quota di partecipazione/proprietà, il reddito di una società partecipata, una stabile organizzazione o una proprietà immobiliare estera che non sia stata tassato in modo adeguato. In tal modo, si intende conseguire l'obiettivo di

- *an undertaxed payment rule* ⁴¹³ rivolta ai Paesi della fonte in cui sono localizzate *subsidiaries, branch* o proprietà immobiliari.

La seconda “punta” del GloBE, quella che vede coinvolto lo Stato della fonte in cui si genera reddito, è la *Tax on base eroding payments* che, a sua volta, si articola in due regole connesse tra di loro: *l’Undertaxed payments rule* e la *Subject to tax rule* ⁴¹⁴.

Si osserva come il PILLAR 2, in misura maggiore rispetto al PILLAR 1, è ancora in fase di evoluzione, atteso che non sono stati ancora delineati i criteri di coordinamento gerarchico delle quattro regole; rimangono ancora aperte molte questioni, come ad esempio se debbano trovare applicazione in via primaria i rimedi dello Stato della fonte o quelli dello Stato della residenza e quale sia in ciascuna delle due giurisdizioni, l’ordine di operatività delle due regole correlate.

L’intervento così definito a “doppia punta” del GloBE è assimilabile, per alcuni profili, alla duplice iniziativa anti-erosione della riforma USA, in cui era previsto il GILTI ad includere l’extraprofitto estero a beneficio degli USA, ed il BEAT a contrastare, sempre a beneficio degli USA, l’erosione della base imponibile domestica attraverso *payments* intercorsi tra consociate.

In conclusione, dalla breve esposizione presentata in questo paragrafo, si evince che i progetti PILLAR 1 e PILLAR 2 presentano aspetti molto complessi e di non rapida soluzione, nonostante il supporto politico dimostrato da parte sia degli Stati dell’IF sia dell’Unione europea.

Vi sono in entrambi i progetti obiettivi condivisi, quali quello di evitare (PILLAR 1) che ciascuno Stato adotti misure unilaterali sulla tassazione delle imprese del *web*, creando in tal modo un insieme disordinato e disomogeneo di prelievi alcune volte anche contrastanti e quello (PILLAR 2) di evitare che continuino ad esistere redditi che sfuggono ad ogni imposizione.

Indubbiamente il raggiungimento di un’azione coordinata di questi due pilastri rappresenterà un radicale stravolgimento degli ordinari e tradizionali criteri di

assoggettare a tassazione al livello minimo pattuito l’intero reddito globale di un gruppo multinazionale, indipendentemente dal luogo in cui è localizzato l’*headquarter*.

⁴¹³ La *undertaxed payments rule* attribuisce allo Stato della fonte il diritto di negare alle società di un gruppo multinazionale residenti sul proprio territorio la deduzione dei flussi di *payments intercompany* o, in alternativa, il diritto di tassare alla fonte a carico della consociata estera beneficiaria questi medesimi *payments*, ove questi non siano stati sottoposti alla soglia minima di imposizione prefissata.

⁴¹⁴ E la regola finalizzata ad essere inserita nelle convenzioni contro le doppie imposizioni a completamento delle disposizioni sugli *undertaxed payments*. Essa comporta, a vantaggio del Paese della fonte, un’espressa deroga rispetto alla ripartizione dei diritti impositivi pattuita bilateralmente, stabilendo che siano negati i previsti benefici convenzionali relativi a determinati elementi di reddito quando i relativi pagamenti non sono soggetti presso il beneficiario al tasso d’imposizione minimo.

determinazione degli imponibili e di ripartizione delle potestà impositive,⁴¹⁵ ma, proprio per tale motivo, necessita di una forte e stabile condivisione politica di tutti gli Stati e di una disciplina di risoluzione delle controversie rapida, efficiente e semplice.

⁴¹⁵ OECD/G20 *Inclusive Framework on BEPS, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 28-29 maggio 2019.

Capitolo 4 – La tassazione dei servizi digitali e la *Bit tax*

4.1 Caratteri generali dell'*Interim Web tax*

Molti Paesi dell'Unione Europea hanno riconosciuto di essere stati negativamente influenzati dallo sviluppo dell'economia digitale che, a fronte delle politiche fiscali aggressive delle multinazionali, ha causato un sensibile decremento del loro gettito fiscale. Per tale motivo hanno sollecitato l'intervento delle istituzioni internazionali ed europee, rendendosi altresì promotori di iniziative individuali volte a contenere, almeno in via temporanea, le esternalità negative dello sviluppo della *digital economy* anche se detti interventi non si sono rivelati né efficienti, né risolutivi.

L'urgenza e l'opportunità di dare il via ad una collaborazione finalizzata a regolamentare la tassazione digitale mediante una forma impositiva che prenda a base imponibile il fatturato piuttosto che i profitti, è emersa dal menzionato ECOFIN⁴¹⁶ di Tallinn, tenutosi il 15-16 settembre 2017, ove Germania, Francia, Italia e Spagna, rappresentati dai rispettivi Ministri dell'Economia, hanno predisposto la lettera intitolata "*Political Statement: Join Initiative on the Taxation of Companies Operating in the Digital Economy*", successivamente appoggiata anche da altri Paesi, quali Austria, Bulgaria Portogallo, Slovenia e Romania. La richiesta condivisa formulata alla Commissione europea riguardava la possibile elaborazione, in armonia con il diritto dell'Unione Europea, di un nuovo sistema impositivo basato sul concetto di "*equalisation tax*" nel convincimento che questa sia l'unica via percorribile per l'Unione Europea, ovvero quella di tassare i giganti del *web*⁴¹⁷.

⁴¹⁶ L'Ecofin, Consiglio di Economia e Finanza, è composto dai ministri dell'economia e delle finanze di tutti gli Stati membri ed è responsabile della politica UE in ambito economico, fiscale e di regolamentazione dei servizi finanziari.

⁴¹⁷ FRANSONI G., *Prime considerazioni sulla Web tax, ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*, in Rivista di Diritto Tributario, 2017.

In realtà, un sistema fondato sull'*equalisation levy* era stato già teorizzato nell'ambito dell'*Action 1* del Progetto BEPS, ritenuto “*an alternative to overcome the difficulties raised by the attribution of income to the new nexus*”.⁴¹⁸

Un meccanismo simile risulta già attuato da alcuni anni nel sistema fiscale indiano che, a partire dal 29 febbraio 2016, ha introdotto un prelievo di perequazione per le transazioni relative all'economia digitale⁴¹⁹ prevedendo che “*il prelievo sia imposto sul valore lordo dei beni o servizi forniti ai clienti e agli utenti nazionali, pagati da clienti e utenti nazionali e raccolti dall'impresa straniera tramite un regime di registrazione semplificato o raccolti da un intermediario locale*”. La misura, a ragione definita la risposta indiana al dettato BEPS dell'OCSE, ha mostrato la sua efficacia, facendo salire le entrate fiscali di circa 550 dollari nel biennio 2017-2018.

All'introduzione di una misura simile in Europa si sono opposti i Paesi a fiscalità favorevole (Malta, Danimarca, Lussemburgo e Irlanda),⁴²⁰ circostanza che ha impedito il raggiungimento di una soluzione condivisa. La data del 21 marzo 2018 è tuttavia degna di essere ricordata come il giorno in cui, su richiesta della maggioranza dei Paesi Membri, a Tallinn, la Commissione Europea ha comunicato l'introduzione di nuove misure volte a “*garantire che tutte le imprese paghino la loro giusta quota di tasse nell'UE*”, vale a dire le due distinte Proposte di Direttive in relazione alla tassazione dell'economia digitale: la Proposta COM(2018)147 *final* e la Proposta COM(2018)148 *final*.

Come anticipato nei paragrafi precedenti, le due Proposte prevedono rispettivamente:

- l'introduzione di un nuovo nesso di individuazione e tassazione della stabile organizzazione, con l'introduzione del concetto di Presenza Digitale Significativa (PDS);
- l'introduzione, *medio tempore*, di un'imposta di tipo congiunturale e temporaneo, vale a dire una *Web tax* sui ricavi di taluni servizi digitali (*Digital Service Tax*) da corrispondere nel Paese in cui detti servizi vengono fruiti.⁴²¹

⁴¹⁸ OECD/ G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, “*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*”, *Action 1*, Final Report 2015.

⁴¹⁹ BAHETY K., *Three Years On, India's Equalisation Levy Still Impacts Digital Advertising*, Il prelievo di perequazione del 6% è rivolto a tassare le transazioni B2B nello spazio pubblicitario digitale, ovvero le entrate derivanti da società e-commerce straniere all'interno dell'India.

Per approfondimenti si veda <https://www.tmf-group.com/>.

⁴²⁰ BOCCERI F., *ECOFIN: Per la web tax si va verso una maggioranza*, in <https://fiscooggi.it>, 2017.

⁴²¹ SCILIBERTO S. - CIPOLLETTA F., *Web Tax: opportunità e limiti della nuova Proposta della Commissione Europea*, in “Il Sole 24 Ore”, 2018.

Entrambe le Proposte muovono dal comune assunto che il valore generato dai servizi digitali sia in gran parte riconducibile agli utenti e cioè a coloro che in qualità di consumatori finali o imprese partecipano ad un'attività digitale,⁴²² indipendentemente dal carattere gratuito del loro accesso, in quanto a creare valore nell'economia digitale sono soprattutto i dati generati dagli utenti e dai metodi di raccolta e trattamento delle informazioni che il loro comportamento produce in rete. Da ciò l'opportunità di un sistema fiscale che pone attenzione al luogo in cui sono ubicati gli utenti⁴²³ ed all'individuazione di criteri idonei ed efficaci per la corretta allocazione territoriale del profitto dell'impresa.⁴²⁴ Entrambe le questioni, nonché i criteri per la ripartizione del profitto in base al numero di utenti ed alle modalità di accesso all'interfaccia digitale, hanno destato non poche difficoltà.⁴²⁵

Circa il nuovo nesso della Presenza Digitale Significativa, si rinvia a quanto già esposto nel capitolo 3, par. 3.6 del presente elaborato, mentre merita un ulteriore approfondimento la misura emergenziale di imposizione delle transazioni digitali.

E' evidente la stretta correlazione che intercorre tra le due Proposte, tanto da essere discusse ed approvate nello stesso contesto,⁴²⁶ ma è utile sin d'ora evidenziare che l'iniziativa di introdurre nell'immediato una *Web tax* nasce dalla profonda preoccupazione di impedire che interi settori del sistema economico tradizionale, in particolare quello finanziario, possano essere pregiudicati in tempi molto rapidi dai livelli di crescita delle grandi multinazionali digitali, con allarmante pericolo anche per lo stesso quadro democratico.⁴²⁷

⁴²² I consumatori accedono, navigano e utilizzano interfacce digitali come siti web, social network e applicazioni.

⁴²³ Cfr. ASSONIME, "*Fiscalità Internazionale: le nuove linee di intervento...*", Circolare n.19/2018, pagg. 91-92, sottolinea che il *focus* dell'imposta è incentrato sul luogo in cui l'utente attiva il suo mezzo di comunicazione piuttosto che sulla residenza del prestatore del servizio o, al limite, dell'utente stesso.

⁴²⁴ Obiettivi questi resi particolarmente difficoltosi dalle mutevoli modalità con cui il servizio è prestato/ offerto; dall'estensione geografica del mercato digitale; dall'impressionante numero di utenti che si servono dei servizi web; e dal conseguente coinvolgimento di interessi politici ed economici dei vari Stati.

⁴²⁵ FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI, *La fiscalità dell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili*, maggio 2018.

⁴²⁶ DI TANNO T., *La Web tax europea: una misura innovativa ed emergenziale*, in "Corriere Tributario" n.20, 2018.

⁴²⁷ Tale timore è stato evidenziato nell'intervento del Commissario alla concorrenza Margrethe Vestager al *Web Summit* di Lisbona del 7 novembre 2017. In linea anche la posizione del Ministro dell'Economia francese Le Maire: "*L'urgenza di tassare...*", in *Corriere della Sera*, 2018.

Alla luce di tale timore si giustifica l'intendimento, espresso da più Stati Membri,⁴²⁸ di procedere in caso di inerzia dell'autorità europea, in modo autonomo⁴²⁹ prescindendo, dunque, da un raccordo di matrice unionale,⁴³⁰ pur nella consapevolezza che iniziative del genere finirebbero comunque per minare pericolosamente l'integrità del mercato unico europeo, condannandolo, nel breve periodo, alla fine.

La risposta della Commissione a tali istanze deve essere letta anche come reazione a questo clima di incertezza sul piano internazionale ed all'esigenza di prevenire perniciose iniziative individuali.

Nello specifico, essa consiste in un'imposta indiretta sul fatturato realizzato dalle grandi aziende digitali in ogni singolo Paese. Quindi, con la Proposta di Direttiva COM(2018)148 *final* (di seguito, la "Proposta 2") si vuole introdurre l'imposta sui servizi digitali ("*Digital Service Tax*") o in breve *DST*, dovendo precisarsi, anzitutto, che non si tratta di un'imposta sul reddito o "diretta".⁴³¹

Gli obiettivi, oltre a quello primario di sottoporre a tassazione i profitti derivati dalla fornitura di taluni servizi digitali, sono anche quelli di:

- tutelare l'integrità del mercato unico e assicurarne il corretto funzionamento;
- salvaguardare le finanze pubbliche nell'Unione ed evitare l'erosione delle basi imponibili;
- assicurare l'equità sociale e la concorrenza per tutte le imprese che operano sul territorio dell'Unione;
- togliere spazio alla pianificazione fiscale aggressiva, finora insinuatasi nelle lacune delle norme internazionali.

Ad un esame della misura, due sono i profili di criticità immediatamente rilevabili.

⁴²⁸ Sono da considerarsi almeno 10 gli Stati Membri che hanno attivato o stanno per attivare, misure unilaterali di tassazione dei servizi digitali, tra cui anche l'Italia e nel documento "*Impact Assessment (SWD 2018/81 Final* del 21 marzo 2018) la Commissione elenca tutte le diverse iniziative assunte a livello mondiale.

⁴²⁹ DI TANNO T., *Web Tax provvisoria ma inevitabile*, in "Il Sole 24 Ore", 16 aprile 2019.

⁴³⁰ Secondo quanto riportato dalla Commissione sono 10 gli Stati Membri che hanno implementato misure unilaterali di tassazione dei servizi digitali. Tra questi vi è anche l'Italia che ha varato una forma autonoma di imposizione sulle prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici con l'art. 1, comma 1010 e ss., della L. 27 dicembre 2017, n.205.

Vedi anche DI TANNO T., *Così la Web tax diventa inutile*, in Lavoce.info, 2018;

LUDOVICI P., *Per la digital economy una tassazione concordata a livello internazionale*, in Quotidiano del Fisco, 2018;

ZULLO A., *Web tax: una lettera in chiave comunitaria*, in Corr. Trib., 2018.

⁴³¹ GALLI G. - BOCCADUTRI S., *Web tax, la proposta UE è un passo avanti ma ancora troppi limiti*, in "Sole 24 Ore", 2018.

Essendo non commisurata al fatturato dell'impresa ma al numero di utenti che a questa si collegano - che non è la fedele rappresentazione della capacità contributiva - l'imposta potrebbe mettere in difficoltà l'impresa che non produca utili.

Trattandosi, inoltre, di un'imposta indiretta, rischia di rendere più costosa - e, dunque, più lenta- la trasformazione digitale dell'economia europea. Un ulteriore ostacolo alla sua pratica attuazione nasce dal serio pericolo che gli Stati Membri non accettino la deduzione dall'imposta societaria anche ove essa fosse pagata in un altro Stato Membro, atteso che in tal senso non vi è un obbligo ma una semplice raccomandazione contenuta nel preambolo della Direttiva. Ne conseguirebbe che, ove non se ne ammettesse la deducibilità, si reintrodurrebbe, di fatto, una sorta di dazio, una barriera protezionistica, che ogni Paese europeo potrebbe porre alle imprese di tutti gli altri Paesi.⁴³²

La *DST*, inoltre, si configura come un'imposta ibrida, in quanto colpisce non il reddito ma i consumi ed ha durata temporanea, pur senza la fissazione di una scadenza, quasi a presentarsi come una sorta di imposta sostitutiva.⁴³³ Allo stesso tempo ha applicazione eccezionale, rivolta solo a quei servizi digitali caratterizzati da un ruolo determinante dell'utilizzatore (*user value creation*), pur se tale ruolo non è unilateralmente dato dal soggetto passivo d'imposta, quanto piuttosto dal contesto in cui opera l'impresa contribuente e dal ruolo che in detto contesto ha assunto l'utilizzatore.⁴³⁴

I presupposti che valgono ad originare i cc.dd. "*Taxable revenues*", come previsto all'art.3 par.1 della Proposta, sono:⁴³⁵

- la collocazione su un'interfaccia digitale⁴³⁶ di una pubblicità rivolta agli utenti⁴³⁷ di tale interfaccia;

⁴³² Per comprendere meglio si pensi ad un'impresa italiana che esporta servizi digitali in Francia, ma non la lì una stabile organizzazione, sarebbe penalizzata rispetto ad un concorrente francese che vende gli stessi servizi in Francia e viceversa. Tale schema non è ovviamente consigliabile, in quanto produce una frammentazione del mercato europeo.

⁴³³ È evidente che ci troviamo davanti a qualcosa di davvero innovativo in merito all'inquadramento tributario, *Assonime* nel volerla definire tende ad assimilarla all'IRAP;

ASSONIME, Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento, Circolare 19/2018.

⁴³⁴ NIEMINEM M., *The Scope of the Commission's Digital Tax Proposals*, in Bull. Int. Tax., n. 11/2018;

SHEPPARD L., "*Digital Permanent Establishment...*", in Bull. Int. Tax., n. 4/2018.

⁴³⁵ Ai sensi dell'art.2, par.1, (1) per "entità" si intende qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente ai fini fiscali.

⁴³⁶ Ai sensi dell'art.2, par.1, (3), per "interfaccia digitale" si intende qualsiasi *software*, compresi i siti *web* o parte di essi e le applicazioni anche mobili accessibili da parte degli utenti.

⁴³⁷ Ai sensi dell'art.2, par.1, (4), per "utente" si intende qualsiasi persona fisica o impresa.

- la messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale che agevoli l'interazione fra gli stessi utenti e le eventuali cessioni di beni e prestazioni di servizi direttamente tra di essi;
- la trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle loro attività sulle interfacce digitali.

Il par. 4 del medesimo art.3, poi, si occupa di indicare una serie di attività che non rientrano nella generale formulazione del secondo tra i presupposti sopra menzionati, ed in particolare: *i)* la messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui fine esclusivo o principale consista nella fornitura agli utenti, da parte dell'entità che mette a disposizione l'interfaccia, di contenuti digitali o servizi di comunicazione o servizi di pagamento, *ii)* la fornitura di servizi indicati nella Direttiva 2015/65/UE, allegato I, sezione A punti da 1) a 9) svolta da determinati soggetti.

I successivi paragrafi 7 e 8 dell'art. 3 dettano due disposizioni in materia di Gruppi di imprese che redigono conti consolidati. In particolare, il par.7, esclude il prelievo sui ricavi derivanti dalla fornitura di un c.d. "*Taxable Service*" da parte di un'entità parte di un Gruppo ad un'altra entità dello stesso Gruppo. Il paragrafo 8, infine, in funzione antielusiva, disciplina l'ipotesi in cui un'entità appartenente ad un Gruppo fornisca un "*Taxable Service*" ad un soggetto esterno ed i ricavi derivanti dalla fornitura di tale servizio siano ottenuti da un'altra entità dello stesso Gruppo considerando i ricavi come ottenuti dall'entità che ha fornito il servizio.

4.1.1 I soggetti passivi dell'imposta

L'applicazione dell'*Interim Web Tax*, secondo l'art.4 della Proposta di Direttiva richiede l'individuazione di un soggetto passivo, con riferimento al periodo d'imposta, secondo i requisiti di seguito indicati.⁴³⁸

In particolare, due sono i parametri dimensionali che, ai sensi dell'art. 4, par. 1, devono essere rispettati affinché un'entità sia considerata soggetto passivo di tale imposta:

- l'importo totale dei ricavi a livello mondiale, dichiarati dall'entità per l'esercizio finanziario pertinente, deve essere superiore a 750 milioni di euro;

⁴³⁸ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, (7) per periodo d'imposta si intende l'anno civile.

- L'importo totale dei ricavi imponibili ottenuti dall'entità nell'Unione durante l'esercizio finanziario pertinente deve superare i 50 milioni di euro.

La *ratio* di tali indicatori trova compiuta esplicazione nel Considerando n.23 che, con la prima soglia, intende limitare l'applicazione dell'imposta alle imprese di grandi dimensioni, in grado di fornire i servizi digitali e per le quali il contributo degli utenti gioca un ruolo fondamentale.

La *ratio* della seconda soglia dimensionale, invece, trova spiegazione nel Considerando n.24 che intende limitare l'applicazione dell'imposta ai casi in cui vi sia una presenza digitale significativa a livello di Unione Europea, in connessione con il tipo di ricavi oggetto dell'imposta in questione, auspicando altresì che la fissazione di tale soglia sia unica sul territorio unionale.

I suddetti parametri, inoltre, per quanto attiene ai Gruppi, sono da riferire, secondo il par.4 della Proposta, ai ricavi a livello mondiale dichiarati dal Gruppo nel suo insieme ed ai ricavi imponibili realizzati dallo stesso Gruppo all'interno dell'Unione.

Altra questione legata all'applicazione della *DST*, è l'identificazione del soggetto passivo d'imposta (c.d. *Taxable Person*). Sul punto, il par.1 dell'art. 10 impone ad ogni *Taxable Person* di autodenunciarsi come soggetto tassabile ai fini della *DST*, presso l'Amministrazione fiscale dello Stato in cui opera per primo.

In coerenza con l'immaterialità che caratterizza l'economia digitale, non assume alcun rilievo, ai fini dell'individuazione dei soggetti passivi, né la residenza fiscale né la nazionalità del prestatore di servizio che può anche appartenere ad un Paese extra-europeo o operare senza alcun contatto fisico con il territorio dell'Unione.⁴³⁹

Circa i presupposti oggettivi per l'applicazione della *DST*, si richiamano i due indicatori dimensionali, le cui soglie sono rispettivamente un fatturato mondiale annuo superiore a 750 milioni di euro e un fatturato derivante dai *Taxable Services*, realizzato nei vari Stati Membri, superiore a 50 milioni di euro.

I valori particolarmente elevati di tali soglie trovano giustificazione nella finalità di sottoporre ad imposizione esclusivamente quelle imprese che, in ragione della loro dimensione, anche sulla scena internazionale e della loro efficiente organizzazione interna, traggono valore dalle interazioni derivanti dal rilevante numero di dati cui hanno accesso ed, in sostanza, dalle attività "di consumo" degli utilizzatori (*end-users*).⁴⁴⁰

⁴³⁹ Concetto ribadito anche nell' *Explanatory Memorandum* ove si legge: "Whether established in a member state or in a non-Union jurisdiction, a business meeting both conditions above would qualify as a taxable person."

⁴⁴⁰ Come già indicato nei Considerando n.23 e n.24, l'imposta dovrebbe essere applicata in modo limitato ad imprese che, per merito della loro dimensione, riescono a generare valore a proprio vantaggio sfruttando il c.d.

A ciò si aggiunge, naturalmente, la volontà di non penalizzare le imprese di nuova creazione e le *start up*, compromettendone le capacità espansive ed impedendone l'accesso stabile e duraturo al mercato digitale.

Definiti detti parametri in linea teorica e comprese le ragioni che si pongono a relativo fondamento, occorre ora analizzare le ulteriori difficoltà emergenti dalla concreta identificazione delle *Taxable Persons*.⁴⁴¹

A partire dal primo requisito (750 milioni di euro di fatturato mondiale annuo), il prioritario nodo da sciogliere è l'individuazione dell'autorità deputata all'accertamento della sussistenza di tale parametro e gli strumenti di verifica di cui essa dispone. Sicuramente l'art.4, par.1 provvede, con l'espressione "*Worldwide revenues reported by the entity for the relevant financial year*" ad individuare il fatturato ed il momento in cui esso debba essere accertato ma resta non determinato il criterio contabile tramite il quale identificare il predetto importo. A tale esigenza sembra soccorrere l'art. 2 ove è indicato che i dati di bilancio dei Gruppi devono emergere da un rendiconto redatto secondo gli IFRS.⁴⁴²

Un'ulteriore difficoltà nasce dalla possibilità, riconosciuta ai Gruppi, di scegliere di avvalersi anche di un eventuale "*national financial reporting system*", senza essere vincolati all'uso degli *International Financial Reporting Standards* (IFRS). Ciò assume particolare rilievo per l'identificazione come *Taxable Persons* di alcuni prestatori di servizi digitali imponibili localizzati in paradisi fiscali o in Paesi che prevedono criteri differenti da quelli dell'Unione.⁴⁴³ Potrebbe accadere, infatti, che, secondo la legislazione di tali Paesi, gli operatori siano tenuti a regole non particolarmente stringenti per la redazione del proprio bilancio o non siano tenuti a comprendervi anche le controllate. Tali questioni, inclusa l'individuazione

"effetto rete". Posizione di critica è stata assunta da Confindustria, che nel contributo pubblicato in risposta alla consultazione pubblica riguardante il pacchetto di Proposte della Commissione per la tassazione dell'economia digitale, ha evidenziato come gli obiettivi prefissati con la duplice soglia rischiano di essere non raggiunti a causa soprattutto della scelta del legislatore europeo di verificare il rispetto di queste ultime solo con riferimento ad un unico esercizio finanziario. A parere di Confindustria, sarebbe stato molto più efficiente condurre una verifica su valori calcolati su più esercizi, evitando in tal modo che oscillazioni di ricavi determinino fuoriuscita o inclusione di soggetti nel novero dei soggetti ricompresi nell'ambito applicativo *DST*.

⁴⁴¹ Come viene anche sottolineato dalla Fondazione Bruno Visentini il 24 giugno 2018 all'Agenzia delle Entrate in occasione della consultazione da quest'ultima disposta in relazione alla proposta: se la ratio di tale scelta appare indubbia, l'identificazione dei detti parametri richiede la prefigurazione preventiva di strumenti di accertamento sui quali però nulla è detto dalla Proposta di Direttiva.

⁴⁴² Tale prescrizione vale per i Gruppi, nessuna indicazione è fornita per le imprese che non presentano quest'organizzazione di gruppo.

⁴⁴³ Si faccia riferimento in tal caso a: Cina, Corea, Brasile; India, Corea del Sud, Israele, Sud Africa.

dell’Autorità comunitaria cui competerebbe un potere di intervento e verifica, sono rimaste, allo stato, irrisolte.

Resta, inoltre, incertezza, anche l’applicazione del parametro dimensionale all’interno dell’Unione, corrispondente a 50 milioni di euro di *Taxable Revenues*. Sul punto si rileva che, all’art.9 par.2, la Direttiva attribuisce la potestà impositiva allo Stato Membro in cui è erogata la prestazione imponibile, salvo precisare che, qualora il servizio digitale venga reso in più Paesi dell’Unione, il potere possa competere a più di un singolo Stato Membro⁴⁴⁴. Ai fini della *DST*, inoltre, la *Taxable Person* potrebbe anche scegliere di domiciliarsi presso uno Stato Membro e di computare e versare l’imposta alla relativa Amministrazione fiscale (il c.d. *One Stop Shop, OSS*, menzionato nel cap. 3 del presente elaborato), essendo poi rimesso allo Stato Membro procedere alla ripartizione dell’imposta, nell’ambito dell’Unione, secondo le indicazioni fornite dalla stessa *Taxable Person* allo Stato Membro in questione.

Sempre sotto il profilo del coordinamento tra gli Stati per l’applicazione della *DST*, gli artt. da 20 a 23 si occupano di definire alcuni meccanismi di collaborazione finalizzati a rendere più efficiente e rapido il flusso di informazioni rilevanti per la *DST*, pur non individuando, con quella che è stata ritenuta una grave lacuna, un centro di raccolta dei dati per l’identificazione delle potenziali *Taxable Person*, che non si sono spontaneamente denunciate come tali e che, ad esempio, potrebbero non essere residenti nell’Unione ed operare sul territorio di uno degli Stati Membri senza stabile organizzazione, oppure non essere tenuti a redigere un conto consolidato delle proprie attività.

Per dare concreta efficacia al dettato dell’art.10 della proposta di Direttiva, dunque, si avverte l’esigenza di individuare un organismo comune cui conferire poteri necessari di intervento per identificare *Taxable Persons* che omettano di autodenunciarsi, in assenza del quale, altrimenti, gli Stati rimarrebbero del tutto privi di strumenti necessari a combattere efficacemente atteggiamenti elusivi.

Ad una fluida e corrente applicazione della *DST* è di ostacolo anche la residua permanenza in capo a ciascuno Stato Membro di autonomi poteri di regolamentare le modalità di tenuta contabile e di definire gli altri criteri per il computo della *DST* o di adottare norme nazionali per contrastare meccanismi elusivi riferibili alla *DST*. Ciò potrebbe consentire a chi volesse sottrarsi al prelievo di aggirare con facilità le rigide e lente procedure di accertamento di cui sono dotate le Amministrazioni finanziarie le quali, anche ove si dotassero di un’Autorità specifica per la soluzione delle questioni

⁴⁴⁴ Si veda art.18 par.4.

riguardanti l'applicazione della *DST* in contraddittorio con le Autorità di altri Stati Membri, non potrebbero, comunque, sortire alcuna efficacia nei casi di “mancata” identificazione.

4.1.2 L'oggetto dell'imposta

Con riguardo all'oggetto dell'imposta, il riferimento è all'art.3, par.1, della menzionata Proposta di Direttiva che elenca le prestazioni rilevanti ai fini dell'applicazione della *DST*. Una prima lettura mostra tuttavia, un eccessivo tecnicismo del linguaggio utilizzato dal legislatore comunitario. Ricorrendo ad una necessaria azione di semplificazione è possibile individuare l'oggetto di tassazione nei seguenti servizi digitali:

- la messa a disposizione di piattaforme digitali che consentono agli utilizzatori di entrare in contatto con altri utilizzatori sia allo scopo di scambiarsi beni e servizi sia di condividere altre utilità;
- la gestione, dietro pagamento di un compenso, di un'interfaccia digitale avente l'obiettivo di sollecitare l'uso da parte degli altri utilizzatori;
- la cessione di dati raccolti sugli *users* in base alle attività che hanno già posto in essere ed alle informazioni che questi ultimi hanno, consapevolmente o meno, fornito attraverso l'uso di piattaforme digitali.⁴⁴⁵

E' da ritenersi, in ogni caso, che l'elencazione dei servizi digitali oggetto della *DST* sia tassativo, in quanto, come anche esplicitato dalla Commissione,⁴⁴⁶ sono unicamente i modelli di *business* attraverso i quali tali servizi sono forniti, a distinguersi per la possibilità, in essi insita, di ampio divario tra creazione del valore e capacità impositiva degli Stati Membri, nonché per il ruolo dominante degli utenti nel processo di creazione del valore.⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ TOMMASSINI A., *Colpiti la pubblicità digitale, i social ed i motori di ricerca*, in “Il Sole 24 Ore”, 16 Gennaio 2019.

⁴⁴⁶ Si fa riferimento a Commissione Europea, “*Time to establish...*”, Comunicazione al Parlamento Europeo ed al Consiglio, COM(2018)146 *final*, 21 marzo 2018.

⁴⁴⁷ Una critica rispetto alla presunzione che i servizi digitali predetti sarebbero quelli che denotano una maggiore partecipazione dell'utente alla creazione del valore, è stata espressa da TOMMASINI A. – SANDALO A., “L'iniziativa della Commissione UE...”, in *Corr. Trib.*, 2018. Sul contributo degli utenti alla creazione di valore interviene ASSONIME, in “Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...”, in cui sottolinea come esso

Il ruolo fondamentale degli utenti, in realtà si rende evidente non nell'enunciazione positiva del presupposto oggettivo (art.3, par.1) quanto invece nelle ipotesi descritte dalla stessa norma sotto forma di eccezioni e casi specifici.

La regolamentazione della materia, dunque, a causa di una tecnica di *drafting* non proprio puntuale, si ricava non dalla lettura immediata della norma ma attraverso la ricostruzione sistematica delle diverse previsioni dalle quali si evince che non la mera riconducibilità di un servizio digitale ad una delle categorie di prestazioni imponibili è di per sé sufficiente ai fini dell'applicazione della *DST*, ma che occorre anche (così il par.3 dell'art.3) che il servizio sia offerto dietro corrispettivo (*Taxable Revenue*) e che il soggetto percettore sia l'impresa che gestisce la piattaforma o l'interfaccia digitale. Altro elemento utile alla ricostruzione della disciplina è la possibilità che la *Taxable Person* sia più di un soggetto, ovvero tanti quanti abbiano comunque percepito un *Taxable Revenue* per l'apporto fornito nel processo di offerta del servizio digitale. A completamento della disciplina vi è la previsione dell'irrelevanza del soggetto che paga concretamente il corrispettivo potendo essere lo stesso utilizzatore del servizio o soggetto terzo che non compare.

Infine, i paragrafi 4, 5 e 6 del citato art.3, precisano che sono esclusi dall'applicazione dell'imposta i servizi consistenti nel mettere a disposizione degli utenti contenuti digitali (film, musica, e notizie), servizi di comunicazione (*Whatsapp*), vigilanza (*crowdfunding*) e di pagamento (*PayPal*) e ciò sarebbe giustificato per il ruolo sostanzialmente passivo in essi svolto dall'utente.⁴⁴⁸

Ai fini del computo del corrispettivo, il par.2 dell'art.3 precisa che esso viene considerato al lordo di qualsiasi costo, ad eccezione soltanto dell'IVA o di un'imposta analoga. Tale previsione, nel considerare una tassazione al lordo dei costi riconosciuti a piattaforme messe in serie da soggetti estranei al gruppo, comporta un effetto moltiplicativo della base imponibile della *DST* in relazione ad una medesima operazione. A parziale correttivo di tale conseguenza, la Commissione, ai parr.7 e 8 dell'art.4, ha neutralizzato gli effetti soltanto ove le prestazioni siano rese nell'ambito di un Gruppo di società, senza nulla prevedere nei rapporti fra possibili catene di piattaforme indipendenti.

non possa essere definito come una "bizzarria" delle istituzioni europee ed anzi il principio risulta essere affermato con chiarezza anche nell'*Interim della Action I* dell'OCSE pubblicato il 16 marzo 2018.

⁴⁴⁸ Il Considerando n.17, afferma in merito che: "*DST should therefore not be a tax on the collection of data, or the use of data collected by a business for international purposes of that business, or the sharing of data collected by a business with other parties for no consideration. What DST should target is the generation of revenues from the transmissions of data obtained from a very specific activity (user's activities on digital interfaces).*"

4.1.3 La determinazione della base imponibile

Ai fini della determinazione della base imponibile, gli artt.4 e 5 dettano alcuni specifici criteri.

Partendo dall'assunto che i ricavi imponibili sono quelli generati dalla relazione tra utenti ed interfaccia digitale, l'art.5, par. 1, definisce i ricavi imponibili ottenuti in un dato periodo d'imposta, come quelli realizzati in un determinato Stato Membro se gli utenti del servizio sono situati nel relativo territorio nello stesso periodo d'imposta, prescindendo dall'effettivo contributo apportato dagli utenti alla creazione di quei redditi.

Per il par.2, gli utenti sono localizzati in uno Stato Membro se ricorrono i seguenti presupposti:

- se si tratta di una pubblicità collocata su di un'interfaccia digitale mirata, la territorialità è data dalla posizione del dispositivo dell'utente nel momento esatto in cui la pubblicità appare sul dispositivo utilizzato per accedere all'interfaccia digitale⁴⁴⁹;
- se si tratta di messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale che agevoli l'interazione tra gli utenti stessi e l'eventuale acquisto di beni o prestazioni di servizi, si distingue se l'interfaccia facilita o meno le operazioni corrispondenti tra utenti.⁴⁵⁰

Infatti, possono verificarsi due distinte ipotesi:

- se il servizio comporta un'interfaccia digitale che facilita le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, i ricavi imponibili da parte di uno Stato Membro sono in diretta relazione al numero di utenti che concludono quel tipo di operazione nel periodo considerato e per mezzo di un dispositivo localizzato in tale Stato Membro;⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Per ulteriori approfondimenti si veda il Considerando n.30.

⁴⁵⁰ Per ulteriori approfondimenti si veda il Considerando n.31 e l'art. 5, par. 2, lett. b).

⁴⁵¹ Il Considerando n.31, continua: i diritti impositivi sui ricavi dell'impresa che mette a disposizione l'interfaccia dovrebbero essere attribuiti agli Stati Membri in cui si trovano gli utenti che concludono operazioni corrispondenti, senza tenere in considerazione se gli utenti siano i venditori o gli acquirenti dei corrispondenti beni o servizi. Questo perché entrambi generano valore per l'interfaccia digitale attraverso la loro partecipazione, dato che lo scopo dell'interfaccia è proprio quello di far coincidere l'offerta con la domanda.

Secondo l'art.5, par. 3 lett. b), *sub (i)*, il calcolo della porzione di ricavo imponibile da attribuire allo Stato Membro va determinato in proporzione al numero di utenti che hanno concluso operazioni rilevanti.

- se il servizio comporta un'interfaccia digitale che non agevola le corrispondenti cessioni di beni o servizi e se l'utente ha un conto grazie al quale accede all'interfaccia digitale, ed il conto risulta aperto utilizzando un dispositivo in un determinato Stato Membro, la territorialità è legata a quello Stato;⁴⁵²
- se si tratta di dati raccolti attraverso le attività praticate dagli utenti sull'interfaccia digitale, la territorialità si stabilisce in base alla localizzazione del dispositivo adoperato per accedere all'interfaccia digitale.⁴⁵³

Come determinare la posizione di un utente e del suo dispositivo è indicato nell'art.5, par.5, che fa riferimento all'indirizzo IP (*Internet Protocol Address*) del dispositivo stesso o, se più sicuro, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

Ulteriore questione applicativa riguarda l'individuazione del momento in cui considerare effettivamente realizzato il servizio digitale imponibile. A tal fine, secondo una sorta di principio di competenza, l'art.4, par.5, afferma che l'operazione imponibile è da considerarsi realizzata nel momento esatto in cui il relativo corrispettivo “*si considera dovuto*⁴⁵⁴”, prescindendo dal fatto che sia stato effettivamente pagato o meno. In tale ambito, tuttavia, occorre dare uno sguardo alla normativa nazionale e, per quanto riguarda l'Italia, all'IVA⁴⁵⁵, per accorgersi di vistose divergenze. Infatti, l'art. 6 commi 3 e seguenti del DPR n.633/1972 dispone che le prestazioni di servizi sono da considerarsi effettuate nei molteplici momenti ivi indicati e disciplinati. In materia di IVA, la norma generale prevede che la prestazione si consideri eseguita al momento in cui il corrispettivo è pagato o, se precedente, all'atto di emissione della fattura,⁴⁵⁶ a nulla rilevando il momento in cui sorge l'obbligazione. Per quanto, invece, concerne le imposte sul reddito, i corrispettivi delle prestazioni di

⁴⁵² Ulteriori specifiche sono date dall'art. 5 par. 3, *lett. b), sub (ii)* secondo cui: il calcolo della porzione di ricavo imponibile da assegnare allo Stato Membro va calcolata tenendo conto del numero di utenti, nel periodo d'imposta in esame, titolari di un conto che è stato aperto utilizzando un dispositivo in tale Stato Membro.

⁴⁵³ Nel Considerando n.32 si afferma che: l'assegnazione dei ricavi a uno Stato Membro dovrebbe tenere in considerazione il numero di utenti che hanno generato dati trasmessi in un determinato periodo adoperando il dispositivo in tale Stato Membro.

Secondo l'art. 5, par. 3, *lett. c)*, il calcolo della porzione di ricavo imponibile da assegnare allo Stato Membro va definito in proporzione al numero di utenti che hanno generato dati trasmessi, nel detto periodo d'imposta, usando un dispositivo per accedere all'interfaccia digitale.

⁴⁵⁴ La norma prevede: “*Taxable Revenues shall be recognized for the purposes of this Directive as having been obtained at the time when they fall due, irrespective of whether the relevant amounts have actually been paid*”.

⁴⁵⁵ PIZZONIA G., *La Web tax sulle prestazioni digitali gioca d'anticipo ma ha molte criticità*, in “Il Sole 24 Ore”, 21 gennaio 2019.

⁴⁵⁶ Ai sensi dell'art. 63 della Direttiva 2006/112/CE, con cui è stata introdotta l'IVA, si afferma a riguardo che: “*il fatto generatore dell'imposta si verifica e l'imposta diviene esigibile nel momento in cui è effettuata la cessione di beni o la prestazione di servizi.*”

servizi si considerano conseguiti, almeno in Italia, nel momento di ultimazione della prestazione effettuata ovvero alla data di maturazione, per quelle caratterizzate da corrispettivi periodici.⁴⁵⁷ Essi divengono tassabili in base alle risultanze del bilancio redatto ai fini civilistici, considerando che sono fondati sulle disposizioni contrattuali ovvero, più in generale, sulle norme in materia di adempimento dell'obbligazione stabilite agli art.1173 e segg. del codice civile.

Emerge, dunque, anche dal confronto della proposta di Direttiva con la normativa nazionale italiana - sia in materia di imposte dirette che di imposte indirette - un approccio eccessivamente semplicistico nell'individuazione del momento in cui, ai fini dell'applicazione della *DST*, il servizio digitale si possa considerare effettivamente realizzato.

Ulteriore difficoltà applicativa si pone con riguardo all'individuazione del luogo di emersione della base imponibile, aumentate dal fatto che le prestazioni da assoggettare a *DST* sono caratterizzate dall'immaterialità. Per tali motivi, la Proposta della Commissione - scartata la percorribilità di una base imponibile accertata considerando per ogni singola operazione la residenza fiscale della *Taxable Person*, o quella dell'utilizzatore del servizio digitale - si è concentrata essenzialmente sul ruolo predominante attribuito all'*end-user* ed al principio dello "*user value creation*" considerando generata la creazione di valore nello Stato Membro ove l'apparecchio (*device*) utilizzato dall'*end-user* per fruire della prestazione, sia stato concretamente attivato. La caratteristica dell'immaterialità delle prestazioni comporta, inoltre, ogni disancoramento della base imponibile dall'acquisto di un bene, dal luogo di eventuale consegna o dal pagamento di una remunerazione per la prestazione. Dunque, il luogo di emersione della base imponibile è individuato in ragione dell'impiego del dispositivo utilizzato dall' *user*, sulla base dell'indirizzo IP, o di altro sistema di geolocalizzazione, con la previsione di uno specifico procedimento di computo per determinare la quota di ricavi tassabili rispetto al totale dei servizi digitali fruiti nel territorio dello Stato.⁴⁵⁸ Occorre però rilevare in proposito che l'individuazione dell'indirizzo IP⁴⁵⁹ da cui discendono le importanti conseguenze fiscali appena dette, non è del tutto privo di incertezze,⁴⁶⁰ trattandosi di un indirizzo adoperato in via

⁴⁵⁷ Si veda art. 109, comma 2, lett. b), TUIR.

⁴⁵⁸ NADALUTTI M. - ZANARDI S., *Web Tax con versamento unico e imponibile legato agli utenti*, in "Il Sole 24 Ore", 18 novembre 2019.

⁴⁵⁹ GALIMBERTI A., *La Web Tax al 3% colpisce i grandi intermediari*, in "Il Sole 24 Ore", 18 ottobre 2019.

⁴⁶⁰ In merito occorre rilevare come sia assente un'esatta definizione della nozione di indirizzo IP nella legislazione europea. Risulta quindi particolare la circostanza per la quale la Corte di Giustizia dell'Unione europea, prima con Sentenza del 24 novembre 2011 e poi con sentenza del 19 ottobre 2016 abbia attribuito all'indirizzo IP natura di

convenzionale, comunemente utilizzato per rintracciare la localizzazione dell' *user*, ma non dotato dei crismi dell'ufficialità.⁴⁶¹ Da tale considerazione è derivata la scelta, contenuta nell'art.5, par.5, di affiancare detto indicatore con un ulteriore criterio, residuale, da impiegare ove risulti più accurato e preciso, quale mezzo di identificazione del luogo di localizzazione del dispositivo, che prescindendo dall'IP.⁴⁶²

A tal fine, si può far riferimento, ad esempio, ad un procedimento di carattere fisico o ad una matrice convenzionale, con l'avvertenza che tali possibilità, seppure da apprezzare quale tentativo della Commissione di superare le difficoltà di una pratica applicazione legate al solo indirizzo IP, mostrano il loro limite nell'attribuire ad uno strumento convenzionale di per sé privo di valenza ufficiale, conseguenze giuridiche. In conclusione, sembrerebbe preferibile attribuire all' indirizzo IP, per scelta condivisa da tutti gli Stati Membri, la funzione di determinare il luogo di emersione della base imponibile, piuttosto che rimetterla ad un criterio incerto ed evanescente quale quello della "migliore localizzazione" da parte del contribuente. Ciò per due ordini di ragioni:

- l'inopportunità di rimettere alla *Taxable Person* la scelta di una localizzazione migliore rispetto a quella che le è stata convenzionalmente attribuita;
- la circostanza che non è sempre obbligatorio, ma rimesso alla facoltà dell'utente, rendere nota la propria posizione all'atto dell'accesso ad una piattaforma digitale.

Anche l'aggettivo di "migliore" localizzazione comporta poi una componente di relatività che può ben portare ad un disallineamento tra lo Stato Membro in cui è registrato l'apparecchio dell'*end-user* e quello in cui poi il medesimo utente opera *online*. Appare, dunque, più congruo riservare la risoluzione di tale tipo di conflitti alle Amministrazioni finanziarie dei rispettivi Stati Membri, anche ai fini di un'eventuale

dato personale, in considerazione della sua idoneità ad identificare gli utenti del web. Può in tal situazione essere di maggiore chiarimento la definizione fornita dall'Avvocato Generale *Campos Sánchez - Brodona*, il quale ha definito l'indirizzo IP come: "*a sequence of binary numbers which, when allocated to a device, identifies it and allows it to access that electronic communications network.*" Rimane sempre troppo poco per considerare affidabile questa identificazione.

⁴⁶¹ Per ulteriori considerazioni in merito si veda anche il documento inviato dalla Fondazione Bruno Visentini all'Agenzia delle Entrate del 14 giugno 2018, in cui si afferma: "*Va rilevato, al riguardo, che i riferimenti agli indirizzi IP address derivano da pure e semplici pratiche commerciali e che, quindi, un'identificazione del luogo in cui un Taxable Service è reso, basato su di esso, si presenta come assai discutibile.*"

⁴⁶² Nell' *Explanatory Memorandum* della Proposta di Direttiva, si legge: "*The IP address is a simple and effective proxy for determining the user location. Moreover, if the taxable person is aware by other means of geolocation that the user is not located in the Member State where is the IP address indicates, that taxable person would still able to rely on that other means of geolocation to determine the place of taxation.*"

ripartizione del gettito riferibile all'apparecchio, mentre sarebbe del tutto improprio far ricadere un siffatto onere sulla *Taxable Person*.

4.1.4 Le modalità applicative

Nell'esaminare gli aspetti procedurali dell'applicazione dell'*Interim Web Tax*, regolati agli artt.6 e seguenti della Proposta di Direttiva, possiamo senz'altro prendere avvio dall'art.11, che impone alla *Taxable Person* l'obbligo di comunicare, attraverso autodichiarazione allo Stato Membro di identificazione, di essere debitrice di un'imposta in uno o più Paesi. Per Stato Membro di identificazione si intende:

- lo Stato Membro nel quale il soggetto passivo è debitore per il primo periodo d'imposta;
- lo Stato Membro scelto dal soggetto passivo, qualora lo stesso soggetto sia debitore dell'imposta per lo stesso periodo in più Stati Membri.

La comunicazione da parte della *Taxable Person* deve essere resa in via elettronica entro il termine tassativo di 10 giorni lavorativi dalla fine del primo periodo d'imposta e deve comprendere almeno i seguenti elementi e dati relativi al soggetto passivo: nome, denominazione commerciale se diversa dal nome, indirizzo postale, indirizzo elettronico, numero di codice fiscale nazionale, nome della persona di contatto, numero di telefono, Stati Membri in cui il soggetto passivo è debitore dell'Imposta sui Servizi Digitali, codice IBAN o OBAN.⁴⁶³

In questo procedimento, dunque, lo Stato Membro di identificazione è l'unico interlocutore con la *Taxable Person* ai fini dell'applicazione della *Interim Web Tax*.

L'art.11 prevede poi l'attribuzione di un numero di identificazione alla *Taxable Person*, ad essa comunicato per posta elettronica entro 10 giorni lavorativi e seguita, ai sensi dell'art. 14, dalla c.d. dichiarazione ISD inoltrata al contribuente sempre tramite posta elettronica entro 30 giorni lavorativi dalla fine del periodo d'imposta di riferimento.

Dalla dichiarazione ISD, ai sensi dell'art. 15, devono risultare:

- il numero di identificazione individuale di cui all'art.11;

⁴⁶³ Vi è l'obbligo da parte del soggetto passivo di comunicare allo Stato Membro di identificazione tutte le eventuali modifiche intervenute le informazioni obbligatorie fornite inizialmente.

- l'importo dei ricavi imponibili, riferibili al soggetto passivo, in quel determinato Stato Membro per quel periodo d'imposta;
- l'importo totale dell'ISD dovuta dal soggetto passivo in tutti gli Stati Membri per il periodo d'imposta pertinente.

Infine, l'art.16 prevede che il soggetto passivo, entro 30 giorni lavorativi dalla fine del periodo d'imposta, versi allo Stato Membro di identificazione l'importo complessivo di quanto dovuto a tutti gli Stati Membri per il periodo di riferimento, rimanendo a carico del primo informare gli altri Stati e trasferire ad essi la quota riscossa per loro conto.

Da quanto sopra esposto, emerge un meccanismo articolato, puntuale, dettagliato e, talvolta, di difficile applicazione a causa della natura sovranazionale dell'imposta. Premesso che la Proposta di Direttiva prevede a carico della *Taxable Person* l'onere di identificarsi presso l'Amministrazione finanziaria dello Stato Membro ove ritiene si sia realizzato per primo il reddito imponibile, nel caso in cui i presupposti per l'applicazione si considerino esistenti in più d'uno Stato, la scelta sarà rimessa al contribuente, secondo quanto disposto dagli artt.9, comma 2 e 10, commi 1 e 3. Una volta effettuata la scelta, quello Stato Membro diviene l'unico interlocutore della *Taxable Person* anche per gli adempimenti successivi e collaterali, quali:

- l'attribuzione di un numero di identificazione;
- la ricezione delle dichiarazioni rilevanti ai fini della *DST*, sia per le attività realizzate nel proprio Paese che per quelle attribuibili a diversi Stati Membri;
- la condivisione e lo scambio di flussi informativi con le altre Amministrazioni finanziarie;
- la ricezione dei pagamenti delle eventuali pluralità di *DST* nazionali;
- la restituzione dei pagamenti prima citati al rispettivo Stato Membro di competenza.

Il procedimento complessivo, dunque, nelle sue articolazioni, presuppone un elevato livello di dialogo e di reciproca collaborazione tra gli Stati Membri.

Uno specifico aspetto applicativo concerne la qualificazione della *DST* come imposta indiretta.⁴⁶⁴ Siffatto inquadramento implica il positivo effetto di neutralizzare eventuali contrasti con i Trattati contro le doppie imposizioni, al verificarsi dei quali gli Stati Membri dovrebbero procedere a rivedere le norme convenzionali⁴⁶⁵ e

⁴⁶⁴ L'esatto riferimento è contenuto nell'*Explanatory Memorandum* alla Proposta di Direttiva, par. 2.

⁴⁶⁵ Si rimanda alla Circolare ASSONIME n. 19/2018, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*".

comporta la deducibilità della *DST* dalle imposte sul reddito dovuta dalla *Taxable Person*, ben potendo la *DST* essere considerata un “costo di produzione del reddito”. Tuttavia, trattandosi di profilo che attiene alla fiscalità diretta, l’eventuale deducibilità è da ascrivere alla competenza dei legislatori nazionali, sottratta alla diretta regolamentazione della Commissione che non ha mancato di attivare in tal senso i singoli legislatori.

Al fine di rendere più comprensibile il beneficio che deriverebbe ad una *Taxable Person* dalla deduzione della *DST*, è sufficiente osservare, in via esemplificativa, come un soggetto con un volume d’affari riferibile a 100 interamente derivante da *Taxable Revenues* imponibili, avrebbe un costo a titolo di *DST* pari a 3. Ad un profitto al lordo della sola imposta pari a 20 corrisponderebbe un carico fiscale di 5,58, oltre all’importo di 3 a titolo di *DST*, per un complessivo carico fiscale di 8,58, quindi con un’imposizione pari al 42,9%.

Considerando, invece, la *DST* deducibile, il carico fiscale complessivo sarebbe pari a 7,74 e l’imposizione effettiva pari a 38,7% con un risparmio quindi d’imposta pari a 4,2 (42,9% - 38,7%) punti percentuali, con un considerevole alleggerimento del carico fiscale complessivo.

La deducibilità della *DST*, dunque, comporterebbe una disparità tra coloro che svolgono anche attività materiali in un determinato Stato Membro e, pertanto, sono soggetti a imposte sui redditi, e coloro che, invece, non sono tenuti a versare imposte sui redditi in uno Stato Membro ma sono solo soggette a *DST* per le prestazioni di servizi digitali resi agli *end-users* che ne fruiscono dal territorio dell’UE.

L’effetto distorsivo legato alla deducibilità della *DST* comporterebbe un grosso vantaggio per le *Taxable Persons unionali* che potrebbero procedere ad un parziale recupero della *DST* versata.

Alla luce delle esposte difficoltà applicative legate all’entrata in vigore della *DST*, risulta non agevole trarre conclusioni in ordine al contributo della Commissione. Infatti, fermo il meritevole intento di fornire risposte efficaci alle sfide poste dall’economia digitale, la Proposta di Direttiva presenta, comunque, soluzioni che appaiono a volte connotate da grande complessità ed astrattezza, benché il fine prefissato comprenda anche l’implementazione della disciplina per mezzo di una misura emergenziale suscettibile di immediata e facile applicazione.⁴⁶⁶

In sintesi, l’*Interim Web Tax* prevista nella Proposta di Direttiva COM(2018)148 *final* con aliquota del 3% da applicare alle imprese, in presenza del doppio indicatore già

⁴⁶⁶ Vedi al riguardo Considerando n.7.

menzionato (un fatturato globale superiore a 750 milioni di euro ed uno europeo superiore ai 50 milioni) avrebbe dovuto far affluire nelle casse dell'Unione almeno 5 miliardi di euro all'anno di nuove entrate, come soluzione provvisoria, in attesa dell'introduzione di misure definitive.

Con riguardo ad una *Web Tax* definitiva, invece, il relativo *iter* prevede l'approvazione all'unanimità da parte del Parlamento europeo, di Paesi membri dell'Unione, e quindi anche da parte dei due Paesi con imposizione fiscale più bassa: Irlanda e Lussemburgo. Nell'attuale mancanza dell'unanimità di tutti gli Stati Membri UE, la proposta di una *Web Tax* europea⁴⁶⁷ è, per il momento, accantonata.⁴⁶⁸ Nel frattempo, i singoli Paesi si sono attivati con l'adozione di misure individuali, come illustrato nei successivi paragrafi del presente elaborato.

4.2 La “breccia” francese ed altre iniziative europee

La Francia ha approvato, in data 11 luglio 2019, l'introduzione della *Web tax*, istituendo l'imposta sui servizi digitali offerti agli utenti francesi dalle grandi multinazionali del *web*. L'*iter* legislativo, peraltro, ha seguito tempi molto rapidi, se si osserva che il disegno di legge era stato adottato dal Governo solo il 6 marzo ed il 4 luglio la legge era stata già approvata dall'Assemblea nazionale.

La misura fiscale introdotta dal Parlamento francese, in realtà, non si discosta molto dal modello delineato dalla Commissione UE nel marzo del 2019, fermato dal veto di Svezia, Danimarca, Finlandia e Irlanda, intenzionate a limitarne l'applicazione alle sole prestazioni di carattere pubblicitario. La norma introduttiva della *Web tax* francese, inoltre, prevede il costante aggiornamento dei progressi compiuti, in tale ambito, dall'Unione europea e dall'OCSE in materia di imposizione fiscale del settore e di introduzione di previsioni specifiche per l'*e-commerce*, allo scopo di migliorare le relative disposizioni tributarie.⁴⁶⁹

La finalità perseguita dal legislatore francese, tramite la misura entrata in vigore ad ottobre 2019, è di giungere ad un prelievo del 3% sui ricavi lordi provenienti da alcuni

⁴⁶⁷ VALENTE P., *Web tax nel cantiere di Bruxelles*, 12 settembre 2019.

⁴⁶⁸ PITOZZI A., *A che punto siamo con la Web Tax in europa?*, <https://wired.it>.

⁴⁶⁹ LATOUR G., *Web tax su misura per i diversi servizi digitali*, in “il Sole 24 Ore” 28 settembre 2019.

servizi digitali offerti da aziende come *Amazon*, da motori di ricerca come *Google*, da *social networks* e *app* come *Facebook*, *WhatsApp* e *Instagram*, per un complessivo prelievo di circa 500 milioni di euro l'anno. Le soglie dei parametri introdotti (un fatturato superiore ai 750 milioni di euro nel mondo ed ai 25 milioni di euro in Francia) permette di ritenere l'intento di colpire i grandi colossi, come lascia intendere anche il nome *Gafa Taxe*,⁴⁷⁰ acronimo di *Google*, *Amazon*, *Facebook*, *Apple*, non tralasciando ulteriori circa trenta giganti *internet* del mondo (tra cui *Booking*, *Zalando*, *Ebay*...). Il primo obiettivo della misura francese, concepita come soluzione transitoria, in attesa di raggiungere un accordo in sede OCSE per la tassazione del mercato digitale, è quello di localizzare fiscalmente le grandi aziende tecnologiche, apolide rispetto alle vecchie multinazionali localizzabili in base al principio della stabile organizzazione.⁴⁷¹ Tuttavia la sua introduzione non è restata priva di conseguenze sul piano delle relazioni internazionali, contribuendo non poco a deteriorare i rapporti tra Washington e Parigi, come ha avuto modo di rimarcare il Presidente U.S.A. Donald Trump che vi ha rinvenuto l'intento di pregiudicare i colossi americani "GAF". Ne è seguito l'avvio di una procedura di indagine,⁴⁷² denominata *Section 301*⁴⁷³, avente il compito di valutare l'impatto della *digital tax* francese sull'economia americana, anche al fine di prevedere l'introduzione di dazi all'importazione francese, con conseguente rischio di innescare una vera e propria guerra commerciale. In proposito, la nota ufficiale dello *U.S. Trade Representative*, cui è stato assegnato il compito di condurre l'analisi in questione, ha evidenziato come la *digital tax* di Le Maire abbia colpito i settori "in cui

⁴⁷⁰ FISCOOGGI, *Francia, ecco la web tax. Nel regno unito inizia l'iter*, 12 luglio 2019, <https://fiscooggi.com>.

⁴⁷¹ CARLINI R., *L'Italia si unisce alla battaglia per la web tax*, 16 ottobre 2019, <https://internazionale.com> la Commissione europea mostra attraverso una tabella le conseguenze alla situazione di stallo finora portata avanti e ne emerge che: mentre l'aliquota media effettiva applicata alle multinazionali nel mondo è circa del 23%, e può scendere al 16% con una strategia di *tax planning* che riesca a sfruttare tutte le opportunità più favorevoli delle legislazioni nazionali, come nel caso delle Barbados o dell'Irlanda o dei Paesi Bassi, per quelle digitali l'aliquota media effettiva scende al 9,5% e può anche diventare negativa, trasformandosi anche in un contributo alle imprese. secondo una ricerca del FMI la capacità delle multinazionali di nascondere i profitti al fisco causa ai bilanci dei Paesi OCSE perdite nell'ordine di 400 miliardi di dollari l'anno.

⁴⁷² Indagine commissionata allo *U.S. Trade Representative Robert Lighthizer* di aprire un'inchiesta sulla *digital tax* francese che sarebbe potuta sfociare nell'imposizione di dazi o altre restrizioni commerciali alla Francia. *Lighthizer* ha un anno di tempo per valutare l'impatto della *web tax* francese sulle aziende della tecnologia americane, in particolare bisognerà verificare se la stessa rappresenta un comportamento commerciale discriminatorio o scorretto.

⁴⁷³ "Section 301 of the U.S. Trade Act of 1974 authorizes the President to take all appropriate action, including tariff-based and no tariff-based retaliation, to obtain the removal of any act, policy, or practice of a foreign government that violates an international trade agreement or is unjustified, unreasonable, or discriminatory and that burdens or restricts U.S. commerce." <https://www.ustr.gov>.

le aziende americane sono leader globali e che quindi la struttura della tassa proposta in Francia e le dichiarazioni dei politici francesi suggeriscono che la Francia prenda nel mirino in modo iniquo alcune aziende tecnologiche degli Stati Uniti". A tali accuse il Ministro dell'Economia francese ha replicato appellandosi alla sovranità del legislatore nazionale francese, al pari di ogni Stato sovrano, in campo fiscale, evidenziando, in ogni caso trattarsi di una soluzione provvisoria, in attesa di un'azione da adottarsi a livello globale. Sulla medesima questione, si è espressa anche la lobby ITI (*information Technology industry council*) che ha sede a Washington e unisce le aziende *hi-tech* americane, auspicando un'azione del governo americano ispirata ad un intervento di cooperazione internazionale, piuttosto che rivolto a misure sanzionatorie, quali l'introduzione di dazi.⁴⁷⁴ Su posizioni vicine alla linea presidenziale si sono espressi anche il Presidente della Commissione Finanze del Senato ed il principale esponente Democratico, il senatore *Ron Wyden*, concordi nel ravvisare, nell'imposizione sui servizi digitali introdotta dalla Francia e da altri Paesi europei, una misura protezionistica volta a pregiudicare le aziende americane, con conseguente inevitabile contrazione dei posti di lavoro.

Un alleggerimento della tensione è intervenuto in occasione del G7 di Biarritz⁴⁷⁵, che ha registrato il raggiungimento di un accordo in merito alla *Web tax*,⁴⁷⁶ consistente nell'impegno da parte del fisco francese a rimborsare alle multinazionali americane la differenza tra la tassazione del 3% applicata da Parigi e quanto verrà deciso nelle discussioni in corso tra i Paesi OCSE a proposito di una *Web tax* internazionale. Sostanzialmente, a seguito dell'introduzione a partire dal 2021, di una tassa internazionale, la Francia, accertato l'importo complessivamente versato dalle diverse società americane nel 2019 e nel 2020, qualora tali cifre risultassero inferiori al 3% dei ricavi, riconoscerebbe a queste un credito d'imposta.

Inoltre, il governo francese ha maggiormente ridotto l'incisività della *DST* (*digital service tax*) – che avrebbe già dovuto essere rivista nel 2023 – mediante il meccanismo delle compensazioni - stabilendo che gli effetti della tassa digitale francese a partire dal 2021 siano confrontati, al fine di un'eventuale compensazione, con quelli della prevista tassa digitale globale unificata che dovrebbe essere a breve introdotta

⁴⁷⁴ Questo è quanto è stato affermato dal *vice president of policy dell'ITI Jennifer McCloskey*.

⁴⁷⁵ https://www.agi.it/estero/temi_g7_biarritz-6073491/news/2019-08-24/.

⁴⁷⁶ È sull'intero fronte europeo che il tema sta emergendo con forza, la Presidente della Commissione Europa, Ursula Von Der Leyen, nel presentare il suo programma ha sottolineato la volontà di intervenire su questo fronte convinta che il prelievo fiscale deve avvenire laddove vengono generati i profitti, dando contributo allo stato sociale, ai sistemi scolastici e universitari, alle infrastrutture pubbliche.

dall'OCSE.⁴⁷⁷ E' comunque indubbio che, nonostante le forti critiche mosse dal Presidente Trump,⁴⁷⁸diversi Paesi europei si accingono a seguire il modello francese nell'introduzione di una tassa sui servizi digitali (*DST*) a partire dal 2020, nell'ottica di un sistema fiscale più equilibrato.

Su questa scia, nel 2019, l'Austria ha formulato un progetto di legge che prevede una *Web tax* del 5% sui ricavi pubblicitari, mentre la Repubblica Ceca ha introdotto una *Web tax* con aliquota del 7% destinata principalmente a colpire la pubblicità del *Web* dei gruppi e lo sfruttamento dei dati personali.

L'Ungheria, prima fra tutte, già nel 2015 aveva previsto una *Web tax*, con aliquota del 5,3%, poi aumentata al 7,5% nel 2017.⁴⁷⁹ Ad una prima simile iniziativa, nel 2014, era seguita una protesta popolare contro il primo ministro Orban, autore di una Proposta di legge che imponeva agli *Internet service provider (Isp)* una tassa di 150 fiorini ogni *gigabyte* di traffico.

Anche l'Italia ha assunto iniziative in questo campo prevedendo, nella Legge di bilancio 2020⁴⁸⁰, una *Web tax* simile a quella francese. La struttura dell'imposta italiana, meglio approfondita nel successivo paragrafo, si presenta non troppo distante dai contenuti dell'accordo tra la Francia e gli USA ed è stata oggetto di un intervento del Ministro dell'economia Gualtieri a Davos in occasione del *World economic forum* 2020.

La Spagna, dal canto suo, ha elaborato un progetto di decreto legge per creare la “*tassa di Google*” e la “*tassa di Tobin*”, finalizzata a realizzare un gettito di circa 1,2 miliardi di euro. Il progetto tuttavia si è arrestato prima di giungere al Congresso in quanto il Governo spagnolo non ha approvato il bilancio generale per il 2019 ed ha indetto le elezioni a febbraio, ferma restando l'utilizzabilità del testo elaborato come base per una nuova iniziativa di legge da far partire in un prossimo futuro.⁴⁸¹

In conclusione, emerge come il quadro fiscale e normativo a livello internazionale rimanga ancora altamente incerto, in attesa di un accordo entro il 2020 a livello OCSE, fermo restando che ove tale accordo dovesse tardare ad arrivare, l'UE potrà procedere autonomamente.⁴⁸²

⁴⁷⁷ SANTORO S., *La Web tax – Profili di sistema*, 1 ottobre 2019.

⁴⁷⁸ GALIMBERTI A., *Risputa la Web tax, da anni senza decreti attuativi*, in “Il Sole 24 Ore”, 7 settembre 2019.

⁴⁷⁹ RIZZI M., *Web tax al via in 7 Paesi europei*, N.32, “ITALIAOGGI”, 8 febbraio 2020.

⁴⁸⁰ Legge n.160 del 27/12/2019, pubblicata in GU n. 304 del 30/12/2019.

⁴⁸¹ BOCELLATO P., *Anche la Spagna punta sulla Web Tax nonostante le minacce di Trump*, 11 dicembre 2019, in “Il Sole 24 Ore”.

⁴⁸² Questo è quanto è stato richiesto dal Parlamento UE in una risoluzione adottata con 479 voti favorevoli a Bruxelles il 18 dicembre 2019.

4.3 L'imposta italiana sui servizi digitali

La Legge di bilancio 2019⁴⁸³ ha abrogato le disposizioni dettate dalla precedente Legge di bilancio 2018⁴⁸⁴ ed ha disciplinato in modo innovativo l'imposta sui servizi digitali di cui all'art.1, commi da 35 a 50. La nuova formulazione ha costituito un intervento quasi obbligato a seguito dell'adozione in data 21 marzo 2019 della Proposta di Direttiva UE⁴⁸⁵ che prevedeva l'istituzione a partire dal 1° gennaio 2020, di un'imposta comunitaria. Come già esposto, la proposta di Direttiva si poneva primariamente il fine di eliminare ogni disparità di trattamento fiscale tra le multinazionali del settore digitale e le imprese appartenenti ad un settore diverso, derivanti dalla possibilità, cui sono ammesse le prime ma non le seconde, di operare in svariati territori senza la necessità di costituirvi strutture fisiche tangibili.⁴⁸⁶

La questione, portata all'attenzione dell'OCSE ha registrato unanime consenso in merito alla necessità di una tassazione - per evitare il sovrapporsi di norme adottate individualmente da parte di singoli Paesi membri, necessariamente foriere di problematiche, e potenzialmente ostative alla nascita di un mercato digitale – ma, d'altro lato, ha visto l'adozione di un'imposta sui Servizi digitali (*DST*), di cui va evidenziato il carattere transitorio e l'adozione, su un più lungo periodo, di un nuovo sistema fiscale, basato su un nuovo concetto di stabile organizzazione.

La Proposta di Direttiva, nel cercare di contemperare talune divergenze, ha sostanzialmente abbracciato una sorta di compromesso fra posizioni distanti, finalizzato alla tutela del mercato unico (più precisamente *dell'Union Digital Single Market*) ed era stata vista con favore dalla maggioranza dei Paesi Comunitari e con minore entusiasmo da parte di quelli (Irlanda, Olanda, Lussemburgo) che sin da subito ne hanno contestato sia l'opportunità che la ragionevolezza.

In sintesi, la Proposta Comunitaria, si caratterizza per considerare l'economia digitale come un mondo fiscalmente separato e per valorizzare il ruolo dell'utente, soggetto terzo rispetto alle parti economiche del rapporto (prestatore del servizio e beneficiario effettivo) cui si riferiscono i dati il cui utilizzo permette la trasformazione dell'informazione (i dati) in valore.

⁴⁸³ L. 145 del 30 dicembre 2018.

⁴⁸⁴ Commi da 1011 a 1019 dell'art. 1 della L. 27 dicembre 2017 n. 205.

⁴⁸⁵ La trattazione di tale proposta di Direttiva è stata affrontata nei primi paragrafi del dal capitolo 4 del presente elaborato.

⁴⁸⁶ Si vedano le considerazioni di *Assonime*, "il vero interrogativo...", Position Paper, n.1, 2018.

In Italia la prima iniziativa è da ricondurre all'approvazione della legge n.205/2017, di adozione di una nuova imposta, in armonia con l'iniziativa UE.⁴⁸⁷

La disciplina nazionale italiana può essere illustrata tenendo a mente le tre classiche domande che ne orientano l'approccio:

- *who to tax?*
- *what to tax?*
- *where to tax?*

La prima domanda "*Who to tax?*" attiene all'individuazione dei soggetti passivi e, in realtà, è anche quella di più facile soluzione: sono soggette alla nuova imposta sui Servizi Digitali (ISD) le imprese residenti e non che presentano determinate caratteristiche a livello dimensionale e che soddisfano congiuntamente, in un periodo d'imposta, individuato nell'anno solare, i seguenti requisiti:

- un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzato non inferiore a 750 milioni di euro;
- un ammontare di ricavi derivante da specifici servizi digitali, realizzati in Italia, non inferiore a 5.500.00 euro.

I due indicatori non sono del tutto disgiunti tra loro ma uniti da una relazione di deduzione, in quanto il secondo è facilmente deducibile partendo da un presupposto riguardante il primo. Infatti, poiché il contributo italiano al PIL Europeo è pari a circa il 11% del medesimo, ne deriva che un'analogica percentuale di volume d'affari derivante da servizi digitali deve essere realizzata nel nostro Paese. Se la Direttiva, dunque, individua il volume di transazioni digitali rilevanti in ambito UE nell'importo di 50 milioni, l'11% di tale importo è pari proprio a 5.500.00 euro.⁴⁸⁸ Ciò differenzia le nuove previsioni dalla precedente legge di Bilancio 2018, in cui la tassazione era rivolta solo ai soggetti che nell'anno solare avessero effettuato più di 3000 prestazioni di servizi digitali, escludendo le operazioni verso i soggetti privati, trattandosi di un'imposta finalizzata a colpire solo le operazioni B2B.⁴⁸⁹

Un'ulteriore divergenza dalla precedente Proposta è ravvisabile nel fatto che la *Web tax* prevista dalla legge di Bilancio 2018 considerava solo i servizi prestati tramite mezzi elettronici, *internet* o più in generale una rete elettronica.

⁴⁸⁷ Vedi DI TANNO T., op. cit.

⁴⁸⁸ Che il ragionamento seguito sia questo è confermato anche dal disegno di legge spagnolo dove la somma di prestazioni rilevanti da realizzare in territorio spagnolo è previsto per 3 milioni di euro, ciò è definito calcolando l'incidenza del PIL spagnolo sul PIL europeo complessivo.

⁴⁸⁹ SANTORO S., op. cit.

Nella formulazione del 2019, comunque, permane una qualche incertezza in ordine all'individuazione dei soggetti passivi d'imposta sia come singoli che come parti di un Gruppo, riguardo al quale la definizione utilizzata dal legislatore nazionale appare più ampia di quella della Direttiva stessa che individua il Gruppo solo sulla base di un bilancio consolidato.⁴⁹⁰ Sempre rispetto a tale concetto, molte perplessità sono nate dal mancato richiamo, ai fini della definizione di Gruppo, agli artt. 2359 o 2497 del c.c., come agli artt. 25 e seguenti del D.lgs. n. 127/1991.

Sotto altro profilo, relativo all'individuazione dell'ambito di applicazione, la nuova disciplina appare irta di difficoltà, in quanto la sussistenza di entrambi i requisiti obbliga l'Amministrazione finanziaria a raccogliere informazioni, non sempre facilmente reperibili, con conseguente aggravio delle funzioni accertative che, ad esempio, si complicano quando vi è necessità di reperire informazioni rispetto ad un operatore non residente e privo di stabile organizzazione in Italia.

Per certi versi risulterebbe preferibile partire da ciò che è accertabile in Italia e far seguire a questo accertamento la presunzione (solo relativa), di soggezione alla ISD. Ciò eviterebbe al contribuente di dichiarare l'appartenenza o meno ad un Gruppo soprastante o in ultimo a presentare il bilancio consolidato di gruppo per verificare se i presupposti dimensionali vengono rispettati o meno.

Altro aspetto cui prestare attenzione, che non appare verosimile rispetto alla realtà, è l'allineamento temporale fra il superamento della soglia e la soggezione all'imposta, considerato che, di solito, il superamento della soglia in un determinato periodo comporta la soggezione all'imposta nel periodo successivo.

Tale constatazione priva di una qualche ragionevolezza la previsione del comma 42 che prevede la presentazione della dichiarazione annuale entro il quarto mese successivo alla chiusura del periodo d'imposta, ed il versamento dell'imposta entro il mese successivo a ciascun trimestre, con il conseguente obbligo di versare la ISD quando ancora non si ha certezza piena di esserne effettivi soggetti passivi.

Alla risposta alla seconda domanda (*What to tax?*) si dedicano i commi 37 e 40 del citato art.1, precisando quali prestazioni rientrano nel campo di applicazione della ISD. A differenza della Proposta di Direttiva che gli riconosce un ruolo fondamentale, il legislatore nazionale considera l'utente solo relativamente ad alcune attività che ritiene suscettibili di creare ricchezza imponibile:

⁴⁹⁰ L'art.4 par.6 della Direttiva, dispone: “ *if the entity referred to in paragraph 1 belongs to a consolidated group for financial accounting purposes, that paragraph shall be applied instead to the worldwide revenues reported by, and taxable revenues obtained within the Union by, the group as a whole*”.

- Le prestazioni pubblicitarie e quindi la veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità rivolta agli utenti della medesima interfaccia. Anche la definizione di tali prestazioni non è agevole, potendo tradursi nella percezione di un corrispettivo a fronte dell'apparizione di un messaggio pubblicitario mirato nell'apparecchio di un utente, destinatario più o meno consapevole. Il corrispettivo di una tale prestazione varia in base alla natura dell'utente (a seconda che sia un'impresa o un consumatore finale) e sarà corrisposto da colui che intende "vendere" il proprio prodotto al gestore del servizio, cioè a colui che gestisce l'interfaccia su cui la pubblicità è veicolata. Su tale punto una precisazione può trarsi dalla Proposta di Direttiva europea che aggiunge una precisazione, riguardo l'ipotesi in cui il gestore ed il proprietario dell'interfaccia non siano la stessa persona; in tal caso sarà solo il gestore dell'interfaccia ad essere soggetto ad imposta e non anche il proprietario della stessa.
- L'accesso ad un circuito digitale mirato a consentire lo scambio di informazioni, beni o servizi fra gli utilizzatori, risulta, a differenza del caso precedente, più di facile individuazione, se si immagina il circuito digitale in questione, definito dal legislatore quale "interfaccia digitale multilaterale", come una sorta di piazza commerciale al quale ogni soggetto accede per soddisfare una propria esigenza. In particolare, l'accesso al circuito può essere finalizzato a vendere o acquistare un bene, richiedere un servizio, accedere ad un club di amici virtualmente (*social network*). Esso sarà gratuito se non comporta vantaggi (accesso a *social network*) mentre sarà a pagamento se ne derivano transazioni commerciali o informazioni rilevanti su transazioni. Il regime delle eccezioni, poi, distingue ancor più la disciplina nazionale che si applica senza eccezioni, dalla Direttiva che esclude dal suo campo di applicazione l'accesso a contenuti digitali o anche a servizi di mera comunicazione. L'oggetto della tassazione è il corrispettivo dell'accesso alla "piazza" non quello della transazione conclusa. Facilita l'esposizione l'esempio dell'acquisto da parte di un utente del godimento di una stanza d'albergo: egli paga 100, ma questo valore è poi da scomporre in 75 che vanno effettivamente all'albergatore e 25 che vanno, ad esempio, a *Trivago.com*, con l'obbligo per quest'ultimo di riversare il 75% all'albergatore oppure tutto ad un intermediario finanziario terzo che tratterà per sé 2 e verserà 24 a *Trivago.com* e 74 all'albergatore. La prestazione rilevante ai fini ISD è solo quella relativa al servizio reso da *Trivago.com*. Se invece il corrispettivo è

pagato per il mero accesso all'interfaccia digitale (piazza), la prestazione è unica e per essa è versato il corrispettivo che rientra nel campo di applicazione ISD, (i.e. l'accesso a pagamento ad un *social network*).

- La trasmissione di dati raccolti sui movimenti di utenti sul circuito digitale con o senza rielaborazione degli stessi. Tale attività presuppone un soggetto che raccoglie, aggrega, trasmette e vende dati e informazioni ricavabili sugli utenti che sono estrapolabili dai movimenti e quindi alle tracce che ciascuno di essi lascia nel corso delle sue attività digitali (ad esempio, la ricerca di un articolo di stampa o il testo di una canzone o un film in programmazione, *etc...*). In realtà ogni utente lascia nel *Web* una quantità considerevole di informazioni utili a profilare tratti caratteriali, stati d'animo, interessi, preferenze, spostamenti, ecc. Tali informazioni possono ricevere molteplici impieghi, ai fini della produzione o del miglioramento di un prodotto o della sua destinazione ad un determinato mercato. Se sono utilizzabili, possono anche costituire oggetto di scambio o di cessione dietro corrispettivo: tali attività saranno oggetto di imposta ISD. Anche in relazione a detta ipotesi, si nota la divergenza rispetto alla Proposta di Direttiva che, distinguendo ciò che costituisce intermediazione, come tale tassabile, da ciò che costituisce mera informazione, esclude quest'ultima dall'imposizione,⁴⁹¹ laddove la norma italiana, non opera alcuna distinzione in tal senso.

Una disciplina che sceglie di tassare solo alcune attività piuttosto che altre mostra tutti i suoi limiti nel momento in cui non ne descrive accuratamente i caratteri né le possibilità di variazione che potrebbero portare, con il passare del tempo, all'ingresso o all'esclusione di una certa attività dall'ambito di applicazione dell'imposta stessa⁴⁹² Mancando, infatti, nella legge italiana, un elenco di definizioni delle espressioni utilizzate nel testo, può essere utile far ricorso ad alcune di esse come risultanti dalla Direttiva: per "*digital interface*" si intende una strumentazione informatica idonea ad essere utilizzata attraverso un apparecchio fisico (*device*), tale che sia un *tablet*, un

⁴⁹¹ Si veda a riguardo il Considerando n.19: "*A service consisting in making available a digital interface by a such an entity goes beyond the mere facilitation of transactions in financial instruments between users of such an interface. In particular, the regulated services which are excluded from the scope of this Directive aim at providing a safe environment for financial transactions.*"

⁴⁹² DE WILDE M.F., *Comparing Tax Policy Respons for the Digitalizing Economy: Fold or All-in*, in Intertax 6-7/2018;

SPINOZA L. - CHAND V., *A Long Term Solution for taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition be modified to resolve the Issue or should the Focus be on shared Taxing Rights Mechanism?*, in Intertax 6-7/2018.

computer un *iphone*, purché idoneo ad accedere al circuito digitale. Per “*user*” intendiamo, invece, sia persone fisiche che imprese.

L'aliquota da applicare è del 3% sull'ammontare complessivo delle transazioni rientranti nelle categorie prima illustrate, realizzate nel corso di un anno solare. Sono esclusi da tale ammontare complessivo i ricavi nell'ambito del Gruppo, presi a computo, invece, per l'accertamento della soglia dimensionale.⁴⁹³

Circa la localizzazione del servizio, si è detto che la Direttiva fa riferimento al luogo in cui l'apparecchio (*device*) viene attivato e fa coincidere il momento dell'attivazione con l'assunzione del c.d. *IP address*.⁴⁹⁴ Sono stati esposti anche i limiti di questo criterio identificativo, evidenziando trattarsi di un indirizzo convenzionale, comunemente adoperato per determinare la localizzazione dell'utilizzatore e questo appare un punto debole della disciplina che in tal modo attribuisce un ruolo fondamentale ad un criterio del tutto convenzionale.

Nella disciplina italiana, occorre operare delle distinzioni:

- Circa le prestazioni pubblicitarie, l'utente è considerato localizzato in Italia, se ivi si trova il suo dispositivo al momento dell'attivazione pubblicitaria, sempre dovendo presupporre che l'Agenzia delle Entrate abbia strumenti in grado di tracciare i singoli apparecchi;
- Per le prestazioni di accesso ad un circuito digitale che consente lo scambio di informazioni, beni o anche servizi, tra gli utilizzatori del circuito, l'utente viene “localizzato” in Italia al verificarsi di determinate condizioni di utilizzo di un'interfaccia digitale che consistono nell'utilizzo di un dispositivo su territorio italiano per accedere ad un'interfaccia digitale e nel fatto che dal suo indirizzo derivi la conclusione di un'operazione.

Nell'ipotesi in cui, invece, l'accesso al circuito segua finalità differenti dalla cessione di beni o la prestazione di servizi, come è il caso di *social network*, in cui dietro pagamento di un corrispettivo si accede ad un “gruppo” di amici, l'utente è “localizzato” in Italia se il diritto di accesso è stato attivato utilizzando un dispositivo nel territorio dello Stato.

⁴⁹³ FONDAZIONE BRUNO VISENTINI, op.cit.

⁴⁹⁴ Per maggiori specifiche *sull'IP address* si faccia riferimento all'art. 2 della Proposta di Direttiva in cui viene descritto come: “*a series of digits assigned to networked devices to facilitate their communications over the internet*” e ancora nell'art.5 par. 5: “*for the purpose of this Article, The member State where a user's device is used shall be determined by reference to the internet Protocol IP address of the device or, if more accurate, any other method of geolocation*”.

- Per la fornitura dei dati e delle informazioni raccolte sugli utenti di un circuito digitale, si richiama il testo normativo per cui ““*un utente è considerato localizzato nel territorio dello Stato se i dati generati dall’utente che ha utilizzato un dispositivo nel territorio dello Stato per accedere ad un’interfaccia digitale sono trasmessi in detto periodo*”. Tale disposizione risulta di non piana lettura, poiché unisce elementi sia di carattere temporale che di carattere spaziale. Per semplificare, si può affermare che la localizzazione di ciascun utente deve essere rintracciata in ciascun accesso all’interfaccia digitale indipendentemente dalle ragioni per cui si effettua l’accesso o dai risultati derivanti da esso, in quanto, l’accesso stesso è già di per sé fonte di informazioni sugli utenti e sulle loro preferenze (i.e. siti visitati, in quali orari, con quanta frequenza...) e si traduce dunque in quell’insieme di dati raccolti da utenti e generati dall’utilizzo di un’interfaccia digitale che possono essere ceduti da chi li ha archiviati a chi invece intende adoperarli.⁴⁹⁵

Una residua questione in ordine alla ISD del 2019 riguarda il suo profilo pratico-applicativo, per il quale era stato previsto che il MEF, il MISE e le *Authority* delle comunicazioni varassero le regole attuative entro 4 mesi dall’entrata in vigore della Legge di bilancio. Tuttavia, il successivo iter si è arrestato in attesa di una decisione a livello UE. E’ da dire che, nonostante la mancata attuazione, la *Web tax*, comunque vigente in Italia, difettava solo di una sua concreta operatività, ma ben poteva costituire la base per uno sviluppo successivo.

4.4 La nuova *Web tax* a partire dal 2020

Dopo la quarta elaborazione e due tentativi nel 2018 e nel 2019, dal 1° gennaio 2020⁴⁹⁶ la *web tax* è entrata in vigore anche in Italia, pur nell’imminente realizzazione di una soluzione internazionale da parte dell’OCSE entro la fine del 2020.

⁴⁹⁵ DI TANNO T., *l’imposta sui servizi digitali si allinea alla Proposta di Direttiva UE*, in *Il Fisco*, 2019;

ZUCCHETTI S. - LANFRANCHI O. - TARDINI A., *The Italian Web tax: The new Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishment in Italy*, In *International Transfer Pricing Journal*, 2019.

⁴⁹⁶ META F., Gualtieri: “Web tax in vigore dal 1° gennaio 2020”, <https://corrierecomunicazioni.it>.

La legge di bilancio 2020⁴⁹⁷ è stato il veicolo di tale introduzione e ad essa occorre riconoscere il merito di averla liberata dal vincolo dei decreti attuativi che l'avevano tenuta inattuata nel recente passato.

I principi ispiratori della misura sono quelli elaborati nelle versioni precedenti ma la disciplina risulta affinata per meglio concentrarsi sul vero obiettivo che sono i GAFAs, gli OTT della *Silicon Valley*, e dai quali l'Erario intende ricavare 708 milioni di gettito a partire dal 2020 stesso. La rivalutazione del perimetro di applicazione della DST, che in ogni caso esclude le PMI, dovrebbe condurre al recupero all'erario di circa 150 milioni di euro in circa 18 mesi.⁴⁹⁸

Peraltro, la tassa sui servizi digitali italiana si avvicina molto a quella francese entrata in vigore nel giugno 2018, per esempio circa l'ambito di applicazione, l'aliquota al 3% sui ricavi, nonché l'adozione di una clausola di restituzione/compensazione dell'eventuale eccedenza che dovesse risultare tra la futura *digital tax* globale di imminente introduzione da parte dall'OCSE e quanto già versato all'Erario.

Anche le soglie di accesso non hanno subito variazioni rispetto alle precedenti versioni e, pertanto, restano: un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzato non inferiore a 750 milioni di euro e un ammontare di ricavi derivante da specifici servizi digitali, realizzati in Italia, non inferiore a 5.500.00 euro.

Anche le attività oggetto dell'imposta restano invariate rispetto alle previsioni del 2019, atteso che l'imposta vale solo per le transazioni "B2B", non per le operazioni verso soggetti privati.⁴⁹⁹

In particolare, sono oggetto di tassazione:

- veicolazione su interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia;
- messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto ed interagire tra loro, al fine peraltro di facilitare la fornitura di beni e servizi;
- trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'uso di un'interfaccia digitale.

⁴⁹⁷ La Legge di Bilancio 2020 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 304 del 30/12/2019.

⁴⁹⁸ GALIMBERTI A., *Nuova Web tax al via. Porterà ogni anno 108 milioni in più*, 31 dicembre 2019, in "Il Sole 24 Ore".

⁴⁹⁹ Per meglio comprendere il concetto: ad esempio, *Google e Facebook* dovranno pagare la tassa, perché sono business che vendono pubblicità ad un altro business, mentre, *Spotify o Netflix* non dovranno pagare perché il loro servizio è erogato direttamente a soggetti privati, quindi agli utenti.

Tali previsioni sono in sostanziale continuità con le precedenti disposizioni ma introducono alcune modifiche:

- le soglie devono essere calcolate rispetto ai ricavi conseguiti l'anno precedente a quello di riferimento;
- l'imposta si applica sui ricavi realizzati nell'anno solare a decorrere dal 2020;
- è eliminata la necessità di un apposito decreto ministeriale di attuazione, prevedendo così l'applicazione automatica della norma a partire dal 1° gennaio 2020;
- è stata introdotta una “*sunset clause*”⁵⁰⁰, ovvero un'apposita clausola che prevede che la *Web tax* resti in vigore fino all'attuazione delle disposizioni che deriveranno da accordi raggiunti nelle sedi internazionali in materia di tassazione dell'economia digitalizzata;
- ai fini dell'applicazione dell'imposta non sono considerati i corrispettivi della messa a disposizione di un'interfaccia digitale che facilita la vendita di prodotti soggetti ad accisa.
- circa le eccezioni ed esclusioni, occorre ricordare che vi sono servizi digitali esclusi dall'applicazione dell'imposta, mediante l'aggiunta del comma 37- *bis* alla precedente normativa, in cui quindi rientrano:
 - la messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui scopo esclusivo o principale è quello della fornitura agli utenti dell'interfaccia digitale da parte del soggetto che gestisce l'interfaccia stessa di contenuti digitali, servizi di comunicazione e servizi di pagamento;
 - la fornitura di beni o servizi ordinati attraverso il sito *Web* del fornitore di quei beni e servizi, quando il fornitore non svolge funzioni di intermediario;
 - la fornitura diretta di beni e servizi, nell'ambito di un servizio di intermediazione digitale;⁵⁰¹
 - la messa a disposizione di un'interfaccia digitale adoperata per gestire: i sistemi dei regolamenti interbancari di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n.385; le attività di consultazione di investimenti partecipativi e, se facilitano la cessioni di prestiti, i servizi di intermediazione nel finanziamento partecipativo e lo svolgimento delle attività di organizzazione e gestione di piattaforme telematiche per lo

⁵⁰⁰ Per “*sunset clause*” intendiamo: *The provision or condition in law that designates a point in time when that law will no longer be in effect.*

⁵⁰¹ “*Web tax italia 2020: cos'è, come funziona, tassa i servizi digitali al 3%?*”, <https://theitaliantimes.it>.

scambio dell'energia elettrica, del gas, dei certificati ambientali e dei carburanti, nonché la trasmissione dei relativi dati ivi raccolti e ogni altra attività connessa.⁵⁰²

Così delimitato il campo di applicazione ed individuati i soggetti passivi, molto più semplificata appare la tempistica degli adempimenti fiscali. L'imposta del 3% si applica sui ricavi annuali e non più trimestrali come nelle versioni precedenti; il versamento deve avvenire entro il 6 febbraio successivo alla chiusura dell'anno solare e sulla base di una dichiarazione annuale sull'ammontare dei servizi tassabili forniti da presentare entro il 31 marzo dello stesso anno. I servizi tassabili dovranno avere in azienda un'apposita contabilità separata. Per il caso dei gruppi societari, l'obbligo di autodenuncia ricadrà su una singola società "nominata a farlo", mentre per i soggetti non residenti (multinazionali) se sono stabiliti fuori dalla UE (o dallo spazio economico europeo, *SEE*), e in Paesi con cui non sussiste cooperazione amministrativa, dovrà necessariamente essere nominato un rappresentante fiscale.

4.5 La *Bit tax*

In conclusione dell'elaborato, appare opportuno dedicare uno specifico approfondimento sul grande valore che i *Big data* posseggono e che hanno dato luogo a particolari forme di tassazione dell'economia digitale, già a partire dal 1995 e riprese più volte nel corso degli anni.

Nell'epoca del digitale, abbiamo visto come sia divenuto sempre più incontrovertibile il ruolo fondamentale da riconoscersi ai dati ed alle informazioni degli utenti nel processo di creazione del valore.

Nel 1994 Arthur J. Cordell⁵⁰³ e Thomas Ide⁵⁰⁴, concordi nella necessità di elaborare una nuova specifica forma di tassazione, idearono la c.d. *Bit tax*, originariamente appoggiata dal gruppo di esperti della Commissione europea, anche in vista di un più ampio progetto di generale rimodulazione dell'IVA su alcuni beni e servizi

⁵⁰² D'ELIA R., *Web tax Italia, l'imposta sui servizi digitali attesa per il 2020*, dicembre 2019, <https://informazioneefiscale.it>.

⁵⁰³ CORDELL J. A., *Taxing the Internet: The Proposal for a Bit Tax*, Arthur Cordell è stato un consulente speciale nel ramo dell'Information Technology del dipartimento dell'industria ad Ottawa.

⁵⁰⁴ CORDELL A. J. – IDE T., *The new wealth of nations*, club of Rome Report, novembre 1994.

immateriali. Benché la proposta avesse suscitato notevole interesse tra gli studiosi, non ricevette sufficiente sostegno politico e venne peraltro abbandonata anche dalla stessa Commissione europea e, successivamente anche dall'OCSE. Ancora nel 1997, in occasione della conferenza sul commercio elettronico (*"Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce"*) di Turku, emerse l'urgenza di passare da una mera elaborazione teorica ad una concreta attuazione, ma di fatto la proposta non vide la luce per via di quei Paesi che volevano garantire la neutralità fiscale.⁵⁰⁵

Il problema di fondo che ne ha impedito finora il decollo è rappresentato dall'opposizione dei singoli Stati e delle autorità internazionali, preoccupati dall'eventuale forte discriminazione che l'introduzione di una *Bit tax* comporterebbe a favore degli operatori nel mercato elettronico rispetto ad altri operatori in mercati tradizionali, assoggettando operazioni identiche a trattamento tributario diverso.

La formulazione della *Bit tax* era quello di tassare indiscriminatamente tutto il traffico dati, attribuendo ai *provider* di connettività l'incarico di applicare il tributo e incassarlo per conto dei governi, individuandone la misura nello 0,000001⁵⁰⁶ centesimi di dollaro per ogni *bit* scambiato, con possibilità di successivo adeguamento in ragione dell'evolversi delle tecnologie e delle esigenze di gettito.

L'oggetto dell'imposta era la trasmissione dei dati, gravando quindi sugli *users* del *Web*, e consentendo altresì di superare l'annosa questione dell'individuazione dello Stato di residenza dell'impresa e l'ubicazione del *server*, atteso che ogni operazione verrebbe sottoposta all'imposta solo al momento della ricezione o dell'invio dei *bits*.

Tale elaborazione è stata ripresa, in anni recenti, nel 2015, da Franco Gallo, che ha preso spunto, per la teorizzazione di nuove forme di tassazione dell'economia digitale proprio dal progetto della *Bit tax* maturato nel 1994. Nel quantum, peraltro, Gallo poneva di stabilire l'importo della tassa sulle trasmissioni digitali di informazioni calcolandolo in maniera proporzionale al numero di *Byte* utilizzati, con l'applicazione di aliquote differenti a seconda della dimensione o del fatturato del contribuente. Secondo Gallo infatti: *"La Bit tax è un'imposta facile da gestire e da riscuotere che ha indubbiamente una vocazione sistematica e globale perché presuppone l'accordo di tutti gli Stati. Tassando i bit a monte degli operatori del traffico digitale, in piccolissime quantità, si possono ottenere enormi introiti che andrebbero devoluti a un Fondo internazionale avente scopi sociali"*, i soggetti passivi sarebbero dunque gli utilizzatori del *web* e l'indice di capacità contributiva sarebbe la trasmissione di

⁵⁰⁵ CONFINDUSTRIA, *Principi fiscali internazionali e digitalizzazione dell'economia*, giugno 2019.

⁵⁰⁶ GALLO F., *Regime fiscale dell'economia digitale*, Audizione organizzata presso la Commissione finanza della Camera dei Deputati sul tema "Regime fiscale dell'economia digitale" tenutasi il 24 febbraio 2015.

informazioni che generano valore in coloro che le acquisiscono per trarne profitto la cui misurazione dipende dal conteggio dei *bit* trasmessi.

Un'imposta così costruita, tuttavia, esorbita chiaramente dall'ambito della specifica tassazione delle *digital enterprises* e non può che essere assunta come strumento per recuperare il gettito sui redditi prodotti da tali società.⁵⁰⁷

Uno dei punti critici, evidenziati anche da *AmCham EU*⁵⁰⁸ consiste nel rilievo della non facile misurabilità del valore dei dati, che non può essere ancorato alla quantità dei *bit* memorizzati o trasmessi, in quanto possono esistere fonti di elevate dimensioni ma con basso valore, oppure al contrario, fonti di ridotte dimensioni ma con un significativo peso. Ne consegue che la vera questione non è quello di stabilire una correlazione tra l'ammontare e l'effettivo valore della trasmissione, atteso che le aziende possono non beneficiare in modo diretto di questi dati, così da non trarre alcun reddito ed essere tassati in modo ingiusto, con il rischio di incorrere nella doppia imposizione, non essendoci sostituzione con le altre forme di imposizione indiretta⁵⁰⁹. In conclusione, il limite ontologico della *Bit tax*, è da ravvisarsi nella sua radicale inidoneità a intercettare manifestazioni di ricchezza e, quindi, di capacità contributiva, andando piuttosto a colpire il traffico dei dati, sulla base del presupposto che esso sottenda una transazione economica che, nella realtà, potrebbe anche non essere intervenuta.⁵¹⁰

Anche questa iniziativa, pertanto, non è risultata in grado di fornire soluzione adeguata al problema della tassazione dell'economia digitale per il quale, nonostante la convergenza dell'attenzione degli Stati nazionali e degli organismi internazionali, si è ancora in attesa di una soluzione globale.

⁵⁰⁷ GALLO F., *La bit tax, contropiede vincente del Fisco*, in "Il Sole 24 Ore", maggio 2017.

⁵⁰⁸ *AmCham EU* è una Camera di commercio americano che parla in rappresentanza delle imprese americane in Europa in materia di commercio, investimenti e competitività.

⁵⁰⁹ *AmCham EU*, *AmCham EU's response to OECD discussion draft on the Tax Challenges of the Digital Economy of the BEPS Action Plan*, in "Comments Received On Public Discussion Draft BEPS Action 1: address the tax challenge of the digital economy", 2014.

⁵¹⁰ TROVATO M., *La Bit tax il nuovo ritrovato dei gabellieri della rete, non è nuova né intelligente*, in "Il Foglio", 10 maggio 2017.

Conclusioni

Lo sviluppo delle tecnologie digitali ha consentito la creazione di nuovi modelli di *business* e di nuove forme di generazione di ricchezza sempre più sofisticate. In tal senso l'avvento dell'economia digitale rappresenta certamente una delle evoluzioni più importanti dei sistemi economici internazionali dalla rivoluzione industriale ad oggi.

I benefici della *digital economy* consistono nel favorire un incontro allargato tra domanda e offerta, funzionale alla massimizzazione del benessere collettivo: da un lato le imprese riescono ad intercettare consumatori assai lontani, e dall'altro questi ultimi possono beneficiare di una maggiore scelta di beni e servizi cui rivolgere le proprie scelte di consumo. Ciò che fino a qualche anno fa si configurava come una sfida ha finito per imporsi quale modello di *business* prevalente.

All'affermazione di un nuovo modo di fare impresa, con caratteristiche di elevata mobilità e intangibilità, non corrisponde simmetricamente una pari evoluzione dei sistemi di tassazione dei profitti delle società, ancorati invece alle caratteristiche dei *business* tradizionali.

Tale mancata evoluzione dipende anzitutto dalle difficoltà incontrate nel procedere ad un corretto inquadramento civilistico dei rapporti contrattuali che si sviluppano in rete, difficoltà che, a loro volta, si riflettono sul piano tributario, facendo emergere evidenti criticità nella qualificazione e determinazione del reddito prodotto dalle imprese della *digital economy*.

Altro aspetto connesso e ancora più delicato, che mette in discussione consolidati rapporti tributari internazionali già faticosamente consolidati nel tempo, è il tema dell'individuazione di regole che garantiscano una corretta ripartizione dei diritti impositivi tra Stati, in modo tale che l'economia digitale non sia pregiudicata da rischi di doppia imposizione ma che non sia neppure ingiustamente avvantaggiata dalla possibilità di sfruttare spazi di doppia non tassazione transnazionale.

Una delle caratteristiche peculiari dell'economia digitale è, infatti, il profondo disallineamento tra il luogo di stabilimento e quello del consumo, divenendo assai complesso rintracciare la giurisdizione in cui si crea valore e, quindi, idonea ad esercitare la sovranità tributaria. Inoltre, tale disallineamento comporta l'ulteriore questione se la ricchezza di origine digitale debba essere ricondotta alla potestà impositiva del luogo in cui sono collocati gli intangibili, oppure in quello in cui

l'utenza si avvale dei servizi digitali, tenuto conto che il processo di creazione della ricchezza digitale dipende in modo cruciale in molti ambiti proprio dal contributo degli *users*.

Quindi, nel dare il dovuto rilievo al contributo dell'utente stesso nel processo di creazione di valore, si manifesta l'ulteriore questione legata alla crisi dei tradizionali concetti di residenza e di stabile organizzazione cui è connessa l'imposizione fiscale. Per tale motivo, il tema dell'adeguamento dei sistemi fiscali alle sfide poste in essere dall'economia digitale è oggi in cima all'agenda internazionale ma è tuttora un tema che divide le due sponde dell'Atlantico.

Il punto di partenza per comprendere il dibattito è la presa di coscienza che le principali multinazionali del *web* possiedono i propri *headquarter* negli USA e che anche alcuni Stati europei hanno mostrato di ritenere profittevole attrarre multinazionali, con *ruling* favorevoli, consentendo loro cospicui risparmi d'imposta censurati dalla Commissione Europea come aiuti di Stato. Non stupisce, quindi come gli USA siano tra i più grandi oppositori del cambiamento, auspicato invece da alcuni Paesi europei come Francia ed Italia, ma osteggiato, anche all'interno dell'Unione stessa, da altri Stati quali Irlanda e Lussemburgo. Le argomentazioni di coloro che si battono per il mantenimento dello *status quo* si fondono su un duplice presupposto. Da un lato, si sostiene la necessità di non discriminare *in peius* l'economia digitale rispetto a quella tradizionale tramite l'applicazione di specifici nuovi tributi. Dall'altro, si rileva che anche il processo di creazione della ricchezza digitale sia in larga parte legato all'utilizzo di beni intangibili più che dal contributo dell'utenza. Corollario di tale assunto è l'impostazione seguita dalla riforma fiscale statunitense del 2017 che tende ad attrarre negli *States* la gran parte della ricchezza digitale prodotta dalle multinazionali statunitensi tramite controllate estere, basandosi sul presupposto della loro riconducibilità al ruolo decisivo degli intangibili localizzati proprio presso la capogruppo USA.

Le analisi e gli approfondimenti espressi nel corso del presente elaborato mostrano come allo stato attuale non si è ancora giunti ad una soluzione univoca all'individuazione di una corretta forma di tassazione dell'economia digitale né a livello internazionale né, tantomeno, vi è unanimità in merito alla valutazione circa la necessità di considerare l'economia digitale come un settore dell'economia d'impresa da considerare con specialità.

Questa situazione, tuttavia, perpetua l'inadeguatezza della regolamentazione rispetto alla realtà del momento producendo, quale primaria inaccettabile conseguenza, che i redditi delle imprese ordinarie sono tassati nei territori in cui si realizzano mentre quelli delle imprese digitali non sono affatto tassati in quanto del tutto apolidi. Per

giungere ad una disciplina fiscale efficace ed equa dei nuovi fenomeni economici, è chiaro come occorra abbandonare il “guscio illusorio” rappresentato dal convincimento di poter adattare a concetti nati per l’economia tradizionale i nuovi fenomeni.

E’ manifesta, infatti, l’inidoneità dell’istituto della “stabile organizzazione” ad attrarre a tassazione i redditi. Per giungere ad una soluzione, basterebbe aggiornare detto istituto per adattarlo alle caratteristiche dell’economia digitale che fatica ad oggettivizzare tanto il luogo di produzione del valore che la quantificazione dello stesso. Tuttavia, gli sforzi finora compiuti dall’OCSE e dalla Commissione UE nel tentativo di rinnovamento dell’istituto non ha ancora condotto a risultati accettabili.

Queste considerazioni fanno sorgere l’interrogativo se la strada intrapresa sia davvero quella giusta o se, invece, abbandonata l’utopia della tassazione del reddito d’impresa definito in base al bilancio, si debba piuttosto rivolgere l’attenzione ad un percorso diverso, costruito su due possibili alternative: la prima che sostituisca definitivamente il riferimento alla stabile organizzazione con un criterio di allocazione di reddito mondiale ai singoli Paesi dove si prelevano introiti in funzione di determinati parametri; la seconda che preveda una tassazione forfettaria in funzione dei flussi provenienti da ciascun Paese, basata sul modello della c.d. *Interim Web Tax*.

La prima ipotesi avrebbe però bisogno di un’integrale revisione del Modello OCSE di Trattato contro le doppie imposizioni e quindi richiederebbe, oltre ad un consenso molto ampio, anche tempi assai lunghi, incompatibili con l’urgenza della situazione. La seconda, invece, si presenta come misura molto più concretamente realizzabile anche per i tempi richiesti - di fatto già oggetto della Proposta di Direttiva COM(2018)148 *final* analizzata nell’ultimo capitolo dell’elaborato - ma che stenta a decollare per la mancanza dell’unanimità da parte dei Paesi Membri, privandola, quindi, della fase attuativa.

Allo stato dei fatti, entrambe le Proposte di Direttiva restano bloccate dall’opposizione di alcuni Stati Membri ed il dibattito rimane aperto, con improvvise accelerazioni e clamorose retrocessioni, in tal modo alimentando la crescente tentazione dei singoli Paesi ad adottare misure individuali, pronti a sopportare anche il rischio di inevitabili conflitti internazionali.

In conclusione, le analisi e gli approfondimenti condotti nel corso dell’elaborato inducono ad individuare la strada con maggiori possibilità di successo in quella che prosegue nell’elaborazione di iniziative e regimi individuali da parte degli Stati Membri, che prendano a fondamento la tassazione forfettaria dei flussi, da considerarsi quale parametro oggettivo di manifestazione di ricchezza e sicuramente elemento

significativo di un'attitudine alla contribuzione, garantendo ai singoli Stati - come avvenuto per quelli che hanno già intrapreso questo percorso (come Francia e Italia) - una tenuta del gettito fiscale e che, al contempo, costituiscano continuo sprone alla ricerca di un sistema che, in un nuovo orizzonte a livello mondiale, assicuri il raggiungimento di un equilibrio fiscale, ad oggi del tutto alterato, fra Paesi dai quali la ricchezza proviene e Paesi di appartenenza del relativo percettore.

Bibliografia

- ANDREANI G. - TUBELLI A., *Reddito detassato per le imprese titolari di intangibles*, in *Fisco*, 2014, pag. 4315 ss.
- ANDRUS J. - COLLIER R., *Transfer pricing and the arm's length principle after BEPS*, Oxford University Press, 2017.
- ASSONIME, Circolare N.19/2018, *Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento OCSE, USA e UE a confronto*, imposizione diretta.
- ASSONIME, "Stati sovrani ed imprese multinazionali...", in Note e studi, n.15/2017.
- ASSONIME, *La tassazione della Digital Economy secondo le più recenti linee di intervento OCSE: l'Approccio Unificato e la Tax on base eroding payments*, Circolare N.31/2019.
- BENNETT M.C. - DUNAHOO C.A., *The attribution of profits to a Permanent Establishment: Issues and Recommendations*, in *Intertax*, volume 33, 2005.
- BESANKO D. - BRAEUTIGAM R., *Microeconomia*, seconda edizione, McGraw-Hill, Milano, 2017.
- BOCELLATO P., *Anche la Spagna punta sulla Web Tax nonostante le minacce di Trump*, 11 dicembre 2019, in "Il Sole 24 Ore".
- BODEN M. - MILES I., *Services and the Knowledge – based Economy*, edited by BODEN M., MILES I., Continuum, 2000.
- BRAUNER Y., *Transfer pricing in BEPS: first round – business interests win (but, not in knock-out)*, in *Intertax*, Volume 43, Issues 1, 2015.
- CAMPOBASSO G.F., *Manuale di Diritto commerciale*, UTET Giuridica, Vicenza, 2016.
- CARPENTIERI L. - LUPI F. - STEVANATO D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003.
- CASALEGGIO ASSOCIATI, *Report aprile 2019, E-commerce in Italia*, 2019.
- CASATI R., *Patent Box: i metodi ed i criteri di calcolo del reddito agevolabile nel caso di uso diretto dei beni immateriali*, *Dir. Industriale*, 2016.
- CELLINI P., *Economia digitale – l'industria e i mercati di internet e dei nuovi media*, Luiss University Press, 2015.
- CELLINI P., *La rivoluzione industriale: economia di internet dallo Sputnik al machine learning*, Luiss University Press, 2018.

- CHESBROUGH H., *Open innovation: Researching a new paradigm*, Oxford University Press, 2006.
- CHURTON S. - LAMBERT E. - DENNIS I., *The impact of Beps in intangibles assets*, International Tax Review, 2016.
- CICOGNA F., Ufficio internazionale brevetti, *paper Il Patent Box*, 2018.
- CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, fasc. 1, 2014.
- COMMITTERI G.M., “*Patent Box*”: *il regime opzionale per gli intangibili*, in Corr. Trib., 2014.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and Social Committee and the Committee of the Regions- A Digital Single Market Strategy for Europe*, COM (2015)192 final, Bruxelles, 6 maggio 2015.
- COMMISSIONE EUROPEA, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, doc COM(2016)180 final, Bruxelles, 2016.
- CONFINDUSTRIA, *Position Paper, Principi fiscali internazionali e digitalizzazione dell’economia*, Giugno 2019.
- CONFINDUSTRIA - DELEGAZIONE PRESSO L’UNIONE EUROPEA, *La tassazione dell’economia digitale: il gruppo di esperti presenta la relazione finale*, giugno 2014.
- CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *ECOFIN Report to the European Council on tax issues*, doc 15405/17- FISC 340- ECOFIN 1085- CO EUR-PREP 64, Bruxelles, 2017.
- CONSIGLIO DELL’UNIONE EUROPEA, *ECOFIN Report to the European Council on tax issues*, doc 15205/17- FISC 340 – ECOFIN 1085 – CO EUR- PREP 64, Bruxelles, 7 dicembre 2017.
- CORDELL A. J. – IDE T., *The new wealth of nations*, club of Rome Report, novembre 1994.
- D’ALFONSO G., *La stabile organizzazione fa il suo esordio in Italia*, in A&F, 2003.
- DE STEFANO A., *L’economia digitale, tra libertà di stabilimento ed elusione fiscale*, Università Europea di Roma, 2016.
- DI DONFRANCESCO G., *Se il profit shifting permette a Google di beffare l’erario*, Il Sole 24 Ore, 2013.
- DI TANNO T., *La Web tax europea: una misura innovativa ed emergenziale*, in Corriere Tributario n. 20, 2018.

- EVERS L. - MILLER H. - SPENGLER C., *Intellectual Property Box Regimes: Effective Tax Rates and Tax Policy Considerations*, ZEW Discussion paper n.13-070, 2013.
- FANTOZZI A., *La stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., 2013.
- FALSITTA G., *Corso Istituzionale di Diritto Tributario*, CEDAM, Milano, 2011.
- FAZZINI M., *La valutazione degli intangibles secondo i principi di valutazione internazionali*, in Amministrazione e Finanza, n.10 del 2018.
- FICARI V., *Regime fiscale delle transazioni telematiche*, in Rivista Tributaria, 2003.
- FONDAZIONE NAZIONALE COMMERCIALISTI: *“La fiscalità nell’economia digitale. Problematiche e scenari possibili”*, 28 maggio 2018.
- FONDAZIONE LUCA PACIOLI, *La lotta dell’OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: Lo stato dell’arte e i possibili sviluppi*. Doc. n. 4 del 2002.
- FORT G., *Progetto BEPS: i Draft OCSE sul transfer pricing*, “Corriere Tributario”, n.15, 2015.
- FUEST C. - SPENGLER C. - FINKE K. - HECKMEYER J.H. - NUSSER H., *Profit shifting and aggressive tax planning by multinational firms: issues and options for reform*, World tax Journal, 2013.
- GAGGERO A., *Il transfer pricing 1992-2005*, Dir. e Prat. Trib., 2015.
- GALIMBERTI A., *La Web Tax al 3% colpisce i grandi intermediari*, in “Il Sole 24 Ore”, 18 ottobre 2019.
- GALIMBERTI A., *Nuova Web tax al via. Porterà ogni anno 108 milioni in più*, 31 dicembre 2019, in “Il Sole 24 Ore”.
- GALLO F., *La Bit tax, contropiede vincente del Fisco*, in “Il Sole 24 Ore”, maggio 2017.
- GALLO F., *“Prospettive di tassazione dell’economia digitale”*, in Diritto, mercato, tecnologia, 2016.
- GALLO F., *Prospettive di tassazione dell’economia digitale*, paper 2016.
- GALLO F., *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in Rass. Trib. n. 4/2015, pag. 771-784.
- GALLO F., *Contributo all’elaborazione del concetto di “stabile organizzazione” secondo il diritto interno*, in Riv. Dir. Trib., 1985.
- GANN P., *The concept of an independent Treaty Foreign Tax Credit*, Tax L. Rev. 58, 1982.
- GUATRI G. - VILLANI M., *Valutazione e financial reporting. Gli intangibili acquisiti nelle business combinations: identificazione e valutazione*, Egea, 2010.
- GARBARINO C., *Stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., 1998, pag. 365.

- HASKEL J. - WESTLAKE S., *Capitalism without Capital: The Rise of the Intangible Economy*, Cap. 4, Princeton University Press, 2017.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA P.A., *A historical analysis of the BEPS action plan: old acquaintances, new friends and the need for a new approach*, in Intertax, Volume 46, Issue 4, 2018.
- LANGEBEIN S.I., *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 Tax Notes, 1986.
- LATOUR G., *Web tax su misura per i diversi servizi digitali*, in "il Sole 24 Ore" 28 settembre 2019.
- LEO M., *La tassazione della digital Economy*, seconda edizione, Stampa: App. Sc. Nello Corritore, App. Sc. Rocco S. Recupero, Gennaio 2019.
- LUDOVICI P., *Per la digital economy una tassazione concordata a livello internazionale*, in Quotidiano del Fisco, 2018.
- LUPI R., *Dal Gruppo multinazionale all'azienda sovranazionale: i rapporti di "lavorazione per conto"*, in Dialoghi Tributari, n.5, 2013.
- MACHÌ G., *"Big data: possibilità e pericoli derivanti dall'introduzione in azienda"*, Bollettino ADAPT, 2015.
- MANG F., *The (in) Compatibility of IP Box Regimes with EU Law, the code of conduct and the BEPS Initiatives*, *European Taxation*, 2015.
- MELIS G., *Economia digitale e imposizione indiretta: problemi di fondo e prospettive*, in Dir. e prat. trib. int., n.3/2016.
- MCEWEN A. - CASSIMALLY H., *Designing the Internet of Things*, Apogeo, 2013.
- MAGRETTA J., *Why Business Models Matter*, Harvard Business review, Financial management, Maggio 2002.
- MARKHAM M., *A Rose by any other name...? The OECD 'S proposed revised definition of intangibles*, in Intertax, Volume 43, Issue 15, 2015.
- MAYR S. - SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013.
- MICOSSI S., *La fiscalità d'impresa nel nuovo mondo globalizzato*, 2017, Assonime.
- MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Giuffré, 1990.
- NASTRI M., *Patent Box: novità dichiarative, per i marchi e in caso di consolidato fiscale e nazionale*, in Fisco, 2018.
- NESLIN S., *Challenges and Opportunities in Multichannel Customer Management*, in *Journal of Service Research*, 2006.
- NIEMINEM M., *The Scope of the Commission's Digital Tax Proposals*, in Bull. Int. Tax., n. 11/2018.

- OCSE, *Concurrence fiscale dommageable: un problème mondial*, Parigi 1998 (Rapporto concorrenza dannosa 1998).
- OCSE, “*Commentario all’art. 5 ...*”, par. 126, 2017.
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, para. 6.2, 2010.
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, para. 6.3, 2010.
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, para. 6.4, 2010.
- OECD, *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017.
- OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Annex B., Executive Summary, BEPS 2014.
- OECD, *Action Plan on Base Erosion and profit Shifting*, 2013.
- OECD (2015), *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*, Actions 8-10 – Final Reports, OECD/G20 base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.
- OECD, “*Global Value Chains: OECD Work on Measuring Trade in Value-Added and Beyond*”, internal working document, Statistics Directorate, Paris.
- OECD, *developing a Multilateral Instrument to modify Bilateral Tax Treaties*, Action 15, 2015 Final.
- OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policies and Compliance Issues*, marzo 2012.
- OECD, Final Report Action 7, “*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*”.
- OECD/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project, Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy*, 13 febbraio - 6 marzo 2019.
- OECD, *Public consultation document, Secretariat Proposal for a “unified Approach under Pillar One”*, 9 ottobre -12 novembre 2019.
- OECD/G20 *Inclusive Framework on BEPS, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 28-29 maggio 2019.
- OLOFSSON L., FARR R., *Business model tools and definition, a literature review*, VIVACE Consortium Members, 2006.
- OSTERWALDER A. - TUCCI C.L. - PIGNEUR Y., *Clarifying business models: origins, present, and future of the concept*, Communications of AIS, Volume 15.

- OSTERWALDER A. - PIGNEUR Y., *Business models and their elements*, Position Paper for the International Workshop on Business Models, Lausanne, Switzerland, 4-5 October 2002.
- OWENS J., *Myths and misconceptions about transfer pricing and the taxation of multinational enterprises*, Bloomberg BNA Daily Tax Report, 2013.
- PARLAMENTO EUROPEO, *Tax challenges in the digital economy – Study for the TAXE 2 Committee*, Bruxelles, 2016.
- PIZZONIA G., *La Web tax sulle prestazioni digitali gioca d'anticipo ma ha molte criticità*, in “Il Sole 24 Ore”, 21 gennaio 2019.
- PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DELL'UE, *Conclusions of the prime Minister of Estonia Jüri Ratas after the Tallinn Digital Summit*, 29 settembre 2017.
- RIDLEY M., *The rational optimist: how prosperity evolves*, Fourth Estate, 2010, p. 453.
- RULLANI E., *Economia delle risorse immateriali: un'introduzione*, in “Sinergie”, 1992.
- RULLANI E., *Il ruolo dei servizi nella realtà dell'impresa moderna*, in “Sinergie”, 1997.
- RULLANI E., *La nuova economia dell'immateriale*, in Rivista Economia dei servizi, Il Mulino, 2006.
- RULLANI E., *La fabbrica dell'immateriale. Produrre valore con la conoscenza*, Roma, Carrocci, 2000.
- RULLANI E. - CANTÚ C. - MONTAGINI F. - PRAIOLA M. - SEBASTIANO R., *La nuova economia dei servizi. L'innovazione terziaria nell'esperienza delle imprese italiane*, Milano, ed. Franco Angeli, 2006.
- SCHREIBER U. - FELL L.M., *International profit allocation intangibles and sales based transactional profit split*, in World Tax Journal, 2017.
- SCILIBERTO S. - CIPOLLETTA F., *Web Tax: opportunità e limiti della nuova Proposta della Commissione Europea*, in “Il Sole 24 Ore”, 2018.
- SCREPANTE M., *Rethinking the Arm's Length Principle and Its Impact on the IP Licence Model after OECD/G20 BEPS Actions 8-10: Nothing Changed But the Change?*, World Tax Journal, August 2019.
- SENATO DELLA REPUBBLICA –XVII Legislatura, *Atto Senato n. 2526 “misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale”*, Elementi di documentazione N.63, Roma, 10 novembre 2016.
- SENATO DELLE REPUBBLICA – XVII LEGISLATURA, *Base imponibile comune per l'imposta sulle società: proposte CCTB e CCCTB*, dossier N.44, Roma, 2017.

- SERVIZIO DEL BILANCIO DEL SENATO, *Il progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, in XVII Legislatura, Nota breve n.13, 2015.
- SHEPPARD L., “*Digital Permanent Establishment...*”, in Bull. Int. Tax., n.4, 2018.
- SHI C. *IP Boxes in Light of the BEPS Project and EU Law – Part 1*, European Taxation, 2016.
- SKAAR A.A., *Permanent Establishment. Erosion of a tax Treaty Principle*, Deventer, 1991.
- SKAAR A.A., *Permanent Establishment*, Kluwer Law International, 1991.
- SRNICEK N., *Capitalismo digitale: Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Luiss University Press, 2017.
- STABELL C. - FJELDSTAD O., *Configuring value for Competitive Advantage: On Chains, Shops, and Networks*, Wiley, 1998.
- T’NG A., *The modern marketplace, the rise of intangibles and transfer pricing*, in Intertax, Volume 44, 2016.
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario*, ed. UTET, Torino, 2015, p.383 ss.
- TESAURO F., *Compendio di diritto tributario*, Torino, 2005.
- TOMMASSINI A., *Stabili organizzazioni*, cit., in Corr. trib., 2013.
- TREMONTI G. – GALGANO F. – CASSESE S. – TREU T., *Il futuro del fisco, in Nazioni senza ricchezza, ricchezza senza nazioni*, Bologna, 1993.
- TROVATO M., *La Bit tax il nuovo ritrovato dei gabellieri della rete, non è nuova né intelligente*, in “Il Foglio”, 10 maggio 2017.
- UCKMAR V., *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2002.
- URICCHIO A., *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010.
- VALENTE P., *Aggressive Tax Planning Profili elusivi delle transazioni finanziarie*, Approfondimento in Il Fisco fascicolo 1, 22/2013.
- VALENTE P., *manuale di Governance Fiscale*, Milano, Ipsoa, 2011, p.1801 ss.
- VALENTE P., *Rapporto OCSE 2011: Tax Planning aggressivo e legittimo*, in “Corriere Tributario” n. 28/2011.
- VALENTE P. – IANNI G. – ROCCATAGLIATA F., *Economia Digitale e Commercio Elettronico: Fiscalità in internet nella gestione di impresa*, IPSOA, 2015.
- VALENTE P., *Web tax nel cantiere di Bruxelles*, 12 settembre 2019.
- VERLINDEN I., MONDELAERS Y., *Transfer Pricing Aspects of Intangibles: At the Crossroads between Legal, Valuation and Transfer pricing Issues*, in International Transfer Pricing Journal, 2010.

- VOGEL K., *Klaus Vogel on double taxation conventions*, Kluwer Law International, 1997.
- ZECCHINI P., *La nascita delle conterie veneziane*, in *Journal of glass studies*, Vol. 47, 2005, pp. 77-92.
- ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE WIRTSCHAFTSFORSCHUNG – ZEW, *Digital Tax Index 2017*.
- ZOTT C. - AMIT R. - MASSA L., “*The Business model: Theoretical Roots, Recent Developments and Future Research*”, IESE Business School, University of Navarra, 2014, Working Paper.
- ZUCCHETTI S. - PALLOTTA A., *Italian patent box regime: thinking outside the box or just more harmful tax competition?*, *International Transfer Pricing Journal*, 2016.
- ZUCCHETTI S. - LANFRANCHI O. - TARDINI A., *The Italian Web tax: The new Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishment in Italy*, In *International Transfer Pricing Journal*, 2019.
- ZULLO A., *Web tax: una lettera in chiave comunitaria*, in *Corr. Trib.*, 2018.

Sitografia

- <https://acedemia.edu/>
- https://www.agi.it/estero/temi_g7_biarriz-6073491/news/2019-08-24/
- <http://www.assonime.it/>
- <https://www.bucap.it>
- <https://bvolution.it>
- <https://camera.it/>
- <https://www.cisco.com>
- <http://www.confindustria.eu/>
- <https://consilium.europa.eu>
- <https://corrierecomunicazioni.it>
- <https://euroconference.it>
- <https://eur-lex.europa.eu/>
- <https://ec.europa.eu/>
- <https://www.europeansource.it/>
- <https://ey.com>
- <https://www.felixcaffarrelli.com/>
- <https://fiscoequo.it/>
- <https://ft.com>
- <https://giustiziatributaria.it>
- <https://ibm.com>
- <http://ilsole24ore.com/>
- <https://www.impresaoggi.com/>
- <https://www.informazionefiscale.it/>
- <https://investopedia.com>
- <https://www.investireoggi.it/>
- <https://ipsoa.it>
- <https://www.kluwertaxblog.com>
- <https://www.mise.gov.it/>
- <https://novitafiscali.supsi.ch>
- <https://oecd.org>
- <https://www.oecd-ilibrary.org>
- <https://panorama.it/>

- <https://www.pcssviluppo.com>
- <https://www.precisionsg.com/>
- <https://pwc.it>
- <https://www.ratioquotidiano.it>
- <https://www.repubblica.it/>
- <https://www.smet.it>
- <https://www.startingfinance.com/>
- <https://www.startupbusiness.it/>
- <https://theitaliantimes.it>
- <https://www.tmf-group.com/>
- <https://uflinsiderjournal.com/>
- <https://wallstreetitalia.com>
- <https://wired.it>
- <https://www.youtube.com>

Riassunto

Il presente elaborato si propone di esaminare le peculiari caratteristiche dell'economia digitale analizzando gli innegabili vantaggi che essa offre, consistenti nella possibilità di svolgere attività, di ottenere beni e servizi, ovunque essi si trovino e con possibilità di raggiungerli da qualsiasi luogo ed in qualsiasi momento, grazie ad una maggiore efficienza dei processi connessa all'elevata velocità di circolazione delle informazioni tra clienti e fornitori, ed ai ridotti costi di comunicazione. Esso si propone altresì di esporre le criticità che la digitalizzazione comporta, soprattutto con riguardo alla difficoltà di elaborare un sistema equo ed efficiente di tassazione dei profitti e che hanno indotto le autorità nazionali ed internazionali a cercare nuove soluzioni per regolamentare il sistema fiscale in modo più idoneo e corrispondente a tali innovative forme di *business*. La legislazione attualmente vigente, infatti, di non recente emanazione e pensata per le attività tradizionali, appare in più punti obsoleta, facilmente aggirabile dai comportamenti elusivi posti in essere dalle società del *web*, consistenti nell'evitare la tassazione nei territori in cui operano, lucrando in tal modo considerevoli vantaggi economici, in pregiudizio delle giurisdizioni degli Stati, impreparati, di fronte ai nuovi modelli di economia, ad esercitare pienamente la loro potestà impositiva. Tale esigenza avvertita dai singoli Governi così come dalle Autorità europee ed internazionali, è ancora in cerca di una soluzione efficace e condivisa ed il presente elaborato si pone l'obiettivo di esporre il lungo ed articolato cammino volto ad individuare soluzioni idonee per una tassazione equa ed efficace in materia di commercio elettronico, cammino che, ad oggi, non è ancora giunto a compimento. L'elaborato è stato suddiviso in 4 capitoli. Nel primo, si vuol fornire una definizione di quel "cambio di rotta", merito di un informatico inglese Tim Berners-Lee che, il 6 Agosto del 1991, basandosi su un progetto realizzato presso il CERN di Ginevra, ideò il primo sito *Web* nato per agevolare lo scambio di documentazione in formato elettronico tra i ricercatori dell'Istituto e divenuto, quasi inavvertitamente, un elemento insostituibile nella nostra esistenza quotidiana ed un fattore di crescita eccezionalmente trainante per le imprese. Il processo di interazione tra tecnologia ed economia, avviato nel secolo scorso, quando fecero la loro comparsa le prime forme di commercio elettronico (*e-commerce*), ha conosciuto una fase massiccia

di digitalizzazione, fino a giungere ai nostri giorni in cui il linguaggio binario attinge in ogni aspetto della nostra esistenza, doppiando ogni oggetto reale con la sua esistenza in rete. Dall'osservazione del progresso delle tecnologie informatiche, si passa, quindi, allo studio dell'impatto che la digitalizzazione ha avuto sul settore produttivo, quando nel 1994 l'impresa statunitense Netscape Communication Corporation creò la prima forma di *Business to Consumer (B2C)*, ovvero la possibilità di effettuare transazioni *online* applicando ad esse gli

standard di sicurezza per tali forme di scambio (*Secure Socket Layer*). A seguire, nacquero negli anni immediatamente seguenti, i due principali colossi dell'*e-commerce*: *E-bay* ed *Amazon*. In proposito è sembrato opportuno il richiamo allo studio delle caratteristiche peculiari dei “nuovi beni” intangibili, a partire dall’opera di Don Tapscott e del suo “*The digital Economy: Promise and Peril in the Age of networked intelligence*”, del 1995 da Nicholas Negroponte e della sua opera “*Being Digital*” dello stesso anno, cui si deve la celebre definizione dell’economia digitale come quella che usa i *bit* al posto degli atomi (“*bits instead of atoms*”). Preso in dovuta considerazione tale fenomeno, l’esposizione si è concentrata sull’opera del legislatore, sia esso nazionale che comunitario, da tempo impegnati nell’elaborazione di misure idonee a regolamentare il vertiginoso incremento delle transazioni *online*, non ultime quelle contenute nella Direttiva europea sui servizi di pagamento digitali (*PSD2*) che, a decorrere dal 14 settembre 2019, ha introdotto rilevanti novità sia a livello commerciale, attraverso *l’open banking*, sia nelle transazioni legate al commercio elettronico. Dal commercio elettronico, la successiva evoluzione ha condotto a quello che è stato definito *l’Internet of Things (IoT)*, espressione utilizzata per la prima volta nel 1999, quale neologismo introdotto da Kevin Ashton, ricercatore presso il MIT, che si era prefissato il compito di descrivere il fenomeno della interazione tra i dispositivi abilitati al *web* (es: *computer* e *smartphone*) e le applicazioni tecnologiche in grado di comunicare con questi, consentendo operazioni come l’apertura di una pagina *web* o la riproduzione di un video, dotando, dunque, l’oggetto, di un’intelligenza in grado di reperire e trasferire informazioni tra rete *internet* e mondo reale. Le previsioni vedono, in un futuro assai prossimo al presente, una formidabile combinazione di “*IoT*”, “*Big data*” ed “*AI*” quale forma più evoluta di tecnologia digitale in un processo finalizzato all’automatizzazione totale per un efficace utilizzo dei dati provenienti da dispositivi connessi (*IoT*), grazie ad analisi veloci in grado di renderli utili e funzionabili (*Big data*), mentre l’Intelligenza artificiale (*AI*) ne consente l’analisi agevolando gli sviluppatori. Altro aspetto preso in esame nella trattazione riguarda i processi di creazione e diffusione di valore attraverso l’uso di beni immateriali che caratterizza la c.d. *new economy* e che ha inciso positivamente non solo a favore dell’impresa, sotto il profilo dell’aggiornamento dei processi produttivi, ma anche a favore del consumatore, nello sviluppo di nuovi prodotti e servizi che hanno generato un accresciuto e consolidato benessere realizzando, quindi, una sorta di “*Soft Revolution*” nella quale gli elementi che erano stati definiti “soffici” e immateriali sono diventati poi beni economici a tutti gli effetti. Un approfondimento specifico è stato dedicato ai beni immateriali ed all’uso della conoscenza per fini produttivi, per esprimere quel particolare nesso strumentale che si realizza ogni qualvolta la conoscenza produca utilità, conferendo un valore aggiunto alla prestazione ottenuta da un bene materiale. Da tempo, infatti, può dirsi acquisita la consapevolezza che la conoscenza costituisca un pilastro della nuova economia e

che siano le idee, più che le cose, a generare materialmente il profitto delle aziende, divenendo esse stesse fattori produttivi nella misura in cui il loro impiego produce un'utilità che l'acquirente riconosce e conseguentemente paga, dunque fonte di valore economico. A partire dall'acquisizione di tale coscienza le imprese, specialmente quelle operanti su mercati internazionali, hanno iniziato a costruire il loro successo incentrando sempre più le strategie aziendali sulla disponibilità di *intangibles*, ai quali è ormai riconosciuto un ruolo fondamentale nell'ambito dei processi di creazione del valore. Tale evoluzione ha influenzato anche l'attività dell'OCSE che, dalla tradizionale definizione di intangibili, adottata nelle linee guida del 2010, che li identificava solamente come “ *i diritti per l'utilizzo di beni industriali nonché i diritti di proprietà letteraria ed artistica, e di proprietà intellettuale come il know-how e i segreti industriali e commerciali*” è pervenuta, nelle linee guida del 10 luglio 2017, ad una nuova formulazione che abbandona ogni rigida classificazione dei beni immateriali per fornire una definizione aperta di essi, nel senso di “*unique and valuable intangibles*”, beni che assommano la caratteristica dell'unicità, in quanto non assimilabili a quelli impiegati dalle parti in operazioni potenzialmente comparabili, e quella di essere *valuable*, poiché consentono di realizzare vantaggi economici futuri, diversamente non conseguibili. La trattazione prosegue, quindi, nell'elencazione ed analisi delle caratteristiche economiche riconosciute ai beni intangibili a rappresentarne l'essenza e l'unicità rispetto ai beni materiali e convenzionalmente racchiuse nelle c.d. quattro “S” (*Scalability, Sunkeness, Spillovers e Synergies*). Nel secondo capitolo è affrontato il concetto di dematerializzazione dell'accesso ai mercati che ha reso obsoleto il tradizionale *nexus* basato sulla localizzazione di una stabile organizzazione dell'impresa nel territorio e che ha fatto emergere la necessità di ricercare nuovi concetti di collegamento con il territorio di uno Stato. Su tale punto specifici oggetti dell'esposizione sono stati il maggiore ruolo rivestito dai beni immateriali nei processi di creazione del valore e la qualificazione, nel nostro ordinamento delle proprietà intellettuali (IP) e, più precisamente, delle proprietà industriali come attività iscritte nel patrimonio aziendale sotto la voce di “immobilizzazioni immateriali”. Questa particolare caratteristica ha consentito alle imprese di localizzare o delocalizzare “IP”, spostando i ricavi derivanti dall'utilizzo delle proprietà intellettuali in Paesi che beneficiano di un regime fiscale vantaggioso, provocando due fenomeni che si muovono in verso opposto ma tra loro dipendente: allo sforzo delle imprese di ridurre il complessivo aggravio fiscale si contrappone l'impegno dei governi di cercare nuovi sistemi di incentivazione, per attrarre “attività mobili” ed i ricavi ad esse connessi. A tale situazione si aggiunge, poi, la menzionata incertezza nella determinazione dell'effettivo valore dei beni immateriali, attesa la loro natura intangibile e la conseguente difficoltà per le imprese, di catturarne i benefici economici, criticità, queste, che in ogni caso, hanno portato ad una contrazione degli investimenti in attività di ricerca e sviluppo. A fronte di tale situazione,

emerge, dunque, la forte opportunità per i singoli Paesi, di concedere incentivi all'innovazione in modo tale che la stessa economia ne possa trarre benefici. Tra gli strumenti volti a questo fine è stato esaminato il *Patent Box* - consistente nell'introduzione di un regime agevolativo opzionale di tassazione per i redditi derivanti dall'uso di opere dell'ingegno, di brevetti industriali, di marchi, di disegni e modelli, nonché di processi, formule e informazioni relative ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico giuridicamente tutelabili - considerato uno dei fattori destinati a "favorire" la quarta rivoluzione industriale. Alla descrizione dell'istituto ha fatto seguito il richiamo alla disciplina adottata in Italia con il regime agevolativo di cui alla legge del 23 dicembre 2014, n.190 (Legge di Stabilità 2015) e con il successivo decreto "*investment compact*" (D.L. n.3 del 24.01.2015), che ha introdotto anche nel nostro Paese il *Patent Box*, seguito dal decreto del 28 novembre 2017 del quale sono state espone le previsioni di modifica della precedente regolamentazione. Un aspetto di rilievo della *digital economy*, oltre all'introduzione della *Information and Communication Technology (ICT)* e dalle nuove opportunità di profitto derivanti dai profili più strettamente tecnologici, si caratterizza anche per l'affermarsi di nuovi modelli di *business*, riferendoci al *business model* come allo schema teorico che rappresenta le modalità con le quali una società effettua transazioni commerciali o svolge le proprie attività di acquisto e vendita di beni e servizi al fine di generare profitti. Di essi sono stati esaminati i tratti fondamentali ed i caratteri, alla luce degli studi condotti per primo da Peter Drucker nel 1954, ai successivi contributi di Timmers nel 1998, di Friedman e Langlais nel 1999, di Weil e Vitale nel 2001, di Amit e Zott sempre nel 2001, di Chesbrough e Rosenbloom e di Magretta nel 2002, fino a Michael Rappa che, nel 2006, produsse uno studio approfondito del *web* da lui stesso definito "*Tassonomia dei business model osservati nel web*", comprensiva di nove categorie di modelli, articolati in quarantuno sottocategorie. Alla nozione di stabile organizzazione sono stati poi dedicati specifici paragrafi. Si è partiti dalla sua originaria natura meramente convenzionale, quale delineata nell'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE che individuava le due figure di "stabile organizzazione materiale", e di "stabile organizzazione personale", entrambe riconducibili a quella di "*sede fissa di affari attraverso la quale un'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*" e connotate dal "carattere produttivo", con ciò intendendosi la necessità che la stabile organizzazione dovesse contribuire alla produzione di nuovi utili dell'impresa per essere considerata come tale. All'indomani del secondo conflitto mondiale, l'Italia ha sottoscritto numerosi accordi bilaterali con i Paesi più industrializzati, ispirati al progetto di Londra del 1946 mentre, a livello di normativa interna, la nozione di stabile organizzazione ha fatto il suo primo ingresso con l'approvazione del testo unico delle imposte indirette (t.u.i.d). Agli inizi del millennio, si è registrata l'acquisita percezione delle attività in rete e di tutti i loro potenziali sviluppi, non più come mera modalità o strumento per svolgere le tradizionali attività, bensì

come un nuovo, autonomo mercato, per il quale si rendeva necessaria una specifica disciplina. In aggiunta al progressivo allargamento del fenomeno della globalizzazione economica e degli effetti ad essa connessi, ne è derivato, nella *new economy*, la possibilità per le imprese di inserirsi nei mercati esteri pur in assenza di un proprio insediamento, in termini di sede fissa, nel Paese ove si realizza la fonte, visto che a produrre profitti in territori diversi da quello di residenza, possono ormai valere attività innovative ed immateriali. In tale senso l'economia digitale ha accelerato il fenomeno del *the spread of global value chains*, grazie al quale si verifica un'integrazione delle operazioni poste in essere dalle imprese multinazionali in ogni parte del mondo, adottando il *Global Business Model* che concentra le funzioni a livello regionale o globale piuttosto che *country by country level*. L'OCSE, infatti, nel 2013, con il Rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" ha per prima preso coscienza della difficoltosa tassabilità delle attività immateriali e dello sviluppo esponenziale dell'economia digitale, prendendo atto dell'inefficacia delle soluzioni fino ad allora adottate dai Paesi Membri. Il piano d'azione, pubblicato nel luglio 2013, prevede, quindi, una serie di misure riguardo ai principali temi della fiscalità internazionale, quali la definizione di "stabile organizzazione", la disciplina delle *Controlled foreign Companies (CFC)* e dei prezzi di trasferimento, la neutralizzazione degli "accordi combinati ibridi" e degli abusi dei trattati, usualmente adoperati dai gruppi sovranazionali per dirottare redditi verso Paesi a fiscalità privilegiata. Sono stati esaminati, quindi, i più frequenti schemi di pianificazione fiscale aggressiva (*royalty structure*, la c.d. *cost-sharing structure*, *principal/centralized entrepreneur structure*) nei quali i beni immateriali costituiscono elemento privilegiato, nonché i principali strumenti ibridi, vale a dire connotati da caratteri tipici sia degli strumenti di debito, sia di quelli di partecipazione (*equity*). Dopo aver trattato le tre grandi macrocategorie di strategie di pianificazione impiegate per trasferire i profitti in giurisdizioni a bassa fiscalità e le transazioni fiscali *cross border*, si è passati, quindi, ad illustrare i due principali schemi di pianificazione maggiormente usati dalle attuali multinazionali: il *Double Irish with Dutch Sandwich* e l'*IP Box Regimes*, nonché l'effetto amplificatore rappresentato dalla c.d. *Harmful tax competition* innestatasi a seguito della reazione di alcuni Stati che, temendo gli effetti derivanti dalla digitalizzazione, hanno tentato di colmare i gap di sovranità, offrendo alle multinazionali vantaggiosi regimi fiscali per attirare investimenti sui loro territori. Su tale scia, a contrastare lo sfruttamento dei suddetti regimi preferenziali, l'OCSE nel 2014 ha introdotto nell'ambito dell'azione 5 del Rapporto BEPS, il c.d. *nexus approach* in forza del quale risulta necessario un collegamento sostanziale tra reddito agevolabile e spesa di ricerca e sviluppo sostenuta. Tale nesso è stato individuato nella necessità che, per avvalersi del regime agevolato, occorre che una parte dell'attività di ricerca e sviluppo sia stata realmente effettuata nel Paese con regime IP Box verso cui sono stati trasferiti gli intangibili. Il *transfer pricing* ha acquisito un sempre maggior rilievo, sia per

le imprese che per le amministrazioni fiscali, a seguito della globalizzazione dell'economia e del larghissimo incremento del volume e del peso delle transazioni interne alle multinazionali. Rispetto a tale materia l'OCSE ha assunto un atteggiamento consistente nel focalizzare l'attenzione più sulla sostanza che sulla forma del fenomeno, interessata ad elaborare criteri e norme fiscali internazionali per garantire che i profitti delle multinazionali siano tassati nel luogo in cui sono svolte le attività economiche che li hanno generati, vale a dire nel Paese in cui il valore viene creato. Tale criterio della prevalenza della sostanza sulla forma è stato applicato dall'OCSE anzitutto con riguardo al regime dei prezzi di trasferimento, ritenuto, a ragione, il nucleo del Progetto BEPS, come dimostrato dal fatto che ben tre azioni (*Actions 8-10*) - oggetto di specifico approfondimento nella presente trattazione - delle quindici di cui si compone il documento, hanno in oggetto il *transfer pricing*. È seguita la pubblicazione, nel 2015, del c.d. "*Actions 8-10 – 2015 Final Reports*", che a sua volta ha modificato i Capitoli I, II, VI, VII e VIII delle *TP Guidelines*. La revisione dei capitoli è stata poi inserita nelle *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. L'indicazione dell'OCSE, dunque, è quella di procedere alla verifica delle operazioni riguardanti l'utilizzo o il trasferimento di intangibili iniziando da una puntuale analisi delle relazioni commerciali o finanziarie tra le imprese associate nonché delle condizioni economicamente rilevanti corrispondenti a tali relazioni. In tal senso, la creazione di valore è stata individuata come nuovo criterio di allocazione dei redditi e, per le transazioni relative ai beni intangibili, il baricentro si è andato progressivamente spostando dagli accordi contrattuali alla considerazione dell'effettivo comportamento delle parti, nonché dei fatti e delle circostanze attinenti al negozio, con la conseguenza che *l'arm's length principle* è divenuto, oltre ad uno strumento di allocazione dei redditi, anche un'efficace misura antielusiva. Il Progetto BEPS, dunque, ha perseguito la finalità di rendere effettiva la tassazione basandosi sul c.d. principio dell'origine, da anni indicato dalla dottrina come l'unico criterio valido per la corretta ripartizione del gettito fiscale tra le varie giurisdizioni. Con riguardo, poi, all'applicazione della *Corporate income tax* alle imprese multinazionali, l'OCSE appare intenzionata a valutare, ai fini dell'imposizione fiscale, l'intera attività del gruppo multinazionale per determinare, all'esito di un'approfondita *Value Chain analysis*, quali società del gruppo siano realmente produttive dei profitti originati da una transazione. A tal fine, è stato accantonato *l'arm's length principle* in favore del *global formulary apportionment* che consente, sulla base di una formula predeterminata, di suddividere i profitti raggiunti da un gruppo multinazionale tra le varie entità del gruppo operanti nei diversi Paesi. L'orientamento dell'OCSE, dunque, non è quello di eliminare definitivamente *l'arm's length principle* ma, in attesa dell'elaborazione di un nuovo sistema, di adottare misure di aggiustamento del tradizionale principio, avvertite come necessarie soprattutto con riguardo ai problemi sollevati dagli intangibili, dai rischi e

dall'eccessiva capitalizzazione. Su tale questione si è particolarmente applicata la Commissione Europea, istituendo un gruppo di lavoro per la delimitazione della cosiddetta *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB) che costituisce una prima forma di tassazione basata sul *formulary apportionment* che ha raggiunto una sua più completa definizione nel 2018, dopo un primo tentativo esperimento nel 2011. In un approccio graduale, sono state previste due fasi: una fase detta *Common Corporate Tax Base* (CCTB) e una successiva detta *Common Consolidated Corporate Tax Base* (CCCTB). Si ritiene che tale metodica fornisca un valido strumento per individuare il reddito da tassare nel luogo in cui viene creato il valore, attraverso una formula basata su tre fattori: *assets*, manodopera e vendite. A ciascuno di tali elementi - che indica il contributo da questo fornito in ciascuna giurisdizione alla produzione del reddito complessivo - è attribuito identico peso. Inoltre, non è escluso che le società potrebbero convertire le precedenti strategie di pianificazione fiscale per modificare sia la posizione che il peso dei fattori rilevanti per l'applicazione della formula, in linea con l'interesse del gruppo. Ad ovviare a tale inconveniente si porrebbe la *Cash Flow Tax* che, anziché occuparsi dell'allocatione del reddito, assoggetterebbe a tassazione direttamente il flusso delle risorse finanziarie nelle casse delle imprese, ossia il *cash-flow*, registrando le operazioni al momento del pagamento, dunque secondo il criterio della cassa e non più della competenza. Conclusivamente, le difficoltà che inevitabilmente si presenterebbero nell'abbandonare il principio dell'*arm's length principle* e nell'orientarsi verso il *formulary apportionment*, considerati anche i tempi ristretti per elaborare soluzioni successive al progetto BEPS, ha spinto l'OCSE a prediligere soluzioni di modifica delle regole già esistenti piuttosto che di riforma della disciplina del *transfer pricing*, perseguendo nel solco del criterio della *value creation* e delle connesse criticità. La creazione di valore, dunque, è stata assunta come nuovo criterio di allocatione dei redditi cui collegare l'imposizione fiscale. Pertanto, sono stati presi in esame i diversi significati attribuiti a tale espressione secondo le varie teorizzazioni che si sono susseguite, a partire da quella elaborata a metà degli anni '80 da Michael Porter al più attuale *value shop*. Con riguardo al *value shop*, il carattere distintivo più evidente rispetto alla catena di valore di Porter è rappresentato dalla caratteristica che lo qualifica non come un processo fisso e sequenziale per creare valore, ma nel quale ogni esigenza o problema del cliente viene affrontata singolarmente per trovare una soluzione appropriata grazie ad elevate professionalità ed avanzata tecnologia. Nel terzo capitolo si passa ad una più approfondita analisi degli interventi dei Governi e delle organizzazioni internazionali in tema di commercio elettronico con particolare focus sul progetto BEPS. La trattazione ha richiamato preliminarmente gli elementi distintivi della *digital economy* rispetto ai modelli tradizionali, con riferimento alle modalità di creazione del valore, particolarmente condizionate dall'a-territorialità e dall'elevata mobilità dei fattori produttivi e dalla capacità dei modelli di *business* delle imprese *hi-tech* -

come emerso dall'*Interim Report OCSE* di marzo 2018 - di intervenire sul mercato indipendentemente dalla presenza fisica dell'impresa e con particolare attenzione al ruolo rivestito dall'*Intellectual Property* (i.e. brevetti, *trade marks*, *copyright*) e altri *intangibles assets*, indispensabili nel supporto alle piattaforme digitali ed ai siti *web*, nonché a quanto proviene dalla partecipazione degli utenti, in termini di valore dei dati e dei contenuti da essi generati, di sinergia tra gli utenti stessi e gli IP, nonché, più in generale, di effetti della rete e dei *social networks*. Tali elementi hanno trovato riscontro nelle misure adottate già nel 2013 dall'OCSE, nel rapporto "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" che ha preso atto delle c.d. *key features* della *digital economy*, rappresentate dai seguenti elementi: l'importanza strategica degli *intangibles*; l'utilizzo dei *Big data*; la creazione di *multi-side business models*; la tendenza alla creazione di posizioni di sostanziali monopoli o oligopoli; l'evanescenza del *business* che, disancorato da un substrato sostanziale, è suscettibile di perdere con estrema velocità le proprie quote di mercato come anche di scomparire. Una prima iniziativa formulata dall'OCSE nel 2005 nel rapporto "*Final report of the TAG group of OECD of taxation of e-commerce*" come applicabile a tutte le transazioni *online*, ha riguardato i casi in cui il *provider* non residente realizzasse un certo volume di attività economica in un determinato Stato ove tuttavia non avesse una stabile organizzazione. A tale iniziativa a livello OCSE si affiancarono le azioni intraprese dai singoli Governi. Nel 2015 il Governo inglese affrontò *ex auctoritate* la questione approvando una legge volta ad impedire il trasferimento di utili su conti esteri da parte delle grandi multinazionali digitali attive nel Regno Unito e più in generale a vincolarle al pagamento delle imposte nei Paesi in cui i servizi digitali offerti erano prodotti e venduti (*Diverted Profits Tax*). In Spagna, nel 2014, venne introdotta la c.d. *tassa Google*, che obbligava gli aggregatori di *links* (i.e. *Google news*) a versare un contributo agli autori dei contenuti cui rinviavano i *links* aggregati. Il riscontrato obiettivo di favorire gli editori ai danni dei motori di ricerca provocò una forte opposizione che giunse alla firma di una petizione per chiedere al Governo il ritiro della legge. L'esperienza italiana in merito ebbe inizio con l'emendamento Boccia che tuttavia non vide mai la luce in quanto imponeva l'apertura della partita IVA in Italia ai fornitori non residenti dei servizi di pubblicità e per questo ritenuto in contrasto con la Direttiva comunitaria in materia di IVA 2006/112/CE (artt.44 e 196). A livello unionale, la Commissione Europea sulla tassazione della *digital economy* ha istituito, nel mese di ottobre del 2013, un Gruppo di esperti indipendenti dal cui lavoro ha tratto origine il *Report* del 28 maggio 2014. In particolare, il Consiglio ECOFIN, tenendo presenti le richieste avanzate dal Consiglio europeo e mirando a mantenere coerenti i lavori dell'UE con quelli dell'OCSE, sulla base di un approfondito studio sulla proposta relativa alla base imponibile comune per l'imposta sulle società (CCTB), ha presentato una Proposta di Direttiva del Consiglio relativa ad una base imponibile comune consolidata per l'imposta sulle società (CCCTB), volta ad integrare la

precedente, adottando altresì, nel campo dell'imposizione diretta, il pacchetto IVA per il commercio elettronico. I testi delle menzionate Proposte di Direttive CCTB e CCCTB, nella formulazione definitiva approvata il 15 marzo 2018 dalla sessione plenaria del Parlamento europeo hanno avvertito l'insopprimibile esigenza di porre rimedio alle indiscusse criticità fiscali emerse nell'ambito dell'economia digitale mediante la fissazione di parametri tesi a definire l'eventuale presenza digitale e misure volte a contrastare l'elusione fiscale internazionale. Dall'altra sponda dell'Atlantico, negli U.S.A., la riforma fiscale ha visto l'adozione della c.d. *Tax Cuts and Jobs Act of 2017*, approvata dal Congresso degli Stati Uniti il 20 dicembre 2017 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2018. Il nuovo sistema, volto ad agevolare fiscalmente le imprese al fine di incentivare gli investimenti negli USA, si fonda sull'introduzione di un sistema di tassazione territoriale, sul limite alla deducibilità degli interessi passivi, sulla previsione di nuove forme di imposizione che, tra le altre misure, prevedono la deducibilità immediata e fino al 2022, delle spese di investimento e la riduzione dell'aliquota della *corporate tax* dal 35 al 21%. In ambito internazionale, l'OCSE ha continuato la sua azione che ha acquisito un rinnovato impulso dal *Summit G20*, tenutosi in Messico il 18-19 giugno 2012, come si evince dalle dichiarazioni finali della Conferenza in cui è annunciato espressamente l'obiettivo di impedire le pratiche di *base erosion and profit shifting* (BEPS). Il percorso intrapreso ha trovato seguito nel successivo G20 dei Ministri delle Finanze del 5-6 novembre 2012, all'esito del quale è stato conferito mandato all'OCSE di mettere a punto azioni concrete di contrasto in attuazione del quale l'OCSE ha pubblicato, il 2 febbraio 2013, il *Report Addressing Base Erosion and Profit Shifting* che, partendo da un'analisi delle principali pratiche di *tax planning* attuate dai gruppi multinazionali, ha raccomandato lo sviluppo di un accurato piano d'azione (*Action Plan*). E' in occasione del G20 di Mosca, tenutosi il 19-20 luglio 2013, che l'OCSE ha presentato il rapporto *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* un piano d'azione articolato in 15 misure volto ad affrontare, in una logica internazionale, la materia. In particolare, le Azioni dalla 2 alla 14, sono fondate sui tre seguenti pilastri: coerenza tra i diversi regimi domestici con riguardo alla disciplina delle attività transnazionali; consolidamento dei contenuti degli standard internazionali esistenti, attraverso un allineamento dell'imposizione con la localizzazione sostanziale delle attività produttive e la creazione del valore; garanzia di certezza delle regole fiscali e crescita della trasparenza e dello scambio di informazioni sia da parte delle imprese che dei governi. La trattazione si è poi dedicata all'analisi della crisi del concetto tradizionale della stabile organizzazione, coeva all'ingresso sulla scena economica internazionale delle imprese *high-tech* che esercitano attività interamente digitali e che, pertanto, non necessitano di una presenza fisica sul territorio per perseguire il loro oggetto sociale, ed alla necessaria rivisitazione di esso per un duplice ordine di ragioni: garantire le pretese fiscali dei singoli Stati e tutelare le imprese dal rischio,

pregiudizievole alla loro espansione, di una doppia imposizione. Con L' Azione 1, per la prima volta, è stato previsto un *nexus* alternativo al tradizionale collegamento rappresentato dalla presenza fisica prevedendo che, per le imprese che svolgano *fully dematerialised digital activities*, una stabile organizzazione in uno Stato vada ravvisata ove nel relativo territorio eserciti una *significant digital presence*, pur con l'avvertenza che allo stato attuale, ancora manca una specifica definizione di tale espressione. In merito, la Commissione Europea, in data 21 marzo 2018, ha adottato due Proposte di Direttiva – di cui si dà conto sempre nel capitolo terzo dell'elaborato - volte ad affrontare la tematica della tassazione dell'economia digitale: la prima per una ridefinizione del concetto di stabile organizzazione al fine di includervi il concetto di “*presenza digitale significativa*” (COM(2018)147) e la seconda per l'introduzione di un'imposta sulle transazioni digitali (COM(2018)148). In particolare, la Proposta di Direttiva 147, all'articolo 1, intende ampliare, ai fini dell'applicazione delle imposte sulle società, la nozione di stabile organizzazione, a comprendervi anche la “*presenza digitale significativa*” nel territorio di un determinato Stato al fine di sottoporre al relativo regime fiscale il valore ivi effettivamente creato. La “*presenza digitale significativa*” diviene, pertanto, presupposto per l'imponibilità dei redditi d'impresa da parte di un ordinamento e si consolida qualora un'impresa non residente svolga servizi digitali dematerializzati cioè resi senza l'impiego di attività umane –in misura superiore alle tre soglie individuate dall'art. 4 e, rispettivamente riferite al volume dei ricavi (maggiori di 7 milioni di euro), al numero di utenti situati nello Stato (oltre 100.000) - con ciò evidenziando il ruolo degli utenti nella creazione del valore - al numero delle transazioni effettuate (oltre 3.000). Infine, il quarto ed ultimo capitolo verte sui recenti interventi per la regolamentazione del sistema fiscale digitale, con particolare riferimento all'*Interim Web tax*, oggetto della Proposta di Direttiva COM(2018)148, con la quale gli obiettivi che si intendono perseguire sono così sostanzialmente riassumibili: tutelare l'integrità del mercato unico e assicurarne il corretto funzionamento; salvaguardare le finanze pubbliche nell'Unione ed evitare l'erosione delle basi imponibili; assicurare l'equità sociale e la concorrenza per tutte le imprese che operano sul territorio dell'Unione; togliere spazio alla pianificazione fiscale aggressiva, finora insinuatasi nelle lacune delle norme internazionali. Viene poi rivolta specifica attenzione all'analisi del campo di applicazione e dei benefici attesi, dei principali punti di forza, nonché dei limiti ravvisati e dei pericoli paventati di tale nuova forma di tassazione. L'elaborato si è poi soffermato sull'individuazione dei soggetti passivi della *Interim Web Tax*, secondo l'art.4 della Proposta di Direttiva che richiede la contestuale presenza di due condizioni, sulla cui *ratio* si richiama ai Considerando n.23 e n.24: un importo totale dei ricavi a livello mondiale, dichiarati dall'entità per l'esercizio finanziario pertinente, superiore a 750 milioni di euro ed un importo totale dei ricavi imponibili ottenuti dall'entità nell'Unione durante l'esercizio finanziario pertinente, superiore a 50 milioni di euro. Anche

l'oggetto dell'imposta e la determinazione della base imponibile sono stati affrontati, alla luce delle previsioni degli artt. 4 e 5 della Proposta di Direttiva che dettano alcuni specifici criteri. Circa, invece, le modalità applicative dell'*Interim Web Tax*, si rimanda agli artt.6 e seguenti della Proposta di Direttiva, ma nell'attuale mancanza dell'unanimità di tutti gli Stati Membri UE, la proposta di una *Web Tax* è, per il momento, accantonata. Nel frattempo, i singoli Paesi si sono attivati con l'adozione di misure individuali. Il legislatore francese, ad esempio, tramite la misura entrata in vigore ad ottobre 2019, ha raggiunto l'obiettivo di un prelievo del 3% sui ricavi lordi provenienti da alcuni servizi digitali offerti da aziende come *Amazon*, da motori di ricerca come *Google*, da *social networks* e *app* come *Facebook*, *WhatsApp* e *Instagram*. Dalle soglie dei parametri introdotti (un fatturato superiore ai 750 milioni di euro nel mondo ed ai 25 milioni di euro in Francia) si percepisce l'intento di colpire i grandi colossi, come lascia intendere anche il nome *Gafa Tax*, acronimo di *Google*, *Amazon*, *Facebook*, *Apple*, non tralasciando ulteriori circa trenta giganti del mondo di *internet* (tra cui *Booking*, *Zalando*, *e-Bay*...). Il primo obiettivo della misura francese, concepita come soluzione transitoria, in attesa di raggiungere un accordo in sede OCSE per la tassazione del mercato digitale, è quello di localizzare fiscalmente le grandi aziende tecnologiche, apolide rispetto alle vecchie multinazionali, localizzabili in base al principio della stabile organizzazione. Tuttavia, la sua introduzione non è restata priva di conseguenze sul piano delle relazioni internazionali, contribuendo non poco a deteriorare i rapporti tra Washington e Parigi. Un alleggerimento della tensione è intervenuto in occasione del G7 di Biarritz, con il raggiungimento di un accordo in merito alla *Web tax* consistente nell'impegno da parte del fisco francese a rimborsare alle multinazionali americane la differenza tra la tassazione del 3% applicata da Parigi e quanto verrà deciso nelle discussioni in corso tra i Paesi OCSE a proposito di una *Web tax* internazionale. Rivolgendo l'attenzione all'Italia, la prima iniziativa è da ricondurre all'approvazione della legge n.205/2017, di adozione di una nuova imposta, in armonia con l'iniziativa UE. La disciplina italiana circa la tassazione dell'economia digitale può essere illustrata tenendo a mente le tre classiche domande che ne orientano l'approccio: *who to tax?*, *what to tax?*, *where to tax?*. La prima domanda attinente all'individuazione dei soggetti passivi e, in realtà, è anche quella di più facile soluzione: sono soggette alla nuova imposta sui Servizi Digitali (ISD) le imprese residenti e non che presentano determinate caratteristiche a livello dimensionale e che soddisfano congiuntamente, in un periodo d'imposta, individuato nell'anno solare, i seguenti requisiti: un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzato non inferiore a 750 milioni di euro ed un ammontare di ricavi derivante da specifici servizi digitali, realizzati in Italia, non inferiore a 5.500.00 euro. Alla risposta alla seconda domanda (*What to tax?*) si dedicano i commi 37 e 40 del citato art.1, precisando quali prestazioni rientrano nel campo di applicazione della ISD. L'aliquota da applicare è del 3% sull'ammontare complessivo

delle transazioni rientranti nelle categorie illustrate nei commi predetti, realizzate nel corso di un anno solare. Circa, invece, la localizzazione del servizio, si è detto che la Direttiva fa riferimento al luogo in cui l'apparecchio (*device*) viene attivato e fa coincidere il momento dell'attivazione con l'assunzione del c.d. *IP address*. Dopo la quarta elaborazione e due tentativi nel 2018 e nel 2019, dal 1° gennaio 2020 la *Web tax* è entrata in vigore anche in Italia. Peraltro, la tassa sui servizi digitali italiana si avvicina molto a quella francese entrata in vigore nel 2018, sia circa l'ambito di applicazione, sia in merito all'aliquota del 3% sui ricavi, nonché circa l'adozione di una clausola di restituzione/compensazione dell'eventuale eccedenza che dovesse risultare tra la futura *digital tax* globale di imminente introduzione da parte dall'OCSE e quanto già versato all'Erario. Sia le soglie di accesso non hanno subito variazioni rispetto alle precedenti versioni, sia le attività oggetto dell'imposta restano invariate rispetto alle previsioni del 2019, atteso che l'imposta vale solo per le transazioni "B2B", non per le operazioni verso soggetti privati. In conclusione dell'elaborato, è parso opportuno dedicare uno specifico approfondimento sul grande valore che i *Big data* rivestono e che hanno dato luogo a particolari forme di tassazione dell'economia digitale, già a partire dal 1995 e riprese più volte nel corso degli anni. Si è quindi approfondita la specifica forma di tassazione denominata *Bit tax*, ideata nel 1994 da Arthur J. Cordell e Thomas Ide, il cui scopo era quello di tassare indiscriminatamente tutto il traffico dati, attribuendo ai *provider* di connettività l'incarico di applicare il tributo e incassarlo per conto dei governi, individuandone la misura nello 0,000001 centesimi di dollaro per ogni *bit* scambiato. Benchè la proposta avesse suscitato notevole interesse tra gli studiosi, non ricevette sufficiente sostegno politico e venne peraltro abbandonata anche dalla stessa Commissione europea e, successivamente anche dall'OCSE. Uno dei punti critici, evidenziati anche da *AmCham EU* consisteva nel rilievo della non facile misurabilità del valore dei dati, che non può essere ancorato alla quantità dei *bit* memorizzati o trasmessi, in quanto possono esistere fonti di elevate dimensioni ma con basso valore, oppure al contrario, fonti di ridotte dimensioni ma con un significativo peso. Anche questa iniziativa, pertanto, non è risultata in grado di fornire soluzione adeguata al problema della tassazione dell'economia digitale per il quale, nonostante la convergenza dell'attenzione degli Stati nazionali e degli organismi internazionali, si è ancora in attesa di una soluzione globale. In conclusione, le analisi e gli approfondimenti condotti nel corso dell'elaborato inducono ad individuare la strada con maggiori possibilità di successo in quella che prosegue nell'elaborazione di iniziative e regimi individuali da parte degli Stati Membri e che prendano a fondamento la tassazione forfettaria dei flussi, da considerarsi quale parametro oggettivo di manifestazione di ricchezza e sicuramente elemento significativo di un'attitudine alla contribuzione, garantendo ai singoli Stati - come avvenuto per quelli che hanno già intrapreso questo percorso (come Francia e Italia) – una tenuta del gettito fiscale e che, al contempo,

costituiscono continuo sprone alla ricerca di un sistema che, in un nuovo orizzonte a livello mondiale, assicuri il raggiungimento di un equilibrio fiscale, ad oggi del tutto alterato, fra Paesi di quali la ricchezza proviene e Paesi di appartenenza del relativo percettore.