

Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza¹.

Tamara Gasparri

¹ Il testo è la rielaborazione della Relazione presentata dall'autrice al Convegno "Multinazionali e Fisco, quali prospettive per il futuro", organizzato dal LEF (Associazione per l'equità e la legalità fiscale) e tenutosi il 28 settembre 2017 presso il CNEL, con la partecipazione del Viceministro del Ministero dell'Economia Luigi Casero, del Segretario Confederale della UIL Guglielmo Loy e del Presidente di Confimprese Guido D'Amico, con il coordinamento del Vice Direttore Adnkronos Vittorio Riccioni. Una sintesi della Relazione è stata pubblicata su Fisco Equo, la rivista telematica di LEF.

1. Premessa

La pubblicazione, nel mese di febbraio 2013, del Report OCSE *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) aprì il ‘vaso di Pandora’ sui massicci fenomeni di erosione delle basi imponibili di cui hanno beneficiato i grandi gruppi di imprese multinazionali, e, in particolare, i gruppi della *new economy* a danno di buona parte dei Paesi del mondo. A questi fenomeni si associa la concentrazione di immensi capitali in poche giurisdizioni (quelle che, anche all’interno dell’Unione, garantivano riservatezza e regimi fiscali di favore), dalle quali venivano poi reinvestiti in tutto il mondo

Si è nel tempo creata una segregazione crescente “tra i Paesi in cui si svolgono le attività economiche effettive e i paesi in cui finiscono per emergere, ai fini fiscali, le basi imponibili”, una progressiva dissociazione tra **imposte e sostanza** che sta mettendo in discussione, a livello globale, la stabilità dei sistemi fiscali, l’equità e la stessa competizione leale², catturando l’attenzione crescente dei Paesi dell’OCSE e del G20, oltre che dell’Unione europea.

Nel 2015, l’OCSE ha stimato la perdita di gettito a livello globale, conseguente alle pratiche più aggressive di erosione e distoglimento delle basi imponibili, tra i 75 e i 180 miliardi di euro all’anno³.

E, in questo scenario, tra le aree più colpite vi è, sorprendentemente (anzi, non troppo sorprendentemente) proprio l’Unione europea.

Sono stimate in 5,4 miliardi di euro le imposte ‘perdute’ dai Paesi europei con riferimento agli affari conclusi nel territorio dell’Unione da due sole multinazionali del web, Google e Facebook, nel triennio 2013-2015⁴. Ed è una stima che si basa sul differenziale di imposizione che grava sui redditi che questi gruppi realizzano dentro o fuori l’Europa: le imposte dovute da Google⁵ raggiungono, infatti, il 9 per cento dei

² Si veda, in particolare, sui temi della fiscalità dei grandi gruppi multinazionali e sul tema dell’economia digitale, il Rapporto di Giunta Assonime Note e Studi 17-2016 “*Imprese multinazionali. Aspetti societari e fiscali*” del 22 novembre 2016. Si vedano, inoltre, le relazioni di Stefano Micossi, Note e Studi 1-2017 “*La Fiscalità d’impresa nel nuovo mondo globalizzato*” del 3 marzo 2017 e di Ivan Vacca, Note e Studi 2-2017 “*Adeguatezza dei principi contabili internazionali per immobilizzazioni materiali e immateriali*”: relazioni presentate al Convegno di studi “La Fiscalità della Quarta Rivoluzione Industriale” Bologna 24-25 febbraio 2017. Cfr. inoltre, *inter alia*, Franco Gallo “*Prospettive di tassazione dell’economia digitale*” in *Diritto Mercato Tecnologia* n. 1/2016.

³ Cfr. BEPS Action 11 “*Measuring and Monitoring BEPS*”: *Final Report* 2015.

⁴ Cfr. il *Report* dell’europarlamentare Paul Tang e Henri Bussink “*EU Tax Revenue Loss from Google and Facebook*” settembre 2017.

⁵ Ora Alphabet.

redditi extra UE, mentre si fermano allo 0,82 per cento dei redditi realizzati nel territorio comunitario. Persino più marcato è il differenziale rilevato per Facebook, che, sui redditi extra UE, sostiene imposte tra il 28 e il 34 per cento, mentre su quelli conseguiti all'interno dell'Unione si attesta allo 0,03 per cento. Con riferimento all'Italia, si stima che le imposte 'perdute' nel medesimo triennio sugli affari conclusi sul territorio nazionale da Google e Facebook ammonterebbero rispettivamente a euro 370 milioni e euro 549 milioni.

Ed è così anche per Apple che, sugli utili di fonte europea, avrebbe sostenuto un'imposta societaria progressivamente scesa dall'1 per cento del 2003 fino allo 0,003 per cento del 2014, con un risparmio di 13 miliardi di euro.⁶

Certo non sorprende che, con questi numeri, il dibattito relativo alla fiscalità delle imprese digitali *Over the Top* sia molto vivace nel mondo, come in Italia.

Nel nostro Paese, i ricavi della raccolta pubblicitaria *on-line* che Google e Facebook dichiarano e assoggettano a tassazione non superano, rispettivamente, lo 0,3 per cento e lo 0,1 per cento dei rispettivi totali, mentre quelli effettivamente corrispondenti alle transazioni con i clienti italiani sono stimati in misura pari al 2,4 per cento per Google e al 2,8 per cento per Facebook, "*con conseguente significativa perdita di gettito per il sistema tributario nazionale*".⁷

Ed è di qualche giorno fa un articolo - tra i tanti usciti sui quotidiani⁸ - che dà notizia del fatto che, nel 2016, Facebook, Apple, Amazon, Airbnb, Twitter e Tripadvisor hanno complessivamente pagato in Italia le stesse imposte sul reddito della sola Piaggio⁹.

⁶ Cfr. la decisione della DG Concorrenza della Commissione del 30 agosto 2016. Il dati su Apple sono riportati anche nella "Relazione sulla politica della concorrenza" - COM(2017)285 - presentata dalla Commissione al Parlamento europeo il 31 maggio 2017.

⁷ Cfr. il documento dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio (UPB) "Misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale", presentato per l'Audizione del 15 marzo 2017 sul disegno di legge dell'On. Mucchetti in tema di *web tax* -DDL n.2526-. Da segnalare, inoltre, in merito alla operatività della *web tax* transitoria introdotta nell'ordinamento ad opera della manovra correttiva di cui al D.L. 24 aprile 2017, n. 50, il documento dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio "*Interventi antielusione e imprese digitali: le misure della recente manovrina*" Flash n. 5 del 1 agosto 2017 e la circolare Assonime n. 21 del 5 agosto 2017.

⁸ Cfr., inter alias, R. Amato "Web Tax, l'Europa si muove per far pagare i colossi USA" in La Repubblica del 10 settembre; R. Petrini "Le tasse eluse dai colossi del web valgono un terzo della manovra" in La Repubblica dell'11 settembre; G. Trovati, "WeB tax, pressing dei grandi Paesi verso il vertice di venerdì" in Il Sole24Ore del 10 settembre; A. Galimberti "Web Tax la grande alleanza e E. Della Valle "Un modello che punta alla ritenuta sui ricavi" in Il Sole24Ore del 12 settembre; G. Pennisi "il commento dell'economista" in Formiche del 12 settembre; D. Stevanato "La Web tax piace a tutti, ma ha un problema: è sbagliata" in Il Foglio del 12 settembre; C. Bartelli "Web Tax, verso l'Iva digitale UE" in Italia Oggi del 12 settembre.

Molte sono le concause che hanno contribuito a generare questi risultati, ma il punto di crisi è coinciso proprio con l'affermarsi dei nuovi modelli di *business* nella versione altamente 'sofisticata' che essi presentano nelle imprese *Over the Top* della *new economy*. E ciò si è verificato non solo perché si tratta di modelli rispetto ai quali i vigenti *standards* internazionali di tassazione, elaborati quasi un secolo fa, non erano (e non sono) più adeguati; ma anche perché si sono facilmente 'adattati' a schemi di pianificazione fiscale aggressiva basati su interpretazioni formalistiche e artificiose di questi stessi *standards*, che sono state favorite dal *gap* tra la dimensione sovranazionale dell' 'impresa globale' e i ristretti confini nazionali del diritto e, soprattutto, dalla competizione fiscale 'sleale' di alcuni Paesi membri dell'Unione che, per attrarre investimenti, hanno garantito 'porti sicuri' di transito di redditi non tassati o di rifugio di redditi 'apolidi', sfruttando a proprio favore tutti i vantaggi del mercato unico e delle libertà comunitarie nel contesto 'asimmetrico' di 28 differenti sistemi e autorità fiscali nazionali.

Ed è una competizione tra Stati membri che non si gioca affatto sui differenziali di aliquote nominali: non si va in Irlanda per godere dell'aliquota del 12,5 per cento. Anzi. La competizione assume carattere 'patologico' perché, nella più assoluta riservatezza, alcuni Paesi membri hanno consentito alle grandi multinazionali digitali di adottare schemi di pianificazione fiscale in grado di fare scendere le aliquote effettive fino allo 0,003 per cento.

Il territorio comunitario, con in testa Irlanda, Lussemburgo e Olanda, è diventato l'"hub" privilegiato di formazione di redditi 'non tassati' o 'apolidi'. Sede privilegiata di un conflitto tra Stati sempre più palese, che, di per sé, potrebbe essere rimosso anche con l'effettiva implementazione – come meglio si dirà - delle misure di contrasto degli schemi di *profit shifting* che derivano da applicazioni patologiche dei principi esistenti. Misure che sono state condivise, a livello OCSE/G20, nel contesto dei lavori del progetto BEPS; e, soprattutto, in sede comunitaria, con le direttive approvate in questi ultimi due anni, all'insegna della trasparenza e del contrasto dell'elusione; oltre che con l'iniziativa della Commissione in tema di aiuti di Stato.

⁹ Cfr. l'articolo di E. Livini su La Repubblica "Ricchi nel mondo, poveri in Italia. I giganti del web beffano le tasse" che ci informa che Facebook, Apple, Amazon, Airbnb, Twitter e Tripadvisor che fanno girare qualche miliardo in Italia "hanno versato in tutto nel 2016 ... 11,7 milioni di euro. La stessa somma pagata ... dalla sola Piaggio."

Diversamente, la risoluzione del conflitto tra gli Usa e il resto del mondo è più complessa: ad un tempo più 'antica' e più 'nuova'. Con riferimento, infatti, alle grandi multinazionali digitali, la tradizionale dialettica tra Stato della residenza e Stati c.d. della fonte viene ad assumere connotati nuovi. Richiede, in prospettiva futura, l'elaborazione *ex novo* di criteri condivisi di attribuzione dei profitti generati dagli *Intangibles* (algoritmi, piattaforme etc) e, soprattutto, la creazione di nuovi principi di collegamento territoriale idonei a ripartire i poteri impositivi in modo coerente con gli attuali fattori che generano ricchezza a beneficio di queste imprese innovative, tra cui assumono autonomo rilievo i 'mercati' a più dimensioni, anche attraverso l'apporto gratuito degli utilizzatori.

Nessuna di queste direttrici d'intervento - la risoluzione, cioè, dei problemi di patologia dell'esistente e la ricerca di nuovi 'nessi' - è di immediata attuazione e, *nelle more*, si fa strada la richiesta di misure 'ponte'.

Se è vero che in un futuro prossimo l'intera economia diventerà digitale, i grandi gruppi *Over the Top* conservano ancora - rispetto ai settori economici tradizionali - caratteristiche del tutto peculiari che amplificano in modo esponenziale i fenomeni di erosione e di distoglimento dei profitti e che, quindi, richiederebbero risposte urgenti in tempi ragionevoli.

Nell'immediato, le proposte che (come quella avanzata da Italia Francia Germania e Spagna in vista dell'Ecofin del 15-16 settembre) mirano ad assoggettare a tassazione, con accise o ritenute, i flussi di ricavi che le imprese digitali realizzano - senza alcuna presenza fisica - sui mercati di tutto il mondo cercano di dare risposte celeri ad entrambi i conflitti cui si è fatto cenno; con il rischio, tuttavia, di ripercuotersi in danno dei consumatori stessi, in particolare ove non fossero attuate in via coordinata da un numero significativo di Paesi.

Dunque, come siamo arrivati a questo punto?

2. Flash back sui vigenti principi di fiscalità internazionale

Gli **standards internazionali di tassazione tuttora vigenti** risalgono, come è noto, agli anni trenta del secolo scorso. Essi si basano, per quanto riguarda la tassazione delle imprese, su tre pilastri: il principio di residenza, la stabile organizzazione e la disciplina dei flussi transnazionali dei c.d. 'passive income', e cioè di interessi, royalty e dividendi.

Ricordo, in estrema sintesi, che la **residenza** di una società aveva assunto un rilievo preminente, ai fini dell'esercizio dei poteri impositivi, in quanto individuava il luogo in cui era situata la sua sede di direzione effettiva in senso sostanziale e ordinariamente accoglieva, ad un tempo, la sede principale di esercizio dell'attività sociale e quella da cui provenivano sia i capitali d'investimento che le decisioni aziendali strategiche. La **stabile organizzazione**, e cioè l'insediamento di una struttura fisica qualificata (materiale o personale) nel territorio di un Paese estero era invece necessaria – per il riconoscimento dei poteri impositivi ad un Paese diverso da quello di residenza – in ragione del fatto che, in mancanza di un radicamento profondo nel territorio 'ospite', non era possibile realizzare volumi significativi di vendite e, dunque, trarne profitti degni di 'attenzione'. In presenza, cioè, di attività svolte all'estero da un'impresa, gli *standards* che erano stati condivisi si fondavano sulla distinzione (che sembrava 'pacifica' alla luce dei previgenti modelli di *business*) tra il *trading with country* (necessariamente marginale e per questo ricondotto alla competenza esclusiva dello Stato di residenza dell'impresa) e il *trading in a country* che, invece, richiedeva la presenza fisica sul territorio e il coinvolgimento dell'impresa estera nell'economia locale. Problemi di comunicazione, barriere valutarie e doganali e l'assoluta mancanza di strumenti informatici imponevano alle imprese che intendessero penetrare un mercato diverso da quello di residenza di insediarsi una struttura qualificata, e cioè una stabile organizzazione o, in alternativa, una società controllata.

Erano, del resto, i tempi in cui una stabile organizzazione riproduceva all'estero la medesima attività esercitata dalla casa madre nel Paese di residenza e in cui gli stessi gruppi di imprese si articolavano in società (controllate da una holding capogruppo), che erano 'sorelle' (o 'nipoti') non solo giuridicamente ma anche sotto il profilo sostanziale. Ciascuna di esse replicava in ogni ordinamento nazionale di residenza tutte le attività rilevanti per la realizzazione dell'oggetto sociale, occupandosi di progettazione, ricerca, produzione, distribuzione, marketing etc.: agendo cioè in base ad un medesimo modello di produttore a rischio pieno. Se si trattava, ad esempio, di un gruppo automobilistico, ciascuna controllata locale progettava e produceva automobili, provvedendo altresì a distribuirle nel Paese o, al più, nei mercati contigui.

I criteri fiscali condivisi negli anni trenta del novecento all'interno della Lega delle Nazioni, in coerenza con questi modelli, stabilirono, dunque, che la *corporate tax* fosse prelevata nello Stato in cui si svolgevano le attività economiche di produzione di beni o servizi (fosse esso lo Stato di residenza o quello di insediamento di una stabile organizzazione o di una controllata) tenuto conto che il processo produttivo delle varie *branchs* o *subsidiaries* era interamente completato in una medesima e ben

individuabile giurisdizione; e in ragione del fatto che questa giurisdizione coincideva, pressoché completamente, con il mercato di destinazione di questi stessi beni e servizi.

Al **'mercato'** non veniva riconosciuto un proprio ruolo autonomo - nella definizione del presupposto per l'esercizio dei poteri impositivi - soprattutto perché il **'Paese del mercato'** non poteva che coincidere con il Paese stesso in cui una società (*stand alone* o *subsidiary* di un gruppo) risiedeva o in cui aveva stabilito una stabile organizzazione.

I Paesi in cui marginalmente erano venduti beni o servizi dell'impresa potevano essere anche numerosi, ma i **'Paesi-mercato'** non potevano che coincidere, in sostanza, con quelli in cui i beni e i servizi venivano prodotti o forniti attraverso una stabile organizzazione o una *subsidiary*.

In questo contesto, operazioni *intercompany* erano regolate dal principio dell'*independent person* anche perché – come già si è detto – le *subsidiaries* di un gruppo non si distinguevano in modo significativo da una società domestica *stand alone* e le vere e proprie transazioni commerciali tra consociate erano limitate e ben lontane dai livelli attuali in cui esse superano, nei gruppi, il 70 per cento del totale delle operazioni di bilancio.

In relazione agli elementi di reddito tipicamente **'passivi'** (in relazione, cioè, ai flussi transnazionali di **interessi e dividendi**, nonché - nei trattati bilaterali di molti Paesi - in relazione ai flussi di **royalty**) si convenne che, proprio perché potevano essere realizzati in una qualsiasi giurisdizione anche senza alcuna presenza fisica dell'impresa, essi dovessero essere soggetti a tassazione concorrente: sia nel Paese della fonte da cui i flussi provenivano (che ha diritto di esercitare in via primaria la propria potestà impositiva attraverso l'applicazione di ritenute sul loro ammontare lordo); sia, in via secondaria, nel Paese di residenza che è, comunque, tenuto a riconoscere il credito per le imposte prelevate dall'altro Stato. Dunque, anche nella impostazione della Lega delle Nazioni – per cui il presupposto impositivo dell'imposta societaria si verifica nel Paese della produzione - il **'mercato'** conservava una propria tutela.

Quando il *business* poteva essere realizzato **'da remoto'** (per usare una terminologia attuale), il Paese del **'mercato'**, nel significato ampio di Paese di provenienza dei clienti e dei flussi di proventi, poteva vantare le proprie autonome pretese impositive attraverso il prelievo alla fonte sugli elementi di reddito che, come gli interessi, i dividendi e le royalty, non richiedevano una presenza fisica del soggetto estero sul

territorio nazionale. Diversamente, quando la realizzazione del *business* (come per i 'ricavi' d'impresa) richiedeva una presenza fisica, i diritti del Paese del 'mercato' erano, comunque, salvaguardati, perché questo Paese coincideva con la giurisdizione in cui i beni e servizi erano prodotti, e in cui quindi globalmente si generava la ricchezza e si verificava il presupposto dell'imposta societaria.

3. I nuovi modelli organizzativi delle multinazionali e il loro impatto sugli standards internazionali di tassazione

La globalizzazione e la digitalizzazione sono all'origine della mutazione genetica della struttura dei gruppi multinazionali degli ultimi decenni.

Hanno enormemente amplificato i problemi di competitività delle imprese, offrendo, nel contempo, opportunità di specializzazione delle funzioni aziendali, prima impensabili, che hanno profondamente modificato i modelli di *business* delle imprese con operatività internazionale.

La **specializzazione** è stata la risposta 'obbligata' delle imprese ai problemi di competitività sollevati dalla globalizzazione; e la informatizzazione crescente ha accompagnato e reso possibile questo processo di trasformazione dei gruppi in un'unica grande impresa globale, 'assisa a cavallo' dei vari Stati sovrani, con funzioni aziendali altamente specializzate attribuite alle sue diverse diramazioni territoriali; un'impresa unitaria integrata, ove ogni unità locale svolge, in modo specialistico, solo una parte del *business* globale. In questi nuovi modelli organizzativi le consociate continuano ad essere 'sorelle' (o 'nipoti') solo giuridicamente, mentre sotto il profilo economico ciascuna presenta caratteristiche proprie rispetto alle altre in quanto svolge una frazione diversa dell'unitario *business*: solo la ricerca o la produzione di alcuni elementi, o la distribuzione, o la logistica o il marketing o la gestione degli *Intangibles*.

Ai fini fiscali, questi nuovi modelli di *business* hanno messo in crisi i tradizionali *standards* di fiscalità internazionale, sotto vari profili.

Anzitutto, la **frammentazione** della produzione nei differenti Stati in cui sono esercitate specifiche funzioni specializzate, integrate a livello sovranazionale, comporta che non è più individuabile un unico luogo di creazione della ricchezza; con l'ulteriore conseguenza che ne risulta **sovertita** ogni tendenziale **coincidenza tra il Paese di produzione e il 'mercato'** di destinazione dei beni e servizi forniti e viene a porsi in

termini del tutto nuovi il problema della quota di reddito che può ritenersi generata in una data giurisdizione.

Ma il **salto di qualità** – nel contesto di processi comuni a tutti i grandi gruppi, compresi i gruppi manifatturieri della *old economy* - interviene con l'ingresso nello scenario internazionale delle **imprese hi tech**.

Con l'affermarsi di attività completamente digitali o multidimensionali, le imprese riescono ad agire ovunque senza la necessità di una presenza fisica; con una operatività che si atteggia come *trading with a country* – non tassabile secondo i criteri attuali ai fini della *corporate tax* – pur comportando una penetrazione massiccia, tipica del *trading in a country*.

In questo contesto, gli stessi **ricavi d'impresa si sono trasformati in elementi 'mobili' di reddito**, in quanto realizzabili da 'remoto' (da una qualsiasi giurisdizione estera) senza una stabile organizzazione o, al più, avvalendosi di strutture 'leggere', come avviene con estrema facilità nei grandi gruppi digitali. Una mobilità che si esprime nel massiccio utilizzo di beni immateriali; nella volatilità delle funzioni dell'impresa, che possono essere svolte senza ricorrere a personale locale (o ricorrendo a scarso personale); nella flessibilità delle opzioni per la localizzazione dei servizi e delle altre risorse; nella mobilità degli utilizzatori della rete.

Per di più, i nuovi modelli economici riescono a **'catturare' direttamente valore dai 'mercati'** sotto un duplice profilo. Tramite le piattaforme digitali, consentono, infatti, la fruizione di prodotti e servizi a domanda del consumatore, senza che le imprese ne debbano stimolare la richiesta con strutture o persone agenti sul mercato. E, ancor più importante, lo sviluppo di dati di massa (**i c.d. Data e Big Data**) che generano ricchezza per le imprese della *new economy* è frutto della partecipazione degli utilizzatori e delle sinergie derivanti dalla loro reciproca integrazione.

Così, nel mentre si accresce, sotto diversi profili, il contributo autonomo del 'mercato' nella generazione della ricchezza, continuano paradossalmente a svilirsi i diritti impositivi che, su quella ricchezza, il 'mercato' può vantare.

I ricavi possono ormai avere la stessa mobilità dei flussi di interessi e *royalty*, ma - a differenza di questi – non subiscono neppure una ritenuta in uscita.

Non solo. L'accresciuta **consapevolezza del valore degli Intangibles** nei processi aziendali (connessa con la fisiologica specializzazione delle funzioni e, ancor più, con l'avvento delle imprese digitali) ha essa stessa contribuito non poco alla crisi del

sistema di fiscalità vigente. Ha favorito la creazione di società *offshore* di pura intestazione e l'utilizzo di strutture contrattuali che, all'occorrenza, consentono di distinguere, all'interno stesso dei 'ricavi' d'impresa, la quota di proventi attribuibile alle tipiche attività di gestione aziendale dalla quota di proventi riconducibile, invece, ai beni immateriali e, quindi, qualificabile come *royalty*. E ciò, ha consentito di sfruttare, attraverso 'triangolazioni' di comodo, le stesse opportunità offerte dal differente trattamento fiscale riservato alle *royalty* nei vari Paesi: alcuni dei quali seguono il principio di tassazione concorrente, applicando le ritenute in uscita, mentre altri non operano ritenute e riservano la potestà esclusiva di imposizione su questi elementi di reddito al Paese di residenza¹⁰.

La valorizzazione del contributo autonomo degli *Intangibles* – particolarmente marcata nelle imprese *Over the Top* - ha travolto l'unitarietà della componente 'ricavi' d'impresa, fin lì considerata come componente riferibile nel suo complesso alla attività di impresa (a pieno rischio), a favore di una visione più 'composita' e per certi aspetti 'camaleontica' che ha contribuito, come oltre si dirà, alla creazione dei cosiddetti redditi 'apolidi', a **svantaggio** ancora una volta **dei Paesi della fonte**.

Non solo. Sono entrate in crisi anche tutte le tradizionali certezze sul **Paese della residenza**, rimasto tale solo in senso giuridico - formale ove non accolga più la sede centrale dell'impresa (essa stessa 'frammentata' in ogni dove), né il luogo di provenienza degli investimenti e dei soci di riferimento, né il luogo in cui effettivamente si prendono le decisioni chiave. Gli attuali strumenti informatici consentono, infatti, di prendere qualsiasi decisione, anche collettiva, dalle localizzazioni più disparate; per non dire del fatto che è, altresì, 'saltata', nel contesto dell'impresa globale, ogni effettiva corrispondenza tra la struttura giuridica dei gruppi e la struttura aziendale¹¹. Il capitale proviene da giurisdizioni *offshore* lontane dal luogo di residenza dell'*ultimate company* oppure da fondi e altri investitori istituzionali (non imprenditori) residenti in Paesi diversi e che non gestiscono l'azienda.

¹⁰ Ricordiamo, al riguardo, che sin dalla bozza del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni, elaborata a Londra nel 1946 - i Paesi più sviluppati (principali esportatori di tecnologia) erano riusciti a far adottare il principio che, per le *royalty*, prevede la tassazione esclusiva nel Paese di residenza del titolare dell'*Intangible*, in luogo della tassazione concorrente che, invece, risulta pattuita nei propri trattati bilaterali da molti Paesi OCSE (tra cui l'Italia), oltre che dai Paesi meno sviluppati che fanno riferimento al Modello ONU.

¹¹ Gli organi che prendono le decisioni chiave in merito alle diverse funzioni aziendali sono diventati 'trasversali'; sono, cioè, espressione di 'Comitati' formati da dirigenti preposti alla specifica funzione, che normalmente non coincidono con gli organi sociali delle diverse *entità*: una situazione che pone in termini nuovi il tema del coordinamento tra organi e il tema della responsabilità amministrativa, penale e tributaria.

Il Paese di residenza mantiene rilievo, nell'economia digitale, come Paese di 'origine' della proprietà intellettuale: tramutandosi esso stesso, almeno tendenzialmente, in un Paese della fonte, che può vantare i diritti impositivi su una quota di profitti dell'impresa globale, se e nella misura in cui questi profitti possano considerarsi generati dalla proprietà intellettuale stessa; in virtù, cioè, del *nexus approach* che lega l'*Intellectual Property* (IP) a quel territorio, piuttosto che in ragione della residenza, e, dunque, del consueto collegamento soggettivo della società titolare.

Ed è qui il cuore del conflitto tra gli USA, da una parte, e l'Europa e il resto del mondo, dall'altra: con i primi che rivendicano **il potere primario**¹² di tassare gli interi extraprofitti generati in tutto il mondo dalle multinazionali digitali, nel presupposto che essi siano attribuibili interamente alla capogruppo che aveva ideato l'algoritmo o altri *IP*; come se la capacità degli *IP* di contribuire alla catena del valore non si arricchisse continuamente con le attività di tutte le entità del gruppo e con l'interazione di clienti e utilizzatori di tutto il mondo.

Infine, questa nuova impresa globale ha generato **il contribuente globale che tuttavia si relaziona a Stati sovrani limitati nei propri confini territoriali nazionali.**

4. Il gap tra contribuente globale e Stati nazionali.

Il 'contribuente globale' produce unitariamente il reddito a livello sovranazionale, ma è fronteggiato da Stati con sovranità limitata all'ambito nazionale e che non sono coordinati tra di loro. **E' venuta meno qualsiasi corrispondenza** tra il luogo di produzione della ricchezza (parcellizzata nell'universo mondo e non più in una singola giurisdizione) e il territorio su cui uno Stato sovrano può esercitare la sua giurisdizione.

Questo gap ha inizialmente costituito un problema che le imprese multinazionali hanno dovuto affrontare da sole.

Il contribuente globale aveva bisogno di 'nuove' regole globali ma continuava a doversi confrontare con Stati nazionali che, non solo, avevano poteri limitati al proprio territorio, ma erano altresì privi (ed occorre riconoscere che così era almeno fino al 2008) di una

¹² In fondo, è proprio questa l'idea che trapela dalla reazione degli USA alla decisione della Commissione europea che ha contestato ad Apple di avere fruito di aiuti di Stato su una massa gigantesca di extraprofitti apolidi, di cui oltre si dirà.

visione d'insieme dei problemi,¹³ oltre che di informazioni e conoscenze idonee. E, soprattutto, di fronte alla crescente inadeguatezza dei vigenti *standards* di fiscalità – fonte di incertezze applicative – hanno lasciato aperti varchi che le imprese si sono, per prime, trovate a gestire.

E' dunque successo che i 'contribuenti globali' hanno avuto l'opportunità di costruire, in modo autonomo, le proprie strategie di pianificazione fiscale, badando ad evitare la doppia imposizione e ad attenersi al rispetto 'formale' delle leggi e principi di fiscalità come fonte di certezza giuridica. Forti della loro struttura sovranazionale, si sono dotati di competenze adeguate a sfruttare il *network* delle oltre 3.000 convenzioni contro le doppie imposizioni esistenti tra i vari Paesi; a trarre vantaggi ultronei dalle stesse direttive comunitarie; ad avvalersi di veicoli societari e istituti giuridici scelti fior da fiore per arbitrare tra le asimmetrie dei differenti ordinamenti e pianificare a livello globale se, dove e quanto pagare di imposte.

Ma anche su questo terreno, il **punto di rottura** è intervenuto coll'ingresso sulla scena internazionale delle imprese della *new economy*. E' con riferimento alla loro operatività, infatti, che gli **standards di fiscalità esistenti si sono più facilmente 'prestati' ad interpretazioni patologiche di puro formalismo giuridico**, con la 'complicità' di alcuni Paesi più attivi in tema di competizione fiscale dannosa, che intendevano catturare nuovi investimenti.

Il **primato dell'economia digitale** nelle più aggressive operazioni di pianificazione fiscale (*Aggressive Tax Planning - ATP-*), volte ad erodere, fino ad azzerarle, le basi imponibili dell'imposta societaria, è strettamente connesso alle caratteristiche che queste nuove imprese presentano. Anzitutto, perché essendo di nuova generazione si sono ovunque strutturate, sin dall'inizio, come un'unica impresa integrata, progettando e localizzando le proprie strutture nei vari Paesi in modo da cogliere tutti i possibili benefici, senza la necessità di complesse e rischiose (quantomeno a livello fiscale) operazioni di ristrutturazione aziendale transnazionali. Ed, inoltre, perché, ove conducano un'attività completamente digitalizzata, non presentano – come già detto – elementi qualificati di radicamento e, quindi, di collegamento fiscale con i diversi Paesi in cui operano (da 'remoto') e da cui traggono le proprie fortune interagendo in modo virtuale con gli utenti. Infine, perché esprimono un potenziale economico superiore al

¹³ Ne è prova il formalismo giuridico del nuovo capitolo IX delle *Guidelines* OCSE sui prezzi di trasferimento che era stato approvato in via definitiva nel 2010: capitolo che ha poi dovuto subire una profonda revisione nel 2015, nel contesto del progetto BEPS, *Action* 8-10

PIL di molti Paesi¹⁴; agiscono in condizioni di monopolio o oligopolio incontrastati e, in cambio di investimenti, sono in grado di ‘dettare’ le proprie regole anche a molti Stati sovrani.

5. La saldatura tra pianificazione fiscale aggressiva dei grandi gruppi e il rafforzamento della concorrenza fiscale dannosa tra ordinamenti

Molti ordinamenti sovrani – non riuscendo a dominare le implicazioni fiscali della globalizzazione e del relativo *gap* di sovranità- hanno cercato in tutti i modi di attrarre le imprese: o garantendo (i c.d. paradisi fiscali) l’esonero piena dalle imposte e, soprattutto, opacità e riservatezza, oppure offrendo (anche Stati Membri dell’Unione) agevolazioni e strumenti di **concorrenza fiscale dannosa** (*Harmful Tax Competition – HTC*) sempre più sofisticati.

Ed è stata questa saldatura tra *Harmful Tax Competition* e *Aggressive Tax Planning* a generare gli schemi più aggressivi di erosione delle basi imponibili, che sempre si sono avvalsi del sostegno ‘riservato’ delle Amministrazioni finanziarie di alcuni Paesi a fiscalità ordinaria. E il **terreno privilegiato per questa saldatura è stata l’Unione europea** nella sua qualità di grande mercato ‘asimmetrico’, con il ruolo determinante di alcuni Stati membri.

Basta ripercorrere, in sintesi, le caratteristiche di ogni perfetto schema di ATP per cogliere questo intreccio tra interessi privati e pubblici, apparentemente contrapposti; per intravedere la competizione tra ordinamenti sovrani: dello Stato della residenza *versus* gli Stati della fonte e di questi ultimi tra di loro. Basta considerare che taluni Paesi, anche europei, offrivano istituti e strutture societarie idonee a rifugiare flussi di dividendi, interessi o royalty (o a favorire ‘triangolazioni’ di comodo a svantaggio sia dei Paesi della residenza che dei Paesi della fonte), per capire come sia stato possibile che si affermassero interpretazioni meramente formalistiche delle stesse regole esistenti (di per sé già inadeguate) fino al limite della ‘patologia’: come si è verificato, in tema di determinazione dei prezzi di trasferimento, con la sottoscrizione di alcuni *ruling* ora oggetto di contestazione ad opera della Direzione generale Concorrenza della UE, e, in particolare, quelli relativi alle imprese digitali.

¹⁴ La capitalizzazione di Apple, Google, Facebook e Microsoft ha raggiunto le stesse dimensioni del PIL di grandi Paesi industrializzati, come, ad esempio, la Francia.

5.1. I tre steps di ogni ordinario schema di Aggressive Tax Planning

Nelle sue diverse varianti, la **pianificazione fiscale aggressiva segue uno schema comune** che si articola in tre differenti *steps* che è utile ripercorrere per una migliore comprensione del fenomeno e della sua saldatura con la concorrenza fiscale dannosa di alcuni Paesi e delle conseguenti strategie di contrasto elaborate in sede OCSE.

Primo step, i Paesi della fonte. L'obiettivo è minimizzare le imposte nei Paesi in cui si svolgono effettivamente le attività economiche e/o vengono forniti beni e servizi, distogliendo profitti lordi o profitti netti.

Per erodere i **profitti lordi**, si pongono in essere strategie di trasferimento delle funzioni più qualificate e di attribuzione - in senso talora meramente giuridico/contrattuale - dei 'rischi' e della proprietà intellettuale a favore di strutture estere del gruppo, opportunamente localizzate in Paesi a bassa o nulla fiscalità, lontano dai luoghi in cui si svolgono attività vere, dove lavorano gli uomini e sono presenti gli *assets* materiali.¹⁵

In questo contesto, hanno giocato un ruolo determinante le attuali regole di determinazione del **transfer pricing** e quelle relative alla **stabile organizzazione**.¹⁶

Non solo. I **profitti netti** (o, meglio, le basi imponibili nette) delle società localizzate nei Paesi a più elevata fiscalità possono essere 'assottigliati' con deduzioni di costi derivanti da 'arbitraggi' su **strumenti finanziari ibridi** (considerati cioè titoli di debito nel Paese in cui si possono dedurre gli interessi passivi e titoli partecipativi nel Paese dell'investitore che può, pertanto, godere del regime di esenzione sui proventi positivi che riceve e che sono considerati 'dividendi'); oppure attraverso l'utilizzo di **società ibride** (fiscalmente trasparenti in un ordinamento e opache nell'altro) o di **società dual residence** che, rispettivamente, possono conseguire effetti di doppia non tassazione o di doppio utilizzo delle perdite.

¹⁵ Le entità del gruppo presenti nei Paesi a fiscalità 'ordinaria' sono regolate con contratti di produzione per conto terzi o contratti di distribuzione a rischio limitato e sono remunerate con il riconoscimento di un semplice *mark up* rispetto ai costi sostenuti: indipendentemente, cioè, dall'ammontare complessivo della ricchezza del gruppo che esse concorrono a produrre e che viene, in definitiva, attribuita, per il suo intero valore residuo, agli *Intangibles* 'segregati' in luoghi lontani.

¹⁶ Il tradizionale principio dell'*separate entity* e il criterio *arm's length* si rivelano poco aderenti rispetto all'attuale livello di integrazione dell'unico 'contribuente globale', in particolare per quanto riguarda l'**allocazione dei rischi**, le **Business Restructuring**, le **transazioni finanziarie** e la remunerazione degli **Intangibles**. Queste regole sono sempre più percepite come strumenti che associano i profitti e le basi imponibili più alle costruzioni e ai veicoli giuridici (presso cui sono stati contrattualmente 'isolati' i rischi d'impresa più significativi o la titolarità formale della proprietà intellettuale) che alle attività reali e possono, quindi, favorire fenomeni di *profit shifting*.

Secondo step, i Paesi di ‘transito’ dei flussi. L’obiettivo è minimizzare o escludere le ritenute alla fonte sui flussi di royalty, interessi attivi e dividendi in uscita e in entrata in ciascuno dei Paesi di ‘transito’, attraverso **triangolazioni** rese possibili dal *treaty shopping* fra le oltre 3.000 **convenzioni** contro le doppie imposizioni esistenti nel mondo o favorite dalle stesse **direttive comunitarie** ‘interessi e royalty’ e ‘madrefiglia’. Oppure, utilizzando titoli e entità ibridi oltre che i **regimi preferenziali** messi a disposizione da vari ordinamenti.

Terzo step, i Paesi di ‘arrivo’ (i paesi della *Parent company*). L’obiettivo è sterilizzare, nei Paesi di residenza della *ultimate company*, l’applicazione della locale disciplina CFC – *controlled foreign company* – attraverso *ruling* con l’Amministrazione di appartenenza o l’utilizzo di altri istituti giuridici di favore, assicurandosi che i profitti realizzati all’estero - rimasti non tassati nei Paesi in cui la ricchezza è prodotta e nei Paesi di ‘transito’ dei flussi di *royalty* e interessi attivi - non debbano immediatamente essere imputati per trasparenza alla Capogruppo e possano tranquillamente rifugiarsi in paradisi fiscali in capo a *IP Company* o *holding* intermedie¹⁷; oppure - all’interno dell’Europa - in una sorta di virtuale ‘olimpio’ transnazionale (come nel caso dei profitti delle controllate irlandesi di Apple) in cui sfuggono a tassazione.

Anche in quest’ultimo passaggio, **eccellono le grandi imprese statunitensi** della *new economy* che seguono, non a caso, politiche che non prevedono distribuzioni di utili, lasciando che i soci *retail* si remunerino, quando e se vogliono, attraverso i *capital gain* realizzati con la cessione delle azioni o, a vantaggio dei grandi speculatori, con massicce campagne di *by back*, di acquisto di azioni proprie¹⁸.

La **crisi fisiologica** del sistema fiscale rispetto ai nuovi modelli è stata accelerata da **elementi patologici** che in origine le erano invece estranei e che sono stati alimentati dalla mancanza di ‘sostanza’, di ‘trasparenza’ e di ‘coerenza’ internazionale, in uno con la competizione fiscale dannosa tra ordinamenti.

¹⁷ L’effettiva distribuzione dei dividendi alla capogruppo è infatti una eventualità spesso solo teorica, soprattutto quando il relativo Stato di residenza si riserva di tassare l’intero ammontare dei dividendi rimpatriati con le ordinarie aliquote dell’imposta societaria.

¹⁸ Per motivi soprattutto fiscali, derivanti dalla esigenza di non distribuire dividendi che sarebbero stati tassati al 35 per cento negli USA (come Paese di residenza della *ultimate company*) senza neppure potere computare in detrazione imposte estere mai pagate nei Paesi della fonte, le grandi imprese *hi tech* remunerano i soci con operazioni di *by back*, cioè di riacquisto di azioni proprie, che ‘cannibalizzano’ le imprese favorendo i soci/speculatori, a svantaggio dei soci che intenderebbero garantire la stabilità dell’investimento. Cfr. al riguardo l’articolo di C. Gatti “*Quel banchetto di 4 mila miliardi che ha ingrassato Wall Street*” in *Il Sole 24 Ore* dell’11 gennaio 2017.

Un *mix* micidiale che, negli schemi più sofisticati delle imprese della *new economy*, ha finito per abbattere l'imposta societaria di gruppo a livelli prossimi allo zero.

6. Il ruolo centrale dell'Unione europea nelle strategie BEPS e nella creazione di redditi 'apolidi'

Il tema, già lo si è ricordato, assume profili del tutto particolari per l'Unione europea, dove più facilmente si sono intrecciati **Aggressive tax planning e harmful tax competition**.

L'Unione è per definizione un **grande mercato "asimmetrico"**: in cui circolano liberamente merci, persone, imprese e capitali, ma in cui continuano a fronteggiarsi e a contrapporsi Stati sovrani autonomi, talora in aperta competizione tra di loro anche sul piano fiscale. Le triangolazioni che meglio garantiscono lo sfruttamento delle opportunità offerte dal *network* delle convenzioni contro le doppie imposizioni e dalle libertà e direttive comunitarie hanno trovato collocazione privilegiata nel cuore stesso dell'Unione, contribuendo a creare *"flussi artificiali di capitali e movimenti artificiali di contribuenti"*¹⁹, per usare le parole stesse della Commissione²⁰.

Anche di recente, nella proposta di direttiva del 21 giugno 2017²¹ sugli Intermediari, la Commissione è ritornata su questa particolare permeabilità del territorio dell'Unione rispetto ai fenomeni di erosione delle basi imponibili, ribadendo che *"la struttura del mercato interno si basa sul principio della libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e del capitale ed è associata ai benefici derivanti dalle direttive sulle imposte sul reddito delle società. Ne consegue che l'attuale livello di protezione del mercato interno è, nel complesso, definito facendo riferimento allo Stato membro più debole. Questo è il motivo per cui un meccanismo transfrontaliero di pianificazione fiscale potenzialmente aggressiva che coinvolge uno Stato membro in realtà ha un impatto su tutti gli altri"*.²²

¹⁹ Cfr. Raccomandazione della Commissione C(2012) 8806 del 6 dicembre 2012 'considerando' n.5.

²⁰ "Piano d'azione per rafforzare la lotta alla frode fiscale e alla evasione fiscale" del 6 dicembre 2012 - COM(2012)722 -. La Commissione aggiungeva altresì che *"l'efficacia della protezione complessiva del gettito fiscale di uno Stato membro trova il suo limite nella risposta più debole di qualsiasi altro Stato membro"*.

²¹ Cfr. la Comunicazione - COM(2017)335 - del 21 giugno 2017 "Recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico delle informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica".

²² Si veda sul punto anche il Rapporto Assonime sulle Multinazionali di novembre 2016 in "Note e Studi" n 17 del 2016, cit. e le citate Relazioni di Stefano Micossi e Ivan Vacca al Convegno di studi "La Fiscalità della Quarta Rivoluzione Industriale" Bologna 24-25 febbraio 2017.

Questo particolare ruolo dell'Unione ha contribuito ad erodere le basi imponibili nazionali di tutti gli Stati membri: sia dei Paesi che cercavano di mantenere la coerenza interna del proprio sistema fiscale, sia di quelli più inclini alla concorrenza, sfidati nella loro capacità di utilizzare la leva delle agevolazioni fiscali per attrarre investimenti veri. La sfida del contribuente globale ai sistemi nazionali ha posto gli Stati di fronte alla alternativa, tra la difesa della coerenza del sistema a prezzo della perdita di competitività e la salvaguardia della capacità di attrazione degli investimenti anche a prezzo di una concorrenza sleale; una concorrenza sleale che all'interno dell'Unione è divenuta nel tempo sempre più opaca – gestita cioè attraverso *ruling taylor made* rigorosamente riservati - per evitare che venissero sollevati problemi di discriminazione o di violazione delle libertà comunitarie.

Nel contempo, come meglio si dirà, questo grande e libero mercato asimmetrico ha scoperto di avere le risorse giuridiche per reagire a questi fenomeni, con l'iniziativa della DG Concorrenza contro pratiche che possono tradursi in aiuti di Stato e con la forza delle direttive in materia di imposizione diretta. Proprio il *gap* tra contribuente globale e Stati nazionali e la dimensione transnazionale dei problemi creano, infatti, i presupposti giuridici di applicabilità del principio di 'sussidiarietà' di cui all'art.115 del Trattato che consente di ampliare le possibilità d'intervento del diritto comunitario nel campo stesso della fiscalità diretta.

La frode e l'evasione fiscali si propongono, ormai, come "*sfide globali che nessun Stato membro può affrontare per conto proprio*"²³.

Prima di ripercorrere le modalità di reazione degli organi comunitari, può essere utile descrivere brevemente i casi più emblematici di *ruling* che la DG Concorrenza ritiene configurino aiuti di Stato, vietati dal diritto comunitario. E ciò, al fine di fare meglio comprendere – indipendentemente dall'esito finale delle controversie in atto – come alcune di queste pratiche, che hanno al centro le grandi multinazionali *hi tech*, abbiano finito per generare veri e propri 'redditi apolidi', non riconducibili ad alcuna giurisdizione e, dunque, non tassati in quanto privi di qualsiasi 'cittadinanza'.

Pratiche che – secondo la valutazione della DG Concorrenza - si sono spinte oltre la soglia in cui la libera competizione, sia tra le imprese che tra gli Stati, cessa di agire come fattore di sviluppo.

Come ha sottolineato Stefano Micossi nella propria Relazione al Convegno su "La Fiscalità della Quarta Rivoluzione Industriale" Bologna 24-25 febbraio 2017,

²³ COM(2012)722 p. 16.

nell'Europa degli ultimi decenni si è incrinata ogni certezza sulla capacità della concorrenza e della competizione, anche fiscale, tra ordinamenti di agire, comunque, come fattore di sviluppo.²⁴

Il principio economico di corrispondenza tra aliquote di imposizione e benefici del sistema Paese nel suo complesso – secondo cui gli investimenti non si spostano semplicemente in funzione del livello delle aliquote - è messo in forte discussione ove si pongano in essere *ruling* in grado di detassare la gran parte dei profitti e di assoggettare alle aliquote domestiche (esse stesse estremamente ridotte) solo piccoli margini di utile.

Si è nel tempo creata, all'interno stesso dell'Europa, una situazione in cui, a fronte di investimenti diretti minimi delle imprese digitali si è riusciti ad ottenere vantaggi notevolmente survalenti. Come dimostrano alcuni casi esaminati dalla DG Concorrenza, il problema non è il diverso livello delle aliquote, ma la determinazione della base imponibile cui esse si applicano.

Ciò che non risulta sufficientemente chiaro dal pubblico dibattito, riportato anche in recenti articoli di stampa, è che le aliquote nazionali (ad esempio l'aliquota della *corporate tax* irlandese del 12, 5 per cento) si applicano ad un piccolo margine di profitto, effettivamente corrispondente al limitato investimento diretto che l'impresa ha effettuato in quel Paese; mentre, attraverso *ruling* segreti e personalizzati, si attraggono basi imponibili altrui che vengono distolti dalle altre giurisdizioni (europee e extraeuropee) di pertinenza: redditi che, in quanto considerati 'apolidi' o, in altri casi, in quanto distratti a favore di veri e propri paradisi fiscali, restano completamente detassati.

In altri termini, un modesto investimento diretto, tassato secondo le ordinarie aliquote del Paese di insediamento, finisce per operare come una sorta di 'cavallo di Troia' per distogliere e detassare l'intero profitto prodotto in un'area geografica ben più vasta,

²⁴ S. Micossi precisa che " *Per lungo tempo si è pensato che le libertà comunitarie di circolazione in un mercato unico tra autonomi paesi nazionali tra loro in competizione non potessero produrre effetti distorsivi e anzi agissero come fattori di sviluppo: l'analisi economica dimostra, infatti, che gli investimenti diretti reagiscono con una certa vischiosità alle aliquote d'imposta e che, in un sistema competitivo, aliquote differenti si giustificano e trovano corrispondenza nel differente livello e nella differente qualità dei location benefits offerti agli investitori. Tuttavia, con l'aumento esponenziale della mobilità del capitale finanziario, il complesso intreccio tra regole di fiscalità non più adeguate ai nuovi modelli di business e pratiche sempre più diffuse di pianificazione fiscale aggressiva hanno aperto nuovi spazi significativi di sfruttamento delle regole europee del mercato interno – in particolare la libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali – per alimentare veri e propri paradisi fiscali all'interno dell'Unione", op.cit.*

facendo scendere il complessivo *effective tax rate* anche molto al di sotto dell'1 per cento; ed è, appunto, il caso – non certo isolato – di Apple e Google in Irlanda.

7. Come si creano i redditi 'apolidi' all'interno dell'Unione

La particolarità degli aiuti di Stato basati relativi ai *ruling* sui prezzi di trasferimento consiste nel fatto che il Paese interessato non ha concesso sussidi propri, ma ha piuttosto garantito l'esenzione su basi imponibili altrui, in tutto o in gran parte.

Evitando in questa sede di entrare nello specifico dei 'tecnicismi' altamente sofisticati che emergono dai documenti della DG Concorrenza,²⁵ i *ruling* concessi da Irlanda, Lussemburgo, Olanda e Belgio ad alcuni grandi gruppi *hi tech*²⁶ seguono il principio di assoggettare a tassazione solo la ricchezza che – in base ai formalismi dei tradizionali criteri di *transfer pricing* – si ritiene che il gruppo abbia prodotto in quel Paese.²⁷

L'incremento esponenziale delle transazioni *intercompany*, che oggi superano il 70 per cento delle operazioni di una consociata, ha posto in termini del tutto nuovi il problema della attribuzione del reddito sulla base del tradizionale principio dell'*independent person* che fa riferimento, come è noto, al prezzo di libera concorrenza che sarebbe stato stabilito tra imprese indipendenti, in una situazione comparabile.

L'impossibilità di utilizzare i metodi di *transfer pricing* tradizionali per mancanza di *comparables* – conseguenza del fatto che le imprese integrate di un gruppo svolgono singole funzioni specializzate che non sono separatamente valorizzate nelle imprese *stand alone* - ha comportato il progressivo utilizzo dei c.d. metodi reddituali e, in particolare, del TNMM (*Transactional Net Margin Method*).

In presenza di attività intercorse tra due consociate che hanno consentito di realizzare un determinato margine di profitto, il TNMM cerca di risolvere nel modo più semplice il problema della attribuzione di una quota di questo margine all'una o all'altra entità. Per

²⁵ Cfr. sul punto Assonime "Note e Studi" n.17/2016, cit.

²⁶ E' il caso di Apple, Amazon, Starbucks o delle disposizioni belghe sull'*Excess Profit Exemption Scheme*

²⁷ "Nel fare questo le disposizioni e gli accordi in questione prendono in considerazione una sola parte della transazione complessiva posta in essere dalle società del gruppo, ossia le attività svolte dalla società o dalla stabile organizzazione del gruppo situate, per l'appunto, in Irlanda e nel Belgio, disinteressandosi del luogo in cui si può considerare prodotto il restante profitto e della circostanza che esso sia o non sia tassato in tale altro luogo; disinteressandosi, cioè, se tali redditi siano sfuggiti a tassazione negli stati in cui sono stati prodotti, a causa di un 'mal funzionamento' dei tradizionali criteri di territorialità. Un approccio, questo, che finisce per creare -ad arte o di default – gli stateless income (i c.d. redditi 'apolidi', Assonime, "Note e Studi", cit. Allegato n.1 pp.1-2.

questo, utilizza un approccio unilaterale che si limita a stimare quale margine potrebbe essere considerato congruo per una sola delle due società che hanno concorso all'attività, e, in particolare, per la società che svolge (o si assume svolga) le funzioni meno complesse; lasciando, invece, che tutto il restante profitto (il c.d. extraprofitto) sia attribuito all'altra consociata che, normalmente, è residente in un 'paradiso' o in una giurisdizione che esenta quel reddito o lo assoggetta a tassi minimi. E questo, senza procedere ad esaminare se questo extraprofitto sia, a sua volta, da considerare congruo rispetto alle funzioni effettivamente svolte da questa seconda consociata: che, anzi, è molto spesso una mera *cash box* o una *IP company* che si limita a detenere capitali o la proprietà giuridica degli *Intangibles*.

L'applicazione 'patologica' di questo metodo, già presente nell'edizione 1995 delle *Guidelines* OCSE sui prezzi di trasferimento,²⁸ ha consentito (anche attraverso accordi con le Amministrazioni) di 'liberare' utili non imponibili per il gruppo ed è all'origine della formazione di molte tipologie dei c.d. "redditi bianchi"; che non sono tassati perché attribuiti ad un 'paradiso' o perché 'apolidi'.

E così, **Apple Sales International** – che fatturava dall'Irlanda tutte le cessioni di prodotti del gruppo effettuate dai negozi Apple sparsi in tutta Europa, Medioriente, Asia e India – era una società costituita secondo il diritto irlandese, ma non era fiscalmente residente in Irlanda in cui asseriva di operare attraverso una stabile organizzazione: era, per la precisione, una società fiscalmente 'apolide', senza residenza cioè in alcuna giurisdizione del mondo. Alla luce di questa sua configurazione, gli accordi conclusi con l'Amministrazione finanziaria prevedevano, dunque, che gli utili che essa realizzava in gran parte del mondo venissero idealmente ripartiti (con il TNMM) tra *branch* e casa madre e fossero, quindi, assoggettati a tassazione in Irlanda soltanto in minima parte; in misura sufficiente cioè a remunerare le funzioni, considerate meramente routinarie, della stabile organizzazione. Quest'ultima era infatti considerata come la parte dedicata alle funzioni più semplici, mentre la titolarità del diritto d'uso della proprietà intellettuale (cioè del marchio Apple) apparteneva giuridicamente alla (fantomatica) sede centrale alla quale era virtualmente attribuito tutto l'extraprofitto: una sede centrale – precisa la Commissione – che "*non era ubicata in nessun Paese, non aveva né dipendenti, né Uffici propri e le cui attività consistevano*

²⁸ Cfr. par. 3.43; e par. 3.18 della edizione del 2010.

*esclusivamente in sporadiche riunioni del consiglio di amministrazione*²⁹: e il cui reddito non era tassato *anywhere*.

Il *ruling* concludeva, infatti, che le funzioni e gli *assets* in grado di generare gli extraprofitti non erano riferibili alla stabile organizzazione e quindi non erano fiscalmente localizzati in Irlanda. Tutti i diritti d'uso degli *Intangibles* (al di fuori del Nord e del Sud America) attribuiti a *Apple Sales International* e alla consorella *Apple Operations Europe* dalla capogruppo statunitense, nel contesto di un accordo di *cost sharing agreement*, erano di pertinenza esclusiva delle rispettive 'sedi centrali' e non delle 'branches'. E ciò, nonostante fossero proprio le *branches* delle due società a 'versare' alla rispettiva sede centrale (attingendoli dalle risorse derivanti dalla propria attività e computandoli in deduzione dalla propria base imponibile) i contributi annuali dovuti alla società statunitense in base al *cost sharing agreement*; per un ammontare che, a partire dai due miliardi di euro del 2011, si era ulteriormente incrementato fino a giungere a finanziare, nel 2014, oltre la metà dei costi delle attività di ricerca svolte dal gruppo negli Stati Uniti.

Sottolinea la Commissione che, in virtù dei *ruling* stipulati con l'Amministrazione finanziaria irlandese, *Apple Sales International* aveva assoggettato a tassazione in Irlanda 50 milioni di euro per il 2011, a fronte di utili per circa 16 miliardi di euro (pari ad un *tax rate* effettivo dello 0,05 per cento dei suoi utili annuali); mentre negli anni successivi l'incremento dell'extraprofitto non tassato (nell'invarianza degli utili, tassati, attribuiti alla stabile) aveva provocato un'ulteriore riduzione del *tax rate* effettivo allo 0,005 degli utili annuali.

La medesima tecnica di estrapolazione di un extraprofitto virtualmente attribuibile a 'sinergie' di gruppo (e come tale non tassato in quanto non di pertinenza di alcuna giurisdizione nazionale) è alla base delle disposizioni belghe dell'**Excess Profit Exemption Scheme**³⁰, che hanno favorito circa 35 società di gruppi multinazionali in cambio di nuovi investimenti e della creazione di posti di lavoro.

Anche in questo caso, dai profitti complessivi della società belga del gruppo veniva separato il piccolo margine che, in base ad una applicazione formalistica del metodo TNMM, poteva essere riconosciuto e tassato in Belgio per le sue attività – qualificate come di mera *routine* – mentre il restante ammontare era considerato derivare (in via

²⁹ Cfr. Comunicato stampa della Commissione del 30 agosto 2016 "Aiuti di Stato; l'Irlanda ha concesso ad *Apple* vantaggi fiscali illegali per un totale di 13 miliardi". Cfr. anche la decisione di avvio dell'istruttoria C(2014)3606 *final* dell'11 giugno 2014.

³⁰ La decisione è stata presa dalla Commissione l'11 gennaio 2016 C(2015)9837 *Final*.

presuntiva e in modo astratto) dalla appartenenza della società ad un gruppo multinazionale e, dunque, generato al di fuori di qualsiasi giurisdizione: un extraprofitto che una società *stand alone* non avrebbe potuto conseguire. Proprio perché idonee a creare – attraverso una variazione unilaterale in diminuzione dell'imponibile - una base imponibile *stateless* non assoggettata a tassazione in nessun Paese, queste disposizioni violerebbero, secondo la Commissione, il principio di libera concorrenza: *“Anche supponendo che una multinazionale generi tali utili in eccesso, in base al principio di libera concorrenza essi dovrebbero essere ripartiti tra le società del gruppo, in modo tale da riflettere la realtà economica e quindi tassati nel Paese in cui sono generati. Tuttavia, in base al regime belga ... essi sono semplicemente scontati unilateralmente dalla base imponibile di un'unica società del gruppo”*³¹

Leggermente meno sofisticato, lo schema utilizzato nel *ruling* di **Amazon** in Lussemburgo perviene allo stesso risultato di 'estrapolare', dalla base imponibile della società lussemburghese del gruppo, una quota di reddito non tassato in alcuna giurisdizione.

Amazon UE Sarl³², la società lussemburghese pagava - per i diritti di sfruttamento del sito *web* su cui avvengono le vendite *on-line* per l'Europa – royalty fiscalmente deducibili ad una società del gruppo in accomandita semplice, stabilita in Lussemburgo ma non assoggettata (in quanto fiscalmente trasparente) all'imposta sulle società. L'ammontare di queste royalty corrispondeva, ancora una volta, all'intero extraprofitto, essendo annualmente calcolate in via residuale, dopo avere estrapolato dai profitti di Amazon UE Sarl un piccolo margine ritenuto congruo rispetto alle sue attività: un margine che era stato stabilito non potesse essere superiore allo 0,45 per cento né inferiore allo 0,55 dei profitti netti.

La differenza, rispetto agli schemi precedentemente illustrati, è costituita dal fatto che l'extraprofitto è qualificato come royalty e non è, in punto di principio, privo di giurisdizione. Esso avrebbe dovuto essere attribuito ai soci esteri, in capo ai quali, tuttavia, la tassazione non avveniva: la società, infatti, trasparente in Lussemburgo, era considerata opaca nel Paese di residenza dei soci e i soci stessi (non residenti) non erano tassati, per trasparenza, neppure in Lussemburgo, per effetto di disposizioni interne di esenzione che si rendevano applicabili in tutti i casi in cui essi non disponessero, *in loco*, di una propria stabile organizzazione.

³¹ Comunicato stampa dell'11 gennaio 2011

³² Cfr. la decisione di avvio della decisione del 7 ottobre 2014.

La Commissione contesta la qualificazione, a titolo di royalty, attribuita all'extraprofitto proprio in ragione del fatto che il presunto canone è calcolato annualmente in via residuale, come differenza, cioè, tra i profitti reali registrati da Amazon UE Sarl e il margine imponibile fissato nell'accordo di ruling. E, ancora, la Commissione giudica che questo margine sia insufficiente a remunerare le funzioni svolte dalla Amazon UE Sarl che sarebbero - solo apparentemente - poco complesse; mentre l'altra entità cui l'extraprofitto è, invece, attribuito non avrebbe svolto alcuna effettiva funzione, tranne concedere in licenza diritti di proprietà intellettuale che essa non aveva neppure sviluppato.

Altro caso, emblematico, è il *ruling* stipulato dai Paesi Bassi nel 2008 (e valido dieci anni) con la società **Starbucks EMEA BV** (SMBV), appartenente all'omonimo gruppo statunitense, che si occupa di torrefazione e rivendita di caffè e altri prodotti e concede in licenza il marchio anche a terzi.

Con riferimento a SMBV che ha uno stabilimento di torrefazione ad Amsterdam, l'Amministrazione finanziaria aveva accettato che la sua remunerazione annua fosse determinata applicando una percentuale di ricarico tendenzialmente fissa su una base di costi molto limitata rispetto ai costi complessivi³³ e che il restante ammontare dell'utile d'esercizio fosse deducibile (extra contabilmente) dalla base imponibile a titolo di royalty. Queste royalty, a fronte della licenza di diritti di proprietà intellettuale relativi alla torrefazione, erano pagate (senza applicazione di ritenute) alla consociata inglese Alki LP³⁴, che era una società in accomandita semplice, priva di dipendenti e a sua volta partecipata da altre società a responsabilità limitata, prive esse stesse di dipendenti. Fiscalmente, si trattava di una società 'ibrida' - trasparente per la giurisdizione di residenza (UK) e opaca per la giurisdizione di residenza dei soci (USA) - che, tenuto conto delle sue caratteristiche, non era assoggettata a tassazione, in base alle leggi vigenti, in nessuna delle due giurisdizioni; né ai fini, cioè, della *corporate tax* UK, né in capo ai soci in USA³⁵; né subiva in Olanda la ritenuta alla fonte sulle royalty.

La Commissione contesta sia la qualificazione a titolo di royalty dell'ammontare dell'extraprofitto attribuito ad Alki LP, sia la quantificazione del margine riconosciuto a

³³ Sono compresi il costo del personale e gli ammortamenti, ma non gli altri costi tra cui il costo delle merci vendute.

³⁴ Cfr. Decisione (UE) 2017/502 della Commissione del 2 ottobre 2015, par.51.

³⁵ Emerge dalla decisione, infatti, che Alki LP è stata aggiunta al gruppo per "motivi fiscali" legati agli Stati Uniti (par. 329 che richiama il considerando 107 della decisione di avvio della procedura)

SMBV in applicazione del metodo TNMM, nel presupposto, non dimostrato, che proprio SMBV fosse da considerare la consociata meno complessa.

Sul primo punto, la Commissione osserva come non vi fosse alcuna relazione tra la royalty e il valore della relativa proprietà intellettuale e che la migliore prova di questa evidenza era costituita dal fatto che l'ammontare annualmente pagato a titolo di royalty costituiva una percentuale molto variabile dei ricavi di SMBV oscillante tra l'1-10 per cento e il 30-40 per cento³⁶. E che, grazie all'uso del TNMM nell'analisi dei prezzi di trasferimento, la c.d. royalty corrispondeva in realtà all'extraprofitto. Gli utili stessi d'impresa - realizzati da SMBV in misura superiore al predetto piccolo margine - venivano *“trasformati in una royalty deducibile dalle imposte”*³⁷ E, ancora, *“La royalty pagata da SMBV ad Alki LP per la proprietà intellettuale relativa alla torrefazione in un contesto infragruppo sembra servire strutturalmente soltanto allo scopo di trasferire ad Alki LP gli utili derivanti dall'attività di rivendita di SMBV.”*³⁸

In merito, poi, alla quantificazione del margine imponibile in capo a SMBV, la Commissione contesta che SMBV possa essere considerata la entità meno complessa, semplicemente perché i rischi imprenditoriali erano stati trasferiti 'contrattualmente' ad una società, Alki LP, che non aveva personale né svolgeva effettivamente alcuna funzione³⁹. A parere della Commissione il TNMM era stato applicato in modo errato, perché si sarebbero dovute valutare e confrontare le funzioni svolte da ciascuna delle parti coinvolte nelle operazioni; e questo avrebbe consentito di concludere che SMBV - che conservava su di sé molti più rischi d'impresa di quelli

³⁶ *Ibidem* parr. 288-289 e tabella 10

³⁷ *Ibidem* par.160. Inoltre, la Commissione conclude che SMBV non avrebbe addirittura dovuto pagare alcuna royalty, tenuto conto che questi diritti relativi alla torrefazione non generano alcun valore per il torrefattore che non può sfruttarli direttamente sul mercato. Il torrefattore è, infatti, tenuto a vendere tutta la produzione ai negozi Starbucks in franchising i quali, a loro volta, corrispondono royalty al gruppo per l'uso del marchio e simili. E la riprova sarebbe data dal fatto che, alle medesime condizioni, nessuna royalty è stata prevista per i torrefattori terzi (parr. 300-313)

³⁸ *Ibidem*, par. 316. Ad ulteriore dimostrazione che non si trattava di vere e proprie royalty, la Commissione mette altresì in evidenza che dal 2010 SMBV è in perdita in relazione alle attività di torrefazione (in conseguenza dell'aumento del margine sui chicchi di caffè forniti da altra società del gruppo) e che il pagamento delle royalty è addirittura 'finanziato' con le attività di vendita di altri prodotti.

³⁹ Osserva, a riguardo, la Commissione (in linea con il *restyling* del Commentario OCSE nel contesto del progetto BEPS) che il rischio d'impresa di qualsiasi società appartenente ad un gruppo non può *“essere eliminato attraverso una riallocazione infragruppo dei rischi attuata semplicemente mediante un contratto. ... Accettare tale affermazione renderebbe priva di sostanza l'applicazione del principio di libera concorrenza per la fissazione dei prezzi delle operazioni infragruppo, dal momento che gli accordi contrattuali sarebbero considerati prevalere sulla realtà economica”* par. 322.

evidenziati nel *ruling*⁴⁰ - è stata erroneamente qualificata come l'entità con le funzioni meno complesse.

In definitiva, SMBV non avrebbe dovuto pagare (né dedurre dall'imponibile) alcun compenso a titolo di royalty, tenuto conto che questa c.d. royalty è semplicemente “una variabile di rettifica determinata dalla combinazione dei profitti contabili di SMBV e dalla remunerazione pattuita” nel *ruling*.

7.1. Elementi comuni e differenze negli schemi di pianificazione delle imprese digitali

Tra gli schemi più utilizzati dalle imprese della *new economy* che, con l'accordo di alcuni Stati membri, generano redditi che si rifugiano in una giurisdizione *offshore* (‘tipo Google’) o ‘redditi apolidi’ privi di giurisdizione fiscale (‘tipo Apple’), l'**elemento comune** è costituito dal fatto che i ‘ricavi’ d'impresa che affluiscono alla società europea del gruppo, preposta alla fatturazione, derivano da **transazioni** puramente digitali o di commercio elettronico diretto o indiretto intercorse **con clienti terzi** di tutta Europa (senza avere subito nei Paesi di provenienza alcuna tassazione, né a titolo di *corporate tax*, né come prelievo alla fonte sui flussi). **Sono rinvenibili anche alcune differenze di un certo rilievo.**

La digitalizzazione, come già si è detto, ha reso altamente ‘mobili’ e ‘flessibili’ i ricavi delle imprese *hi tech* che, non solo possono essere realizzati da remoto anche senza alcuna presenza fisica nei Paesi di consumo, ma sono altresì facilmente tramutabili in flussi di royalty o, comunque, in extraprofitti attribuiti agli *Intangibles*. E questo è possibile perché nei corrispettivi di fornitura dei beni e servizi digitali è di gran lunga prevalente la remunerazione riferibile alla proprietà intellettuale rispetto alla componente reddituale derivante dallo svolgimento di ordinarie attività d'impresa.

In questo nuovo contesto, si sono create le condizioni per arbitraggi connessi al differente trattamento fiscale di queste due componenti, che si sono tradotti in accordi e pratiche di competizione fiscale dannosa che alcuni Paesi membri dell'Unione hanno pattuito per attrarre investimenti. Si è così riusciti a mantenere la caratterizzazione dei corrispettivi come ‘ricavi’ d'impresa (non imponibili in mancanza di una stabile) in ‘uscita’ dai Paesi a fiscalità ordinaria, rivendicando, poi, in precise giurisdizioni ‘d'ingresso’ la ‘scissione tra queste due componenti: e ottenendo, in tal modo, che rimanesse assoggettata a *corporate tax* soltanto la quota di reddito derivante dalle attività d'impresa a basso rischio svolte nella giurisdizione; mentre il restante

⁴⁰ *Ibidem* parr.322 e 364-378.

extraprofitto, attribuito all'*Intangible*, restava non tassato sulla base, fondamentalmente, di due diverse tipologie di schemi.

In un primo schema (tipo Google), l'extraprofitto è compensato dalle royalty (passive) riconosciute a favore di ordinamenti *offshore* (in cui risiede, libera da imposte, la *IP company*) attraverso triangolazioni di comodo tra Paesi che consentono che il trasferimento stesso dei flussi di royalty avvenga in esenzione da qualsiasi ritenuta.⁴¹ In alternativa, come **variante** di questo stesso primo schema, lo stesso extraprofitto affluisce a titolo di royalty attive ad entità ibride della stessa UE che, a determinate condizioni, non sono assoggettate a tassazione dallo Stato di residenza (neppure, per trasparenza, in capo ai soci); né sono tassate nello Stato di residenza dei soci che considera l'ente opaco (come nei **casi di Amazon o Starbucks** etc.).

Un secondo schema (tipo Apple) - più sofisticato - considera che l'extraprofitto sia 'apolide' e per ciò stesso non tassabile *anywhere*, in quanto riferibile, come nel caso Apple a 'sedi centrali' prive di qualsiasi residenza fiscale o in quanto attribuibile a 'sinergie di gruppo' non collegabili ad alcun ordinamento, come nel ricordato regime belga di "excess profit".

In definitiva, **l'elemento comune** di tutti indistintamente questi schemi è la loro capacità di **influire sugli scambi e sulla economia di tutti gli altri Stati membri**, a partire da una postazione privilegiata in Irlanda, Lussemburgo, Belgio etc. La

⁴¹ Uno degli schemi più noti e perfetti' di pianificazione fiscale aggressiva è quello utilizzato da Google c.d. *Double Irish with Dutch Sandwich*. Sulla base di un accordo con IRS, Google ha trasferito i diritti di sfruttamento della propria tecnologia, utilizzabili in tutto il mondo (escluso gli USA) ad una controllata, Google Ireland Holding (Gih), costituita secondo il diritto irlandese, ma residente alle Bermuda noto paradiso fiscale, dove ha stabilito la sede di direzione effettiva. Gih licenzia la tecnologia ad una società olandese, interamente partecipata e costituita in forma di *shell company*, un mero veicolo privo, per statuto, di propri *assets*, dipendenti o effettive attività. L'olandese a sua volta sub licenzia la tecnologia ad un'altra società irlandese del gruppo, la quale, a differenza di Gih è residente in Irlanda dove occupa circa duemila dipendenti e funge, in sostanza, da mero centro di fatturazione dei profitti conseguiti dal gruppo in tutto il mondo (esclusi gli Stati Uniti). Profitti su cui non sono state pagate imposte sul reddito, perché nei vari paesi Google è in grado di operare senza avvalersi di strutture qualificabili come stabili organizzazioni (sui flussi relativi a prestazioni di servizi non si applica neppure la ritenuta in uscita). D'altra parte, anche l'Irlanda si limita ad assoggettare a tassazione al 12,5 % utili estremamente modesti perché la seconda irlandese, cui affluiscono i proventi miliardari del business contabilizza e deduce le royalty passive pagate alla olandese: royalty su cui l'Irlanda non preleva ritenute alla fonte in base al proprio ordinamento interno sui flussi destinati a società europee. A sua volta l'olandese trattiene solo una modesta *fee* e corrisponde le royalty alla capogruppo alle Bermuda senza applicazione delle ritenute in uscita perché l'Olanda esenta da ritenuta anche i flussi verso paradisi. La triangolazione attraverso le irlandesi e la olandese consente la completa detassazione dei profitti.⁴¹ Senza la triangolazione europea non ci sarebbe alcun vantaggio ad evitare le imposte nello Stato della fonte a beneficio di quello di residenza.

principale differenza consiste, invece, nel fatto che, mentre nello primo schema (tipo Google) i flussi di redditi 'bianchi' si rifugiano in un vero e proprio 'paradiso' fiscale (sede della *IP Company*), negli altri tipi di *arrangements* (varianti del primo schema e secondo schema) i flussi non tassati o divenuti 'apolidi' restano – insieme alla relativa liquidità - in Europa, con ripercussioni, se possibile ancor più pesanti, sul sistema finanziario ed economico del mercato unico.

E con questa evoluzione delle pratiche di concorrenza fiscale dannosa di nuova generazione **si sono create le condizioni per l'intervento della DG Concorrenza** che ne contesta la natura di aiuti di Stato.

8. Il nuovo intreccio tra pratiche di concorrenza fiscale dannosa, redditi 'apolidi' e aiuti di Stato

Le recenti contestazioni della DG Concorrenza richiedono qualche riflessione sul rapporto tra schemi di pianificazione fiscale e aiuti di Stato; sugli elementi di novità rilevabili negli schemi e pratiche di nuova generazione, che sono idonei a tramutare un semplice vantaggio fiscale in un beneficio selettivo in grado di incidere e distorcere gli scambi.

Si intravede una precisa **linea di demarcazione** tra, da un lato, i regimi fiscali *harmful* della fine degli anni novanta (che erano stati oggetto di stigmatizzazione, sia in sede OCSE che a livello europeo, ma senza mai essere considerati aiuti di Stato)⁴² e, dall'altro, gli attuali regimi di *ruling* che ora vengono contestati anche dalla DG concorrenza.

Il principale elemento di discriminazione è, infatti, ravvisabile nel fatto che questi ultimi regimi si rivolgono a società inserite nell'economia del Paese ospite, a partire dal quale realizzano ricavi miliardari con vendite di beni e servizi sui liberi mercati di tutta Europa e di altre importanti aree del mondo; società che svolgono da remoto attività *core* da cui conseguono elementi attivi di reddito da economie terze e non semplicemente ricavi infragruppo per attività finanziarie o amministrative tra consociate (come nel caso, ad esempio, dei vecchi centri di coordinamento) o che si limitano a detenere passivamente partecipazioni o *assets* immateriali e finanziari.

⁴² Cfr. il *Report* OCSE del 1998 *Harmful Tax Competition* e il *Consolidated Application Note* del 2004. In sede UE era stato approvato il "Code of Conduct on Business Taxation" con Risoluzione dell'Ecofin del 1 dicembre 1997 recante misure di *soft legislation*, per impedire il crearsi di nuove situazioni di concorrenza fiscale derivanti sia da disposizioni normative che da pratiche amministrative (principio dello *status quo*) e per smantellare, in una seconda fase, quelle esistenti (principio dello *hold-back*).

Gli istituti fiscali di vantaggio, in essere alla fine degli anni novanta, erano accordati da alcuni Paesi (sostanzialmente gli stessi oggi all'attenzione della DG concorrenza) a società appartenenti a imprese estere a condizione della loro 'segregazione' dalla vita economica del Paese; a condizione cioè che si limitassero a detenere cespiti o a svolgere attività interne al gruppo di appartenenza - al di fuori, quindi, del mercato domestico - proprio per evitare situazioni di conflitto e di concorrenza sleale nei confronti delle imprese domestiche che, invece, agivano sul libero mercato interno e europeo. Il c.d. '*ring fencing*' era uno dei quattro necessari requisiti di ammissibilità delle agevolazioni⁴³ che imponeva alle società del gruppo beneficiare delle agevolazioni di non integrarsi nell'economia locale e addirittura, in molti casi, di non depositare i relativi flussi monetari negli istituti di credito nazionali per evitare ripercussioni sul sistema finanziario interno. Per queste loro caratteristiche questi regimi – pur essendo stati costantemente 'attenzionati' dal gruppo "Codice di Condotta" - non hanno mai creato problemi sotto il profilo del divieto comunitario di aiuti di Stato.

Le precedenti pratiche *harmful* riguardavano, appunto, attività mobili in senso tradizionale e enti con una limitata presenza sul territorio, mentre gli aiuti di Stato, in tanto possono essere considerati tali, in quanto siano destinati a società con attività economiche che effettivamente interagiscono sui mercati e che, proprio per questo, hanno la forza di incidere sugli scambi e di distorcere la concorrenza⁴⁴.

⁴³ Ciò che caratterizzava i regimi fiscali *harmful*, oltre al livello di tassazione basso, erano quattro caratteristiche i) *ring fencing*, isolamento dal mercato locale; ii) *lack of substance*, mancanza di attività economica effettiva o di presenza economica sostanziale; iii) *lack of transparency*, misure fiscali prive di trasparenza "*compresi i casi in cui le norme giuridiche sono applicate in maniera meno rigoroso e in modo non trasparente a livello amministrativo*"; iv) mancanza di scambio di informazioni. A queste caratteristiche si aggiungeva, secondo il Codice di Condotta, la determinazione di prezzi di trasferimento in modo non coerente con i criteri OCSE.

⁴⁴ Tra le pratiche *harmful* più risalenti e quelle di ultima generazione relative alle imprese digitali della *new economy*, i *ruling* sottoscritti dal Lussemburgo tra il 2002 e il 2010, oggetto della inchiesta Luxleaks si pongono in una posizione 'intermedia' sotto il profilo del loro livello di sofisticazione e in considerazione del fatto che le imprese destinatarie sono soprattutto imprese finanziarie tra cui vengono canalizzati centinaia di migliaia di dollari, ma che dispongono *in loco* di una presenza ed attività economiche molto limitate. Sono *ruling* che ancora utilizzano, essenzialmente, strumenti per ridurre i 'ricavi netti' con abbattimenti della base imponibile attraverso i) *bond* ibridi (che - a seconda delle convenienze – il Lussemburgo considera come titoli di debito - qualora si tratti di consentire alle società emittenti la deducibilità degli interessi passivi - oppure come titoli di *equity* - qualora si tratti, invece, di riconoscere alle remunerazioni spettanti agli investitori il regime di esenzione dei dividendi-); ii) quote di ammortamento per avviamenti 'teorici'; iii) modalità di determinazione dei prezzi di trasferimento delle transazioni infragruppo non coerenti con i criteri OCSE condivisi a livello internazionale; iv) applicazioni discrezionali delle disposizioni sul c.d. di *patent box*, il regime di parziale esenzione dei redditi derivanti dalla proprietà intellettuale. Non solo. Il sistema fiscale lussemburghese è stato utilizzato dalle imprese (finanziarie) e dai loro consulenti come una grande '*conduit*' che, dal territorio del mercato comune, veicola flussi in entrata e in uscita dalle

In conclusione, la digitalizzazione dell'economia, con particolare riguardo ai settori tecnologicamente più avanzati, consentendo alle imprese di **agire da remoto sui mercati altrui**, pur con una presenza non invasiva nel Paese ospite, ha infranto anche questo precario equilibrio. Si sono così aperte le strade per l'intervento della DG Concorrenza⁴⁵ che si unisce alle iniziative della TAXUD - la Direzione generale sulla fiscalità – e alla reazione dei Paesi OCSE e del G20 nel contesto del progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

Le contestazioni da parte della DG Concorrenza muovono da questo presupposto, e cioè che alcuni dei *ruling* che hanno interessato le società *hi tech* riguardano attività che incidono attivamente sul mercato europeo distorcendo gli scambi attraverso l'attribuzione di vantaggi selettivi.

La selettività deriverebbe da una non corretta applicazione dei prezzi di trasferimento che genera (con l'uso improprio del TNMM) risultati non conformi al principio *arm's length* di libera concorrenza e consente l'emersione di extraprofiti (o royalty) apolidi a vantaggio dell'intero gruppo, a carico del quale dovrebbe essere fatto valere il recupero⁴⁶.

Il presupposto per la contestazione è che lo Stato in esame avrebbe attribuito al gruppo risorse proprie, sotto forma di minori imposte prelevate rispetto a quelle cui avrebbe avuto diritto. Ma è proprio in questo assunto che consiste la principale 'criticità' di questa impostazione, perché pone il problema di quale sia la giurisdizione alla quale

principali giurisdizioni terze, comprese quelle *offshore*: in grado di favorire le triangolazioni proprie del terzo *step* tipico di ogni schema di ATP. Così l'*effective tax rate* concordato attraverso questi strumenti amministrativi, finora segreti, si attestava attorno all'1 per cento dei profitti⁴⁴, a fronte di aliquote nominali dell'imposta societaria tra il 21,4 e il 22,47 per cento.

⁴⁵ In effetti, sin dalla Comunicazione della Commissione del 10 dicembre 1998 era stata introdotta una sorta di presunzione relativa di esistenza di un aiuto di Stato in tutti i casi di *ruling* amministrativi di natura non meramente interpretativa, chiarendo, in coerenza con una sentenza della Corte di Giustizia (Causa C-241/94), che anche una misura generale può diventare 'selettiva' ove sia applicata individualmente in modo discrezionale. Il punto era, tuttavia, che oltre che 'selettiva' una misura suscettibile di esprimere un aiuto di Stato doveva effettivamente incidere sul libero mercato comunitario. E così è stato, soprattutto, a seguito della pubblicazione di alcuni articoli di stampa che la Direzione Generale Concorrenza della Commissione ha avviato nel mese di giugno 2013 una specifica indagine sui *tax ruling* come potenziali aiuti di stato. Ed è all'indomani della diffusione, ad opera dell'*International Consortium Of Investigative Journalists* (ICIJ), dei dati dell'inchiesta *LuxLeaks* (relativa, come è noto ai 550 *ruling* sottoscritti dal Lussemburgo tra il 2002 e il 2010) che, il 17 dicembre 2014, la Commissione ha deciso di estendere a tutti gli Stati Membri la richiesta di informazioni su tutti i *ruling* sottoscritti tra il 2010 e il 2013

⁴⁶ La Commissione chiede che il recupero dell'aiuto di Stato sia posto a carico dell'impresa globale integrata che nel suo insieme avrebbe beneficiato del vantaggio selettivo

questo extraprofitto avrebbe dovuto essere attribuito⁴⁷. La circostanza che la Commissione, come nel caso di Apple, dica espressamente che l'importo recuperato potrebbe essere ridotto da eventuali accertamenti di altri Paesi (che possano vantare diritti su quei profitti) dimostra che si è perfettamente consapevoli che questi profitti sarebbero di pertinenza, (quantomeno sotto il profilo economico, se non giuridico) di tutti i Paesi -'mercato' europei (o extraeuropei ove la società di fatturazione operi in zone più ampie), da cui derivano i ricavi e da cui operano gli utilizzatori che forniscono dati a titolo gratuito. Non solo. In parte questi stessi profitti potrebbero essere attribuiti anche agli Stati Uniti, non come Paese della residenza, bensì come Paese di origine e sviluppo degli *Intangibles*.

Naturalmente le modalità di questa ripartizione è il grande problema del momento, come anche oltre si dice.

9. La reazione a livello internazionale e l'Action Plan BEPS

Dopo la pubblicazione il 19 luglio 2013 dell'**Action Plan** di contrasto dei fenomeni di *base erosion and profit shifting*, sono state individuate quattro aree di intervento che riguardano *i*) a **sostanza**, per superare i formalismi giuridici che hanno fortemente contribuito all'attuale dissociazione tra i luoghi in cui emergono le imposte e i luoghi in cui effettivamente si svolgono le attività economiche e si produce la ricchezza; *ii*) la **coerenza**, con l'obiettivo di dettare principi di coerenza, soprattutto a livello internazionale, per la tassazione societaria e di **coordinamento tra Stati**; *iii*) la **trasparenza**, o, meglio, il *trade off* tra trasparenza e certezza del diritto per favorire un salto culturale nei reciproci rapporti tra imprese e amministrazioni finanziarie e fra le stesse amministrazioni al loro interno; e *iv*) la **digital economy**, alla ricerca di nuovi criteri di collegamento territoriale adeguati ai nuovi modelli di business nella loro forma più avanzata di cui sono espressione le imprese *hi tech*.

I *Final Reports* relativi alle prime tre macroaree sono stati pubblicati nel mese di ottobre 2015 ed è già in corso la fase di implementazione delle misure sia pure con tempi diversificati, mentre tuttora continuano i lavori sulla *digital economy*.

In sintesi, possiamo dire che le prime tre macroaree operano un ampio e complesso *restyling* dei principi esistenti, all'esito del quale non dovrebbero più verificarsi –

⁴⁷ La difesa di Apple è basata proprio su questa eccezione: si eccepisce che non si sarebbe in presenza di un aiuto di Stato proprio perché l'Irlanda non avrebbe rinunciato a imposte su basi imponibili proprie e quindi non avrebbe concesso agevolazioni con proprie risorse pubbliche.

tendenzialmente – fenomeni di creazione di redditi non tassati o ‘apolidi’ o, in genere, fenomeni di doppia non imposizione. E, invece, rinviato agli approfondimenti tuttora in corso per la quarta macroarea il tema della elaborazione di nuovi principi di collegamento territoriale in grado di intercettare le attuali (e future) modalità di creazione della ricchezza nel contesto dei grandi gruppi multinazionali digitalizzati e di individuare i Paesi che partecipano alla formazione della catena globale del valore, nonché il grado di contributo da ciascuno arrecato, al fine di una equilibrata ripartizione dei poteri impositivi.

In altri termini, i principi di ‘sostanza’ ‘coerenza’ e ‘trasparenza’ dovrebbero costruire un argine contro le ‘migrazioni’ fittizie di basi imponibili e garantire che non si creino - intenzionalmente o per difetto di coerenza e coordinamento - ‘extraprofiti sovranazionali’ esenti da imposizione, con l’auspicabile effetto indiretto di vanificare la costruzione dei più sofisticati schemi di ATP e HTC: se le imposte dovranno (una sola volta) essere pagate è tendenzialmente indifferente, per l’impresa globale, il luogo (o i luoghi) in cui versarle. Dal punto di vista, invece, degli Stati sovrani, ognuno deve potere prelevare le imposte sulla ricchezza che si può considerare prodotta nella propria giurisdizione, ma questo – di come dove e in che misura ogni Paese contribuisce ai profitti d’impresa - è il grande problema dell’attuale contesto che svilisce l’importanza del Paese della ‘residenza’, ma contrappone in forme nuove, da un lato, i Paesi esportatori delle nuove tecnologie (e, in particolare, gli USA) e, dall’altro lato, i Paesi importatori di tecnologia (e tra di essi, la stessa Europa) insieme ai semplici Paesi ‘mercato’, dall’altra.

Ripercorriamo, in sintesi, le misure che sono state elaborate per le prime tre macroaree, partendo da quelle relative alla ‘sostanza’ in più avanzata fase di implementazione.

9.1. La sostanza

Questo principio impone il superamento del *gap* tra imposte e ‘sostanza’,⁴⁸ allineando i redditi con le attività economiche che le hanno generate. Si tratta di misure il cui principale obiettivo è impedire interpretazioni meramente formali dei principi esistenti

⁴⁸ Son comprese in questa macroarea le seguenti **Azioni relative ai prezzi di trasferimento**, in tema di Intangibles (**Action 8**), di allocazione dei rischi e del capitale (**Action 9**), riorganizzazioni aziendali (**Action 10 business restructuring**): le misure previste per queste tre azioni sono state riunite in un unico *Final Report “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”* 25 ottobre 2015. L’area comprende, inoltre, l’**Action 7** per prevenire l’elusione artificiosa dello status di **stabile organizzazione** e l’**Action 6** per prevenire il **treaty abuse** e l’utilizzo delle convenzioni per ottenere la doppia non imposizione.

che, dando rilievo preminente alle costruzioni giuridiche e ai contratti infragruppo più che alla presenza effettiva di attività e persone, hanno favorito l'utilizzo 'patologico' di questi stessi principi, distorcendone l'originaria logica. Si collocano, anzitutto, in quest'area le **Actions 8-10** sui **prezzi di trasferimento** il cui *restyling* non ha richiesto nuove regole, bensì solo una reinterpretazione in senso sostanzialistico delle indicazioni applicative contenute nel Commentario alle **Guidelines** OCSE che, non necessitando di interventi normativi, sono già pienamente utilizzabili. Senza entrare, in questa sede, nei tecnicismi molto spinti che la materia richiederebbe, possiamo limitarci a chiarire che, in base alle nuove indicazioni del Commentario **si contrastano i fenomeni di erosione di 'profitti lordi'**, garantendo che il risultato dei prezzi di trasferimento in tema di *Intangibles*, di allocazione dei rischi e del capitale, o di riorganizzazioni aziendali si allinei più decisamente con la creazione del valore. Ai fini dell'attribuzione dei profitti (o degli extraprofitti) derivanti dagli *Intangibles* assume rilievo, non la mera titolarità giuridica, bensì il coinvolgimento effettivo delle entità del gruppo nelle 5 attività chiave di sviluppo, miglioramento, mantenimento, protezione e sfruttamento dell'IP⁴⁹. Parimenti, si chiarisce che è irrilevante – ai medesimi fini del riconoscimento dei profitti imponibili – l'allocazione contrattuale dei **rischi** o del **capitale** in capo ad una entità del gruppo (che normalmente gode di regimi di esenzione), ove questo non trovi corrispondenza nella effettività dei comportamenti, delle attività svolte etc; e si superano i ricordati formalismi applicativi del metodo TNMM, chiarendo che l'individuazione della entità meno complessa richiede un esame comparativo delle funzioni effettivamente svolte da entrambe le entità interessate e non può basarsi su mere previsioni contrattuali infragruppo. E questi stessi criteri, devono essere osservati in presenza di riorganizzazioni aziendali (**business restructuring**) che, appunto, comportino la riallocazione di *assets immateriali*, capitale, rischi e funzioni.

L'**Action 7** detta regole finalizzate a prevenire l'elusione artificiosa dello status di **stabile organizzazione** facilitata dai nuovi modelli di *business*. Nel contesto di questa azione si prevede solo un *restyling* del concetto vigente di stabile organizzazione che richiede, come è noto, una presenza fisica 'personale' o 'materiale' dell'impresa estera in un determinato territorio; con l'obiettivo di evitare che questa presenza – anche ove

⁴⁹ Quanto alle modalità di ripartizione della quota dei profitti attribuibili all'IP tra le varie società del gruppo che vi contribuiscono, è tuttora in corso di elaborazione in sede OCSE il *Report* sul metodo di ripartizione c.d. *profit split*, che sul punto dovrebbe superare l'applicazione generalizzata del principio della *separate entity* nelle transazioni più complesse. Si va verso il superamento della pratica vigente, che finiva per attribuire al titolare giuridico dell'IP (una IP company in un paradiso o in regime di esenzione), l'intero extraprofitto, lasciando alla società (o alle società che effettivamente concorrevano alla ricerca, sviluppo etc) solo il piccolo margine derivante dalla applicazione formale del metodo TNMM.

effettivamente esistente – si frammenti e si disperda tra le varie entità di un gruppo presenti sul territorio: nelle situazioni in cui ciascuna entità - apparentemente dedita ad attività ausiliaria a scarso valore aggiunto - sia, invece, connessa a tutte le altre nella realizzazione di un unico *business* coeso a favore del gruppo estero, con modalità che solo i nuovi modelli di *business* rendono possibili. Si mettono a fattore comune alcuni dei rilievi sulla **stabile organizzazione 'occulta'** che sono stati contestati in Italia ad alcuni grandi gruppi *hi tech*: regole antiframmentazione, criteri per revisione del concetto di attività 'preparatorie e ausiliarie' etc. che sono in attesa di essere introdotti (da parte degli Stati che lo vorranno) nell'articolo 7 delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni⁵⁰ attraverso la c.d. Convenzione Multilaterale (*Multilateral Instrument*)⁵¹ firmata il 7 giugno u.s. a Parigi da 76 Paesi. Il problema, invece, della eventuale elaborazione di un nuovo concetto di stabile organizzazione adeguato ai nuovi modelli economici e che non richieda la presenza fisica dell'impresa estera o di altro criterio di collegamento non è stato affrontato nell'Action 7 in quanto ancora oggetto di esame nell'Action 1 sulla *Digital Economy*.

L'ultima azione ricompresa nella macroarea della 'sostanza' è l'**Action 6** contro il **treaty abuse**. Sono previste modifiche da inserire nelle convenzioni bilaterali che enunciano in modo esplicito il principio per cui i trattati servono ad evitare le doppie imposizioni e non a favorire le doppie esenzioni. Recano, inoltre, una norma generale antiabuso e una serie di disposizioni *ad hoc*, volte ad escludere la doppia esenzione tramite l'utilizzo di strumenti finanziari ibridi (strumenti di debito per un ordinamento e strumenti partecipativi nell'altro) o entità ibride (entità fiscalmente trasparenti in uno Stato e opache nell'altro opache o entità *dual residence*): modifiche che, in sostanza, prevedono che l'altro Stato contraente tassi (a titolo ad esempio di interesse attivo) un elemento di reddito che il primo Stato ha riconosciuto in deduzione (considerandolo interesse passivo di uno strumento di debito, piuttosto che un dividendo); oppure, in alternativa, richiedono che il primo Stato non consenta la deduzione di un elemento di reddito (a titolo, per rimanere nel medesimo esempio, di interesse passivo) se l'altro

⁵⁰ In tema di stabile organizzazione (SO) si procede verso a) la revisione del concetto di attività preparatorie e ausiliare (anche un semplice magazzino può essere una SO in relazione alle caratteristiche del *business* e le attività ausiliarie possono essere SO se essenziali per la relativa attività), la revisione delle attività frazionate etc.; e verso b) il riconoscimento della irrilevanza fiscale degli accordi infragruppo, in relazione alla scelta tra agente e commissionario

⁵¹ E' una **Convenzione Multilaterale** (*Multilateral Instrument*) firmata a Parigi il 7 giugno 2017 dai 76 giurisdizioni e che, una volta che sarà stata recepita dalle disposizioni nazionali di ratifica dei vari Paesi, consentirà di modificare direttamente i trattati bilaterali contro le doppie imposizioni con riguardo alle disposizioni 'accettate' da entrambi i due ordinamenti di riferimento. E' stata concepita come strumento in grado di modificare in poco tempo decine e centinaia di convezioni contro le doppie imposizioni senza la necessità di riaprire le negoziazioni bilaterali.

non lo tassa considerandolo dividendo: misure queste che i Paesi OCSE, del G20 e altri Paesi del mondo si sono impegnati ad inserire come '*minimum standards*' nelle proprie convenzioni attraverso la richiamata Convenzione Multilaterale e che entreranno in vigore – come per le misure sulla stabile organizzazione – all'esito dei procedimenti nazionali di ratifica.

9.2. La coerenza interna e internazionale

Come detto, ogni schema di pianificazione fiscale aggressiva è stato reso possibile, tra l'altro, dalle differenze e/o dalle vere e proprie lacune esistenti nei vari ordinamenti nazionali che creano ampie possibilità di arbitraggio (intenzionali o, anche, non intenzionali).

A livello 'domestico', la coerenza si basa, come è noto, sul principio per cui un elemento deducibile per un contribuente è tassabile in capo ad un altro, tranne che il legislatore non abbia intenzionalmente stabilito che esso sia del tutto esente, al fine di incentivare determinate attività o tutelare determinati soggetti. Non c'è un analogo principio di coerenza a livello internazionale, ed è questo l'obiettivo cui mirano le Azioni comprese in questa macroarea, che si preoccupano di contrastare fenomeni di doppia non imposizione sia ove derivino, ad iniziativa delle imprese, dallo sfruttamento delle asimmetrie (non intenzionali) esistenti tra i sistemi e dalla mancanza di coordinamento interstatale; sia ove siano stati intenzionalmente progettati dai Governi in funzione di competizione fiscale dannosa; e ciò attraverso regole di coordinamento che mirino a creare una sorta di disposizioni di *soft legislation* sovranazionali.

In questa macroarea sono comprese le azioni sugli **ibridi**⁵² (**Action 2**) per la parte che riguarda le norme di coordinamento da inserire nell'ordinamento interno dei vari Paesi e sugli **interessi passivi**⁵³ (**Action 4**): e cioè le misure di contrasto dei principali fenomeni di **erosione dei 'profitti netti'**.

⁵² Gli strumenti ibridi sfruttano, già lo si è detto a proposito delle convenzioni, le differenze di trattamento fiscale di una entità o di uno strumento secondo le leggi di due o più giurisdizioni per produrre una mancata corrispondenza di risultati, con l'obiettivo di ottenere doppia deduzione costi, doppio riconoscimento di crediti esteri, deduzione senza corrispondente tassazione. I rimedi sono gli stessi previsti nel contesto delle convenzioni contro le doppie imposizioni (tassazione a fronte della deduzione di un elemento di reddito in altra giurisdizione o esclusione della deduzione di un elemento di reddito non tassato nell'altro Stato)

⁵³ Per evitare l'erosione delle basi imponibili attraverso la deduzione di interessi passivi, si prevede il superamento dell'allocatione contrattuale del debito e la deducibilità degli interessi passivi dove l'impresa effettivamente produce: e ciò attraverso regole di deduzione analoghe a quelle vigenti in Italia, calmeriate in proporzione al ROL.

Ma la parte di maggior rilievo, nella costruzione di regole di coerenza e coordinamento sovranazionale, è affidata alle misure concernenti le **pratiche di competizione fiscale dannosa (Action 5)**. In questo campo è stato trovato un accordo (c.d. di *minimum standards*) che impegna i Paesi OCSE e del G20 a improntare il riconoscimento di eventuali agevolazioni e incentivi fiscali, al criterio dell'**economic nexus approach** che, ponendo riferimento alle attività economiche effettive, è il solo in grado di attrarre investimenti veri e non meramente (o prevalentemente) basi imponibili altrui. Non solo. Poiché le pratiche *harmful* si sono sempre giovate della 'opacità', l'Action 5 prevede lo scambio automatico delle informazioni sui *ruling* transfrontalieri che possano assumere rilievo per altri Paesi.

Infine, alla disciplina delle *controlled foreign companies*, **CFC (Action 3)**⁵⁴, viene riconosciuta una essenziale funzione di 'chiusura' delle eventuali 'lacune' e asimmetrie che dovessero residuare, nonostante l'applicazione delle nuove regole di coerenza e coordinamento tra sistemi. Attraverso la CFC eventuali redditi non tassati potrebbero (alle condizioni date) essere assoggettati a tassazione per trasparenza in capo al soggetto controllante. E ciò, non al fine di

attribuire la gran parte dei redditi (non tassati o apolidi) al Paese di residenza della *ultimate company* (come vorrebbero gli Stati Uniti); bensì al fine di disinnescare, nel contesto dell'unitaria impresa globale, l'incentivo a non pagare le imposte nei Paesi in cui si svolgono le attività. Non vi è dubbio, infatti, che i grandi gruppi sarebbero molto meno propensi a porre in essere strategie per evitare di pagare le imposte nei Paesi della fonte, qualora i redditi ivi prodotti dalle controllate venissero comunque attratti immediatamente a tassazione nel Paese della *Parent company*.

9.3. La trasparenza

Come detto, la gran parte delle pratiche di ATP e di HTC si sono avvalse della più assoluta riservatezza e opacità. La trasparenza è dunque un valore essenziale per il contrasto di questi fenomeni nella sua duplice declinazione che riguarda, da un lato, la trasparenza delle imprese verso le Amministrazioni finanziarie e, dall'altro, la trasparenza delle Amministrazioni finanziarie tra di loro.

Sono, infatti, comprese in questa macroarea l'**Action n. 13** che prevede che i grandi gruppi multinazionali presentino annualmente una rendicontazione (**Country by**

⁵⁴ In sede OCSE, gli Stati non hanno tuttavia trovato un accordo su una disciplina CFC comune che, infatti, non è ricompresa tra le misure c.d. *minimum standards*.

Country Reporting) che fotografi, a livello globale, la localizzazione delle attività economiche, degli *assets* e del personale, la ripartizione dei profitti e delle imposte effettivamente dovute e pagate in ciascun Paese. Inoltre, **l'Action n. 12** detta alle imprese regole di **comunicazione** (*disclosure*) degli **schemi di pianificazione fiscale** suscettibili di essere considerati aggressivi.

Per converso, tenuto conto che l'insieme delle azioni BEPS potrebbero creare dubbi interpretativi e fenomeni di doppia imposizione, **l'Action. 14** prevede una sorta di *trade off*, lo scambio cioè tra trasparenza e certezza, con il miglioramento delle procedure **MAP** (*Mutual agreement procedure*), per risolvere questi fenomeni tra le Amministrazioni interessate, anche con il ricorso, in caso di disaccordo, a procedure di arbitrato.

Sul fronte della trasparenza tra Amministrazioni finanziarie, già si è detto che l'Action 5 richiede lo **scambio automatico delle informazioni sui ruling** transfrontalieri. Inoltre - al di fuori del progetto BEPS, ma nel contesto delle medesime iniziative di contrasto del *profit shifting* e delle pratiche *harmful* - è in corso di implementazione lo **scambio automatico** tra amministrazioni di tutte le informazioni finanziarie custodite dalle istituzioni finanziarie di un Paese su soggetti non residenti (c.d. *Common Reporting Standards*)⁵⁵. In questo contesto, assume altresì rilievo **l'Action 11** per la misurazione annuale dei fenomeni BEPS: sono stati elaborati sei indicatori economici (che riguardano, in particolare, l'assenza di relazione tra flussi finanziari e attività economiche reali; le differenze di tassi di imposizione tra imprese multinazionali e imprese nazionali; il trasferimento di profitti attraverso l'utilizzo di *Intangibles* e altri oneri finanziari; il *country by country reporting*) che forniranno nel loro insieme utili valutazioni indirette delle pratiche BEPS.

In conclusione, le misure BEPS delle prime tre macroaree cercano di operare un'intelligente manutenzione dell'esistente per riconciliare imposte e sostanza e di costruire, non certo un diritto globale, ma almeno **regole di coordinamento interstatale basate su coerenza e trasparenza**.

Sotto il profilo della valenza giuridica – a parte le norme interpretative in tema di prezzi di trasferimento dell'**Action 8-10** già applicabili - si tratta, per il resto, di **misure di soft law** che i singoli Paesi dovranno inserire (con margini di differenziazione più o

⁵⁵ Lo scambio automatico delle informazioni finanziarie a livello internazionale attraverso il *Common Reporting Standard* inizia da settembre 2017 per 53 giurisdizioni e si estenderà ad altre 47 giurisdizioni da settembre 2018.

meno ampi a seconda che si tratti di misure condivise come *minimum standards*⁵⁶ o come semplici *common approach* o *best practices*) nella propria legislazione interna e nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, attraverso il richiamato *Multilateral Instrument*: misure la cui implementazione sarà costantemente monitorata e soggetta a *peer review* nel contesto dell'*Inclusive Framework*, un gruppo di lavoro *ad hoc*, incardinato nel Forum Ocse per la trasparenza e lo scambio di informazioni, che raccoglie più di 100 Paesi.

Affronteremo più avanti il tema della digital economy e della esigenza di nuovi criteri di collegamento territoriale.

10. La reazione dell'Unione europea

L'allarme BEPS è scattato sin dai documenti di dicembre 2012⁵⁷ anche a livello della Commissione europea che – a *latere* dell'iniziativa della DG Concorrenza - ha partecipato attivamente ai lavori OCSE, condividendo i contenuti delle 15 azioni.

All'esito di questi lavori, il Consiglio dell'Unione dell'8 dicembre 2015 decise che le azioni OCSE sul BEPS sarebbero state implementate, all'interno dell'Unione europea, non solo con misure di *soft legislation*, bensì ricorrendo decisamente allo strumento della direttiva comunitaria nella complessa materia della fiscalità diretta, nonostante che, in punto di principio, essa rientri nella sovranità di ogni singolo Stato membro. E ciò è possibile, come già detto, alla luce del principio di 'sussidiarietà' di cui all'art.115 del Trattato, in forza del quale è richiesto l'intervento dell'Unione ove si debba disciplinare un fenomeno di natura transnazionale e appaia evidente – per il miglior funzionamento del mercato e per ristabilire la coerenza tra tassazione e formazione

⁵⁶ L'accordo sui *minimum standards* è stato raggiunto sulle materie in cui l'assenza di azione di alcuni Paesi avrebbe creato effetti negativi sugli altri Paesi, soprattutto in tema di competitività. Data l'importanza della concorrenza leale, tutti i Paesi OCSE/G20 si sono impegnati ad implementare in maniera coerente le misure (*minimum standards*) relative all'Action 5 (*harmful Tax Practice*), Action 6 (*treaty shopping*), Action 13 (*Country by Country Reporting - CbCR*) e Action 14 (*Mutual Procedure Agreements- MAP*)

⁵⁷ Ancora prima della pubblicazione del primo *Report* OCSE sul BEPS, nel mese di febbraio 2013, la Commissione aveva pubblicato il 6 dicembre 2012 un pacchetto di misure per rafforzare la lotta alla frode fiscale e alla evasione fiscale. Vedasi, al riguardo, la Comunicazione COM(2912)722 con le Raccomandazioni C82912)8805 e C82012)8806, su mandato affidatole dal Consiglio dell'Unione il 2 marzo 2012. Cfr. inoltre l'*Action Plan* della Commissione del 17 giugno 2015 – COM(2105)302 "*Un regime equo ed efficace per l'imposta societaria nell'Unione europea: i 5 settori principali d'intervento*" e il pacchetto antielusione di gennaio 2016 – COM(2016)23 e COM(2016)24 che si sono tradotti nelle due direttive ATAD1 e ATAD2 – con la raccomandazione COM(2016)271 .

della ricchezza - che una disciplina europea è in grado di creare valore aggiunto rispetto agli interventi unilaterali di fonte nazionale.

Così, in pochi mesi, sono state approvate importanti direttive in tema di fiscalità diretta, alcune delle quali sono già vigenti, mentre altre entreranno in vigore entro i prossimi due anni. Menzioniamo, per quanto riguarda l'introduzione di principi di '**coerenza impositiva**', le due direttive *Anti Tax Avoidance* - **ATAD1**⁵⁸ e **ATAD2**⁵⁹ - in tema di contrasto degli ibridi, CFC, norma generale antiabuso etc – che riprendono le misure condivise in sede OCSE di cui già si è detto, ampliandole per certi aspetti e, soprattutto, dando ad esse forza di legge tra i Paesi membri.

Per quanto riguarda la **cooperazione** e la **trasparenza** delle imprese verso le Amministrazioni finanziarie, e delle Amministrazioni finanziarie tra di loro, sono state approvate le direttive da DAC2 a DAC5 che hanno successivamente modificato la originaria direttiva sulla cooperazione amministrativa 2011/107/UE (DAC1), ampliando notevolmente il perimetro applicativo dello scambio automatico delle informazioni⁶⁰, che ora spazia dalle informazioni finanziarie agli altri elementi di reddito transnazionale, ai *ruling* transfrontalieri fino alle rendicontazioni annuali **Country by Country Reporting** dei grandi gruppi multinazionali. Parimenti verrà garantito il pieno accesso delle Amministrazioni alle informazioni antiriciclaggio. In contropartita, sul fronte della **certezza del diritto**, la direttiva MAP migliora notevolmente l'accesso alla procedura amichevole per risolvere questioni transnazionali che possono generare doppia imposizione, introducendo un obbligo di arbitrato.

Su questi fronti, la strategia della Commissione e del Consiglio dell'Unione è pienamente coerente con le analoghe misure di **coerenza, trasparenza e certezza** condivise nel contesto dell'Action Plan BEPS e si differenzia soltanto per la capacità di imporre, tra i Paesi membri, disposizioni aventi forza di legge.

⁵⁸ Direttiva (UE)1164 del 12 luglio 2016.

⁵⁹ Proposta di direttiva del 25 ottobre 2016 COM(2016)687

⁶⁰ In tema di trasparenza le modifiche alla direttiva sulla cooperazione amministrativa 2011/16/UE (DAC1 che prevedeva lo scambio automatico delle informazioni su cinque elementi di reddito non finanziari dal 2015) sono state apportate dalla direttiva 2014/107/UE sullo scambio automatico informazioni sui conti finanziari (DAC2, a partire dai dati relativi al 2016), dalla direttiva 2015/2376/UE sullo scambio automatico informazioni sui *ruling* transfrontalieri (DAC3 da luglio 2017), dalla direttiva 2016/88/UE sul *Country by Country Reporting* (DAC4 da giugno 2018) e dalla direttiva 2016/2258/UE che ha disposto l'obbligo di garantire l'accesso delle autorità fiscali alle informazioni antiriciclaggio (DAC5).

E', invece, sul tema della **sostanza** - della capacità cioè di individuare regole idonee a ripartire tra le giurisdizioni la quota di profitti a ciascuna spettante, in modo coerente con la sostanza delle effettive attività svolte e del contributo da ognuna recato alla catena del valore - che gli Organi comunitari intenderebbero andare oltre le indicazioni del BEPS e superare, nella prospettiva di un diritto sovranazionale, il tradizionale principio OCSE dell'*independent person*: a beneficio di una **visione unitaria dell'impresa** globale (e non più considerata - quantomeno con riferimento al territorio comunitario - come un insieme di entità giuridiche distinte) e di modalità nuove di ripartizione dei profitti consolidati (europei).

10.1. Il *formulary apportionment* della nuova proposta di direttiva CCCTB versus il *transfer pricing* OCSE

E' stata, dunque, rilanciata⁶¹ una precedente proposta di direttiva su una base comune consolidata per i gruppi d'impresa che superino una determinata soglia di ricavi (**CCCTB**) come soluzione 'olistica' rispetto a questi problemi e agli arbitraggi di *profit shifting*; o addirittura come un'alternativa rispetto ad una eventuale '*digital tax*'. La proposta prevede il consolidamento delle basi imponibili di tutte le entità del gruppo (controllate o stabili organizzazioni) presenti negli Stati membri e la ripartizione della quota di reddito imponibile su cui ciascuna giurisdizione può esercitare i propri diritti impositivi, sulla base di una formula prestabilita in cui assumono rilievo l'ammontare delle **vendite a destinazione** (e, quindi, **i mercati**) e i fattori meno mobili e, cioè, il **costo del lavoro** e gli **assets materiali**. Nella base imponibile consolidata risulterebbero, così, eliminate tutte le transazioni infragruppo e l'impresa verrebbe considerata unitariamente⁶², con il conseguente superamento del principio OCSE dell'*independent person* e l'abbandono dell'intero apparato applicativo del *transfer pricing* che, invece, prevede (anche dopo il *restyling* in senso sostanziale del progetto BEPS) che i profitti siano attribuiti in ragione delle **funzioni**, dei **rischi** e degli **assets**, soprattutto **immateriali**, di ciascuna singola entità.

I principali **limiti** del progetto CCCTB riguardano le difficoltà a comporre le diverse esigenze degli Stati membri in merito alla individuazione e alla ponderazione dei criteri di *apportionment* e il suo **ambito territoriale limitato** all'Unione europea. Inoltre, la

⁶¹ COM(2016)683 del 25 ottobre 2016. La proposta di direttiva prevede un'applicazione in due fasi temporalmente distinte. Prima la base imponibile comune (CCTB) per eliminare le asimmetrie delle differenti regole di determinazione del reddito d'impresa nei vari Paesi dell'Unione; e, in una seconda fase, il consolidamento (CCCTB).

⁶² La proposta presenta una serie di benefici per le imprese (circolazione delle perdite, disapplicazione delle ritenute sui flussi transfrontalieri etc) su cui non ci soffermiamo.

proposta non attribuisce alcun ruolo – ai fini della attribuzione degli utili - agli **Intangibles** (nel presupposto che essi si prestino troppo facilmente ad essere isolati e trasferiti giuridicamente all'interno del gruppo)⁶³, anche se si tratta di fattori che costituiscono *drivers* importanti della catena del valore.

Inoltre, la proposta CCCTB (quanto meno nel suo testo attuale) pur dando rilievo -a differenza delle regole di *transfer pricing* - ai mercati di destinazione di beni e servizi presuppone, pur sempre, che nei Paesi tra i quali viene ripartita la base imponibile del gruppo l'impresa globale sia fisicamente presente con una controllata o con una stabile organizzazione. In ciò non discostandosi affatto dai tradizionali criteri OCSE in un contesto, oltretutto, in forte evoluzione, in cui l'importanza della localizzazione territoriale di molte **funzioni** (anche strategiche) verrà messa in discussione, in un futuro molto prossimo, dalla attività dei **robot**. Parimenti, la CCCTB come le regole di *transfer pricing*, non valorizzano in alcun modo i **nuovi drivers** che concorrono alla creazione della ricchezza, con particolare riferimento ai **Big Data**.

Le regole di ripartizione dei profitti di gruppo in base al principio dell'*independent person* o al *formulary approach* presuppongono, pur sempre, una presenza fisica dell'impresa nella giurisdizione di riferimento, o in quanto soggetto residente o per il tramite di una stabile organizzazione materiale o personale; e presuppone che l'ente (una controllata o una stabile) esercitino nel territorio in cui è insediata **funzioni**, detengano **assets**, controllino e gestiscano **rischi**: tecnicismi che, per quanto rivisitati in senso sostanziale, non possono trovare applicazione ove non sia effettivamente ravvisabile una presenza fisica dell'impresa nei Paesi-mercato da cui, tuttavia, essa ritrae proventi miliardari; né in un contesto in cui molte funzioni (anche strategiche) potranno, in un futuro molto prossimo, essere svolte dai **robots**.

Rivestono, al riguardo, un certo interesse le modifiche alla CCCTB proposte il 13 luglio u.s. nel *Draft Report* del Comitato Affari Economici e Monetari del Parlamento Europeo, le quali mirano proprio a superare i principali limiti che il testo attuale presenta con riferimento ai modelli di *business* della *digital economy*. Si propone, infatti, di assumere, tra i fattori di ripartizione dei profitti, sia gli **assets** immateriali che la raccolta dei **Data**; nonché di rivisitare il concetto di residenza fiscale. Al fine di catturare

⁶³ Questa preclusione verso gli *Intangibles* potrebbe in futuro essere superata alla luce dei criteri fissati nell'Action5 e soprattutto del *nexus approach*. di cui già si è detto. In questo senso si è espresso anche il Parlamento europeo.

le operazioni da remoto, si propone, infatti, di considerare residenti anche le società che raccolgono dati da un Paese sfruttandoli ai fini commerciali⁶⁴.

11. Questioni di prospettiva

Resta tuttora sul campo, in definitiva, il problema più complesso e generale delle nuove frontiere della fiscalità, di come valorizzare il rilievo che hanno oggi assunto nella creazione del valore i 'mercati' (pur privi di presenza fisica) nella loro versione di mercati a doppia dimensione ('*multi-sided*'⁶⁵).

Del resto, non sono certo destinati ad arrestarsi, con lo sviluppo delle stampanti 3D e della robotica, i complessi processi che hanno frantumato l'originaria corrispondenza tra luogo della produzione e luogo di consumo dei prodotti e proposto in modo drammatico il tema della esclusione dei 'mercati' di destinazione di beni e servizi nel contesto della tradizionale ripartizione dei diritti impositivi: e questo, nonostante che nessuno possa dubitare dell'importanza delle vendite per la catena del valore. Anzi, tutto questo si verifica, ripetiamo, in uno scenario in cui cresce in modo esponenziale il contributo apportato alla creazione della ricchezza dai *Big data* e dalla massa di utilizzatori della rete che gratuitamente li forniscono, operando da un determinato mercato attraverso le piattaforme digitali; quelli stessi *Big data* che i giganti del *web* monetizzano vendendoli o fornendo inserzioni pubblicitarie destinate solo alle persone interessate in quel medesimo mercato.

Sotto questo profilo, individuare forme di tassazione dei 'ricavi' potrebbe consentire di valorizzare i contributi di entrambi, utilizzatori e clienti. E, in effetti, anche nei modelli di *business multi-sided* i due mercati di riferimento (quello di coloro che forniscono dati accedendo a Internet, alle piattaforme digitali e ai social network di qualsiasi tipo e quello dei clienti per i servizi di pubblicità o per acquisti *on-line*) sono strettamente correlati e in gran parte riconducibili ad un medesimo Paese-mercato. Il valore apportato gratuitamente dagli utilizzatori e dai dati rafforza il valore dei servizi offerti da una impresa e si riflette, quindi, sui ricavi che essa realizza in quel Paese; quanto

⁶⁴ Il *Draft Report* è stato elaborato da Paul Tang, in vista della Risoluzione del Parlamento Europeo sulla proposta di direttiva CCCTB - 2016/0337(CNS)-. Cfr. sul punto l'articolo di Maricla Pennesi e Giuseppe Zingaro "Il Parlamento europeo detta la linea sulla *web tax*" in Il Sole24Ore dell'8 settembre 2017.

⁶⁵ Un modello *multi-faces* o *multi-sided* è un modello fondato su un mercato nel quale dei gruppi di persone distinte interagiscono grazie ad un intermediario o a una piattaforma e le decisioni di ciascun gruppo influenzano i risultati ottenuti dall'altro, producendo esternalità positive o negative.

meno nella misura in cui il Paese degli utilizzatori trovi corrispondenza con quello dei clienti che pagano per acquisti di beni o servizi.

11.1. Le prime conclusioni sulla *Digital Economy* dell'Action 1: *Final Report 2015*

Su questi temi continua a lavorare, in sede OCSE, il gruppo di lavoro dell'Action 1 sulla *Digital Economy* che, dopo il Report del 2015, dovrebbe produrre un Report definitivo nel 2020 (con un *draft* intermedio nel 2018). Allo stato degli atti, nel Report dell'Action 1 sulla *Digital Economy* del 25 ottobre 2015 è stata prospettata l'idea di costruire un nuovo criterio di collegamento territoriale in cui i 'ricavi' vengano ad assumere - nella definizione del presupposto della *corporate tax* - quel rilievo 'autonomo' che, per i motivi già detti, non hanno mai avuto.

Una delle proposte del Report del 2015 prevede, infatti, di assumere i ricavi realizzati da remoto⁶⁶ come fattore-base (da combinare con altri elementi di natura digitale,⁶⁷ ritenuti indicativi di una interazione costante dell'impresa estera con l'economia di un Paese) per la costruzione di un nuovo *nexus* (la c.d. PES 'presenza economica significativa') su cui fondare l'applicazione della *corporate tax* al soggetto estero e, quindi, la sua tassazione *net-basis*.

La seconda opzione, avanzata dal Report, è l'applicazione di una ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali, e, in particolare, sui pagamenti effettuati da soggetti residenti (e SO di soggetti non residenti) per beni e servizi acquistati *on-line*. Una ritenuta che potrebbe essere applicata sui ricavi lordi a titolo definitivo; o, in alternativa, a titolo d'acconto, come uno strumento preliminare di riscossione per implementare la tassazione sui profitti netti in base al *nexus* PES. Il prelievo potrebbe essere operato direttamente dal cliente nelle operazioni tra operatori professionali (B2B) o dall'intermediario, attraverso cui transitano i pagamenti, nelle operazioni B2C a clienti privati.

Infine, una terza opzione consiste nella introduzione di una **accisa di perequazione - equalisation levy** - sul modello utilizzato in alcuni Paesi per perequare, attraverso un'accisa sui proventi lordi, il trattamento fiscale delle imprese estere con quelle residenti. L'accisa potrebbe applicarsi sui ricavi relativi a tutte le transazioni concluse da remoto con i clienti di un Paese; oppure, in alternativa, potrebbe essere prelevata

⁶⁶ Tutti i ricavi realizzati da remoto (o solo quelli realizzati tramite piattaforme digitali) assumerebbero rilievo al superamento di una soglia sufficientemente ampia e commisurata all'ampiezza del mercato del particolare Paese.

⁶⁷ Ad esempio, la presenza di *a local domain name, o a local digitale platform o local payment options etc.*

sul volume dei dati raccolti relativi e clienti e utilizzatori del Paese o sul numero medio mensile degli utilizzatori (c.d. MAU).

11.2. Riflessioni finali

1. In via generale, la tendenza ad attribuire rilievo ai 'ricavi' realizzati da remoto dalle grandi imprese digitali sembra proporsi come conseguenza necessaria dei nuovi modelli economici. Si discute, semmai, se i **ricavi** debbano rilevare ai fini dell'integrazione del presupposto impositivo della *corporate tax* (come nella PES), oppure ai fini della applicazione di un prelievo sui proventi lordi.

In punto di principio, **l'opzione più appropriata** sarebbe, indubbiamente, la tassazione dei profitti netti generati - senza presenza fisica - in ciascun mercato *multi-sided*, magari con l'applicazione di ritenute sui ricavi a titolo d'acconto. Questa opzione, tuttavia, comporta non solo di dovere costruire e inserire nei trattati bilaterali un nuovo presupposto impositivo (sul modello, ad esempio, della PES);⁶⁸ ma solleva, come più volte detto, il tema dei criteri di attribuzione del reddito a ciascuna giurisdizione, una volta che risultasse integrato il presupposto impositivo.

2. La ricerca di soluzioni strutturali - coerenti con il processo di progressiva digitalizzazione dell'intera economia - non esclude che sia urgente porre rimedio (anche con misure-ponte di breve periodo) alle insostenibili differenze di *tax rate* oggi esistenti tra le imprese *hi tech* e le imprese della *old economy* o di piccole e medie dimensioni.

3. Per quanto riguarda l'Italia, né le proposte legislative tuttora giacenti in Parlamento né l'attuale *web tax* transitoria tutelano in alcun modo i diritti del Paese come importatore di tecnologia e grande mercato di destinazione di beni e servizi digitali. Le norme di recente approvate sono costruite per porre un argine, in un contesto di cooperazione tra imprese e Agenzia delle entrate, a comportamenti finalizzati a non fare apparire come presenti sul territorio stabili organizzazioni di cui invece l'impresa estera effettivamente si avvale: sulla scia delle contestazioni che, anche attraverso il lavoro delle procure, hanno portato Apple, Google ed altri a chiudere alcuni rilevanti accertamenti con adesione. Sotto questo profilo, la *web tax* transitoria di recente approvata può conseguire risultati importanti in attesa che si implementino nei prossimi anni, a livello internazionale, le misure già condivise nel contesto del progetto BEPS e che dovrebbero essere di per sé efficaci contro gli arbitraggi; non è idonea tuttavia a

⁶⁸ Una volta condiviso, il nuovo criterio di collegamento potrebbe naturalmente essere introdotto nei trattati bilaterali attraverso il nuovo strumento della Convenzione multilaterale firmata a Parigi il 7 giugno 2017.

‘catturare’ materia imponibile ove effettivamente l’impresa estera agisca soltanto da remoto⁶⁹.

4. Quantomeno nel breve termine, **l’opzione più semplice** potrebbe essere una qualche forma di **prelievo alla fonte sui ricavi lordi facilmente tracciabili; escludendo** in ogni caso qualsiasi **applicazione unilaterale**. Un prelievo sui ricavi a titolo di imposta sui redditi confliggerebbe senz’altro con le convenzioni contro le doppie imposizioni, un prelievo a titolo di accisa potrebbe confliggere con il diritto comunitario. Inoltre, in un contesto non coordinato con altri grandi Paesi, qualsiasi forma di prelievo sui ricavi lordi - incidendo sulle singole operazioni e non sulla massa dei profitti netti d’impresa - potrebbe facilmente comportare l’immediata traslazione economica⁷⁰ del relativo onere sui clienti e utilizzatori nazionali della rete, come già avviene, in un contesto internazionale asimmetrico, per le ritenute sui flussi in uscita.

3.1. La dichiarazione politica congiunta di Francia Germania Italia e Spagna del 9 settembre 2017

Il 9 settembre u.s. il Ministro Padoan ha sottoscritto una dichiarazione politica congiunta con gli omologhi colleghi di Francia, Germania e Spagna - a sostegno di una iniziativa europea per la tassazione delle imprese dell’economia digitale.

Dopo avere premesso che non può essere ulteriormente accettato che le imprese dell’economia digitale facciano affari in Europa pagando un ammontare minimale di imposte e mettendo a repentaglio l’equità fiscale e la sostenibilità del modello economico e sociale del continente, i quattro Ministri hanno chiesto alla Commissione di verificare la compatibilità con il diritto comunitario di una “*equalisation tax*” da applicare sui ricavi realizzati in Europa dalle società digitali, in modo da riflettere ciò che queste società avrebbero pagato a titolo di *corporate tax*. Pur confermando il supporto ai lavori in corso in sede OCSE - anche in vista del *Report* intermedio sulla *digital economy* atteso per la primavera 2018 - e alla proposta di CCCTB, la dichiarazione è stata presentata alla riunione informale Ecofin del 15-16 settembre a Tallinn e ha ottenuto il consenso di altri sei Stati membri⁷¹ e la forte opposizione di

⁶⁹ La stessa disciplina antielusiva approvata nel Regno Unito, c.d. *Diverted Profit Tax* (DPT), si limita a colpire i profitti ‘distolti’ dal Paese nella sua qualità di Stato della fonte dal quale siano stati impropriamente trasferiti all’estero assets funzioni o attività ivi presenti; se e nella misura in cui questo ‘distoglimento’ si sia verificato.

⁷⁰ In tema di IVA – che pure si applica sulle singole operazioni – ha fatto un certo scalpore in questi ultimi giorni l’appello agli utenti europei lanciato via mail da eBay “Aiutateci a tenere i prezzi bassi. Unisciti a noi e schierati contro la proposta di una nuova normativa fiscale sull’IVA della UE.

⁷¹ Si tratta di Grecia, Austria, Bulgaria, Portogallo, Slovenia e Romania.

Irlanda, Lussemburgo e Olanda. E' stato stabilito che il tema della tassazione delle multinazionali digitali venga nuovamente affrontato nella riunione del 29 settembre dal Consiglio dell'Unione, sulla base della comunicazione della Commissione diffusa il 21 settembre u.s. che illustra le differenti opzioni che, nell'immediato, possono essere valutate,⁷² eventualmente anche nell'ambito di una procedura di cooperazione rafforzata⁷³.

Trovare modalità di tassazione dell'economia digitale - a attivare con misure ponte in tempi relativamente brevi – è divenuta una questione di sostenibilità del sistema fiscale e del *welfare* dei grandi Paesi; una questione di equità nei confronti delle imprese di minori dimensioni e di quelle appartenenti a gruppi multinazionali della *old economy*; di protezione del sistema produttivo oltre che una questione di tutela della democrazia rispetto ai rischi connessi al potere economico e politico conseguente alla concentrazione di immense ricchezze in pochi grandi gruppi

⁷² A Tallinn, l'Estonia ha proposto, invece, di tassare le imprese digitali sulla base dei 'contatti' da un determinato Paese.

⁷³ Potrebbe esservi spazio, come proposto dal Presidente Junker nel suo terzo discorso sullo stato dell'Unione del 13 settembre u.s., per l'approvazione di clausole ponte, da votare a maggioranza qualificata, nel contesto di una procedura di cooperazione rafforzata, su materie che, come il fisco, è richiesta l'unanimità. E ciò proprio per sbloccare, tra gli Stati membri, questioni delicate come la *web tax* e la CCCTB.