



RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

I - 2020

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO
HELBIG LICHTENHAHN

ESTRATTO

RIVISTA TICINESE DI DIRITTO

I- 2020

Francesca Amaddeo

**Approccio unificato e GloBE:
Pilastrici OCSE sull'economia digitale**

CANCELLERIA DELLO STATO DEL CANTONE TICINO

HELBING LICHTENHAHN

Direzione e responsabilità editoriale:

Prof. Dr. Marco Borghi
e-mail: marco.borghi@unifr.ch

Redazione della parte fiscale:

Dr. Andrea Pedroli, Presidente della Camera di diritto tributario
e-mail: andrea.pedroli@ti.ch

incaricati dal Consiglio di Stato

Edita da: Cancelleria dello Stato del Cantone Ticino e
Helbing Lichtenhahn, Basilea (www.helbing.ch)

Distribuzione: – Servizi giuridici del Consiglio di Stato,
6501 Bellinzona (e-mail: rtid@ti.ch)
– Schweizer Buchzentrum, Industriestrasse Ost, 4614 Hägendorf

Coordinamento e allestimento: Gibi Borghi
e-mail: borghi.gibi@bluewin.ch

Stampa: Salvioni arti grafiche, 6500 Bellinzona
e-mail: info@salvioni.ch

Copertina: riproduzione da Cornelia Forster

ISSN 1661-0954 – ISBN 978-3-7190-4365-0 (Helbing Lichtenhahn)
ISBN 978-88-6303-053-2 (Repubblica e Cantone Ticino)

Approccio unificato e GloBE: Pilastri OCSE sull'economia digitale

Francesca Amaddeo*

1. Introduzione
2. Il Primo Pilastro: l'approccio unificato dell'OCSE
 - 2.1. Background
 - 2.2. L'approccio unificato
3. Il Secondo Pilastro: la proposta GloBE
 - 3.1. In sintesi
 - 3.2. Lo stato dell'arte: tra critiche e proposte
4. La posizione della Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI) rispetto all'imposizione dell'economia digitalizzata
5. Riflessioni conclusive

1. Introduzione

La tassazione dell'economia digitale rappresenta la sfida a livello internazionale di questo nuovo anno. Sul finire del 2019, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) ha presentato due proposte di intervento, note come i due «pilastri OCSE», relativi, rispettivamente, al cd. approccio unificato nella tassazione digitale¹ e alla cd. proposta GloBe, acronimo di *Global Anti-Base Erosion*².

* Avvocato, Dottoressa di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali, Ricercatrice presso il Centro competenze tributarie della Scuola Universitaria Professionale della Svizzera Italiana (SUPSI).

¹ OECD, Secretariat Proposal for a «Unified Approach» Under Pillar One – Public Consultation Document, October 2019, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf> (consultato il 10.2.2020).

² OECD, Global Anti-Base Erosion Proposal («GloBE») – Pillar Two. November 2019, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf> (consultato il 10.2.2020).

Entrambe le proposte, delineate nel noto Programma di Lavoro (Programme of Work)³ reso dall'*Inclusive Framework on BEPS (Base Erosion and Profit Shifting)* nel maggio 2019 (ed approvato dai leader del G20 nel giugno 2019), sono state oggetto di pubblica consultazione e, in risposta, sono state ricevute migliaia di pagine di commenti da parte degli attori sul piano internazionale, non certo scevri da polemiche e critiche.

Lo scorso 16 gennaio, la Federazione tedesca delle industrie (*Bundesverband der Deutschen Industrie – BDI*), durante l'annuale seminario sulla tassazione internazionale tenutosi a Berlino, dal titolo «*New World Tax Order for a Digitalized Economy*», ha posto all'ordine del giorno la discussione su questi due pilastri OCSE: da un lato, la sfida relativa all'allocatione dei profitti ed all'applicazione del nuovo *nexus*, dall'altra la proposta per l'introduzione di una norma generale anti-erosione della base imponibile, al pari di meccanismi per la risoluzione delle dispute⁴.

Ancor più di recente, l'*Inclusive Framework* si è riunito il 29 ed il 30 gennaio 2020, rendendo qualche giorno dopo uno *statement* in cui si fa il quadro della situazione, fornendo alcune precisazioni, maturate anche grazie ai commenti ricevuti da parte della comunità internazionale.

Il presente contributo ha lo scopo di ripercorrere, senza alcuna pretesa di esaustività, i lavori svolti – e che sono tuttora in corso – a livello internazionale per arginare le problematiche sollevate dall'economia digitale, ma che presentano ripercussioni ed impongono modifiche dell'attuale complesso normativo.

³ OECD, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, OECD Paris, May 2019, consultabile al <http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm> (consultato il 10.2.2020).

⁴ OLIVER TREIDLER, The train has left the station: OECD tax officials discuss state of play for pillar one and two, MNE tax, January 20th, 2020, <https://mnetax.com/the-train-has-left-the-station-oecd-tax-officials-discuss-state-of-play-for-pillar-one-and-two-37410> (consultato il 10.2.2020).

2. Il Primo Pilastro: l'approccio unificato dell'OCSE

2.1. Background

Già in sede BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), la sfida dell'economia digitale aveva rappresentato una delle pietre miliari della rivoluzione del diritto internazionale tributario. Al *report* sull'Azione 1 BEPS⁵, reso nel 2015, aveva fatto seguito un ulteriore rapporto (dal titolo «*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*», cd. *Interim Report*)⁶.

Il lavoro svolto su mandato del G20 dalla *Task Force on the Digital Economy* (TFDE) ha portato ad identificare una serie di proposte di intervento; queste ultime sono, poi, convogliate, in una breve nota⁷ resa dall'*Inclusive framework* nel gennaio 2019 e presentate come «due pilastri».

Il primo, cd. *Pillar One*, si focalizza su una nuova modalità di ripartizione della potestà impositiva e si propone quale revisione delle attuali disposizioni per garantire una corretta allocazione dei profitti e della *nexus rule*. Il Secondo Pilastro, o *Pillar Two*, invece, riprenderebbe i temi «residui» del BEPS.

Ancora, sempre nel gennaio 2019, l'*Inclusive Framework* ha reso un documento sottoposto a pubblica consultazione⁸ tra febbraio e marzo dello stesso anno, avente ad oggetto il quadro complessivo di tali proposte al fine di conoscere il riscontro degli altri attori sullo scenario internazionale. Nel mese di maggio 2019 è stato adottato il succitato Programma di

⁵ OECD, *Addressing the Tax Challenge of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.

⁶ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2018.

⁷ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note*, as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019, OECD 2019, consultabile a www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf (consultato il 10.2.2020).

⁸ OECD, *Addressing the Tax Challenge of the Digitalisation of the Economy* (nota 7).

lavoro⁹, discusso ed approvato dal G20 nell'estate dello scorso anno. Lo scopo di questo programma era – ed è – quello di evidenziare gli aspetti comuni delle proposte del TFDE e vagliarne l'impatto a livello globale.

Nonostante vengano identificati una serie di problemi «tecnici» che devono ancora essere gestiti e risolti, il Programma di lavoro enfatizza la necessità di trovare un accordo sulla struttura del Primo Pilastro entro i primi mesi del 2020 e di raggiungere un consenso unanime entro la fine dell'anno anche sul Secondo.

Vi è la consapevolezza, a livello internazionale, che in assenza di una simile convergenza sarà impossibile giungere ad una soluzione definitiva, con la conseguente adozione da parte dei singoli Paesi di misure unilaterali. Sui piatti della bilancia, vi sono: (i) l'allocazione della potestà impositiva tra le diverse giurisdizioni, (ii) la rivisitazione di concetti ed elementi fondamentali del sistema tributario internazionale, tra cui, ad es., la stabile organizzazione e l'applicazione del principio dell'*arm's length*; (iii) il futuro della cooperazione in materia fiscale tramite strumenti multilaterali; (iv) la prevenzione nei confronti delle misure unilaterali aggressive; (v) la pressione politica assai intensa sulle multinazionali fortemente digitalizzate.

Di qui, la necessità di costruire un Approccio unificato (o *Unified Approach*), fulcro del Pilastro Uno OCSE.

2.2. L'approccio unificato

2.2.1. La proposta in sintesi: le imprese target

Stando al documento reso dall'OCSE per la pubblica consultazione¹⁰, il Pilastro Uno sembrerebbe indirizzato a tutte quelle imprese, specialmente, multinazionali, che presentano una struttura altamente digitalizzata. La *ratio* sottesa è abbastanza palese: le disposizioni attuali risultano ormai anacronistiche ed inadeguate ad affrontare un nuovo mercato dove la fisicità e la materialità tendono a diradarsi sempre più, lasciando, invece, spazio alla virtualità ed alla volatilità.

⁹ OECD, Programme of Work (nota 3).

¹⁰ OECD, Unified Approach (nota 1).

Nella specie, occorrono nuove modalità di ripartizione della potestà impositiva che consentano di allocare in maniera corretta i redditi laddove vengono prodotti. Tale approccio si pone in linea con l'innovata filosofia di tassare il reddito nello Stato della fonte, distaccandosi dal precedente orientamento che, diversamente, prediligeva l'imposizione nello Stato di residenza.

In questa nuova era digitale, pertanto, occorre avere contezza delle nuove interrelazioni tra imprese e consumatori (inclusi gli utenti)¹¹ i quali riescono a creare valore, in misura rilevante, anche in mancanza di presenza fisica sul territorio. Ciò comporta che vengano prese in considerazione tutte quelle imprese che sono orientate al cliente (cd. *consumer-facing businesses*) intese in senso lato: ad es., quelle imprese che generano reddito fornendo beni di consumo ovvero servizi digitali che siano, comunque, orientati al consumatore¹².

Viene subito in rilievo la difficoltà di individuare una definizione univoca per identificare le imprese *target*, determinando quali vi rientrino e quali, invece, siano suscettibili di stralcio, sollevando una serie di interrogativi di cui si dirà a breve.

Il concetto di *consumer-facing businesses*, frutto di un compromesso tra le iniziali proposte presentate in sede BEPS¹³, risulta alquanto vago ed indefinito, ponendosi apparentemente in contrasto con la natura trasparente ed accessibile cui tende l'approccio unificato. Infatti, risulta alquanto difficile determinare quando un'impresa sia completamente orientata al consumatore, quando non lo sia oppure quando lo sia, ma solo parzialmente¹⁴.

¹¹ Con il termine consumatori, in inglese *consumers*, si intendono i soggetti che acquistano o utilizzano beni o servizi a scopo personale (al di fuori, quindi, della propria attività lavorativa).

¹² Chiaramente, ciò implica anche che vengano escluse dallo spettro applicativo le imprese relative ad alcuni settori, come, ad es., le industrie estrattive.

¹³ Le tre alternative proposte erano l'(i) *user participation*, (ii) *marketing intangibles*, (iii) *significant economic presence*. Per un approfondimento, vedasi OECD, *Addressing the Tax Challenge of the Digitalisation of the Economy*, (nota 7).

¹⁴ Vedasi, in questo senso LEOPOLDO PARADA, *The Unified Approach Under Pillar 1: An Early Analysis*, in *Tax Notes International*, vol. 96, n. 11, dicembre 2019.

Tale identificazione si pone, sin da subito, quale ostacolo alla lineare applicazione dell'approccio unificato che, per sua stessa natura, dovrebbe, invece, presentarsi chiaro e pronto per l'applicazione¹⁵.

Se, infatti, vi è poco margine interpretativo riguardo l'inclusione delle strutture *business to consumer* (B2C), non poche perplessità sono state manifestate, specialmente in sede di commento alla consultazione pubblica, dagli attori operanti nello scenario internazionale su quelle *business to business* (B2B). Infatti, è stato affermato in diversi contributi come, di fatto, non sia possibile escludere con certezza le B2B dalla categoria in oggetto: non è affatto scontato che tali ultime strutture non possano essere considerate quali intermediarie nel rapporto col consumatore o, comunque, scovre da ripercussioni di simile tenore.

Difficile, altresì, l'identificazione di una soglia standardizzata quale discrimine per l'inclusione o meno di una determinata attività nello spettro applicativo dell'approccio unificato. L'OCSE, infatti, ha proposto la soglia di euro 750mio, uniformandosi a quanto previsto per il *Country by Country Reporting* (CbCR)¹⁶. Tuttavia, tale previsione, secondo i commenti ricevuti, oltre che secondo la dottrina, potrebbe essere suscettibile di creare una sorta di discriminazione nei confronti delle società che operano nel mondo digitale, vittime di disparità di trattamento sul mercato. A tale proposito, alcuni autori¹⁷ propongono la statuizione di una soglia minima a livello internazionale, ma lasciando discrezionalità ai singoli Paesi per la definizione di una soglia nazionale proporzionata alle dimensioni del proprio mercato. Altri¹⁸ hanno avanzato l'ipotesi di intro-

¹⁵ Vedasi, PARADA (nota 14); MICHAEL DEVEREUX, *The OECD Pillar One Proposal*, University of Oxford Saïd Business School Blog, ottobre 2019.

¹⁶ Dottrina ha rilevato, tra l'altro, l'inadeguatezza e della previsione di una soglia di tale importo in quanto questa risulterebbe in un'inevitabile discriminazione nei confronti delle società statunitensi: come è risaputo, infatti, la maggior parte delle big tech companies hanno sede negli USA. In questo senso, vedasi ASSAF HARPAZ, *The OECD Unified Approach: Nexus, Scope and Coexisting with DSTs*, Tax Notes International, vol. 96, n. 10, dicembre 2019, pagg. 909-913.

¹⁷ HARPAZ (nota 16), pag. 911

¹⁸ NETFLIX, *Comments on OECD, Unified Approach*, November 2019, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm> (consultato il 10.2.2020).

durre una doppia soglia cumulativa: (i) una, in linea con quella OCSE, pari a euro 750mio di reddito globale conseguito e (ii) l'altra data da una soglia domestica, prevista all'interno di ogni singolo ordinamento, da determinarsi in ragione dei fattori di ogni specifico mercato.

Ulteriore rilievo riveste la prevista esclusione di alcuni settori e tipi di attività, tra cui, come si diceva, industrie estrattive e fornitori di materie prime. Tuttavia, la *ratio* sottesa a tali estromissioni non è del tutto chiara né condivisa dall'opinione pubblica: se, apparentemente, per le industrie estrattive la motivazione potrebbe ravvisarsi nella necessaria presenza fisica della società nel territorio, non si possono trascurare le numerose fattispecie di pianificazione fiscale poste in essere da questo tipo di contribuenti, i quali, spesso, beneficiano di agevolazioni fiscali garantite in ragione dell'attività medesima¹⁹.

Potrebbero potenzialmente esulare dall'applicazione dell'approccio unificato anche i servizi finanziari. Qui, tuttavia, la problematica assume contorni ancora diversi: secondo alcuni²⁰ ad oggi, non è possibile definirne con precisione la natura, secondo altri²¹, invece, i servizi finanziari devono necessariamente essere esclusi per evitare che si pongano questioni «inutilmente complesse». Infatti, a dire delle associazioni di categoria e, in particolare da *Swissbanking*²² e *International Banking Federation (IBFed)*²³, le banche possono svolgere la propria attività solo ed esclusivamente tramite una sede fissa (sia essa la principale ovvero una sussidiaria) previa apposita autorizzazione, soggetta a regole ben precise, non producendo reddito rientrante nella sfera applicativa delle disposi-

¹⁹ PARADA (nota 14).

²⁰ PARADA (nota 14).

²¹ Tra gli altri, SWISSBANKING, Comments on OECD, Unified Approach, November 2019, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm> (consultato il 10.2.2020); INTERNATIONAL BANKING FEDERATION (IBFED), Comments on OECD, Unified Approach, November 2019, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm> (consultato il 10.2.2020).

²² SWISSBANKING (nota 21).

²³ IBFED (nota 21).

zioni in esame. Ne consegue, pertanto, che dovrebbero essere estromesse dalle attività *target*.

Nel diritto tributario, specie se internazionale, occorre porre particolare attenzione alla definizione delle eccezioni e delle deroghe in quanto, spesso, ciò conduce alla creazione di inutili lacune normative suscettibili di essere aggirate e sfruttate in maniera elusiva.

2.2.2. *Il nuovo nexus e l'abbandono dello storico concetto di stabile organizzazione*

Uno dei nodi cruciali dell'approccio unificato è l'innovazione del *nexus*, ossia del criterio di collegamento per l'esercizio del potere impositivo da parte di uno Stato (piuttosto che di un altro), utilizzato sino ad ora. Attualmente, secondo le regole del diritto internazionale tributario, si pensi, ad es., all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni (M-OCSE)²⁴, è quello della stabile organizzazione: tendenzialmente i redditi di un'impresa possono essere tassati solo nello Stato di residenza della stessa, salvo che questa non abbia una sede fissa di affari (*i.e.* una stabile organizzazione o stabilimento d'impresa) in un altro Stato (Stato della fonte) che sia produttiva di redditi. In questo caso, sarà lo Stato della fonte ad imporre tali redditi.

Il concetto stesso di stabile organizzazione, tuttavia, presuppone una presenza fisica, quindi, un *nexus* materiale, criterio di collegamento che viene messo alla prova dalle imprese *tech*, laddove producono redditi in un paese diverso da quello di residenza in carenza di presenza fisica, tramite, ad es, le vendite in remoto.

In quest'ambito viene, quindi, in soccorso la nuova idea di *nexus*, determinato sulla base sì di una presenza, ma di una presenza digitale, la quale deve essere significativa. Ciò implica che il nuovo criterio di collegamento sarà suscettibile di applicazione a tutte quelle imprese che operano in misura importante nel mercato di un determinato Paese, tra-

²⁴ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017, OECD Publishing, Paris, consultabile al https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en, (consultato il 10.2.2020).

mite l'interazione ed il coinvolgimento dei consumatori, indipendentemente dal livello di presenza fisica sul territorio dello Stato medesimo.

La via più semplice, secondo l'OCSE, sarebbe quella di definire una soglia, proporzionata alle dimensioni del mercato, quale primo indicatore della presenza della società sul mercato²⁵. La *voluntas* è quella di creare un collegamento non solo per i modelli d'impresa che svolgono commercio diretto coi consumatori, anche se in remoto, ma anche a quei gruppi che si occupano di commercio indiretto, operando sul mercato tramite un distributore (indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia un'impresa associata o meno). Solo il conseguimento di un siffatto obiettivo consentirà di evitare la discriminazione tra differenti strutture di *business*, ricomprendendo tutte le forme di interrelazione, sebbene operate in remoto, nell'economia di un determinato Paese.

Ciò dovrebbe essere disciplinato da una norma autonoma, posta a monte della definizione di stabile organizzazione, al fine di evitare effetti collaterali sulle disposizioni già esistenti²⁶.

La scelta di restare ancorati ad un concetto di «presenza» appare ragionevole sulla scorta di una semplice riflessione. Questa disciplina viene a porsi in continuità con le tradizionali regole previste per la stabile organizzazione: al pari, infatti, di quanto accade, ad oggi, per vagliare la presenza di una stabile organizzazione «fisica», anche per il nuovo *nexus* si prevede una valutazione relativa alla «presenza» seppur non fisica di un'impresa digitale.

²⁵ Tale soglia dovrà, inoltre, tenere in considerazione determinati tipi di attività, quali, ad es., servizi di inserzioni online, dirette a utenti che si trovano in una diversa giurisdizione diversa da quella di residenza.

²⁶ Per un approfondimento, vedasi MONICA GIANNI, OECD BEPS (In)Action 1: Factor Presence as a Solution to Tax Issue of the Digital Economy, in *Tax Lawyer*, Vol. 72, n. 1, pagg. 255-298; VISHES DHULHOYA, International/OECD – The future of the Permanent Establishment Concept, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, vol. 72, n. 4a/Special Issue, pag. 1-44.

2.2.3. *La nuova disciplina di allocazione dei profitti*

La seconda fase del Primo Pilastro, una volta distribuita la potestà impositiva sulla base del nuovo *nexus*, si preoccupa di determinare la modalità di allocazione dei profitti.

Tendenzialmente a tale quesito sopperiscono le norme convenzionali, nella specie, gli artt. 7, relativo agli utili d'impresa, e 9 per le imprese associate, sia dell'M-OCSE sia del Modello di Convenzione ONU.

Sebbene queste disposizioni siano riscontrabili in quasi tutti i trattati internazionali contro le doppie imposizioni, occorre prendere coscienza della diversità in termini dell'art. 7, la cui interpretazione costituisce spesso la base delle controversie di natura fiscale tra le multinazionali e le autorità fiscali dei diversi Paesi, soprattutto, quando si discute di attività di *marketing* e distribuzione.

Appare chiaro come, di fatto, qualora ci si trovi in presenza di un'attività interamente svolta in mancanza di presenza fisica, ove non venga resa nessuna prestazione materiale, non sia presente alcun *asset* e non venga, di fatto, assunto alcun rischio, risulterebbe quanto mai difficoltoso applicare le norme attualmente in vigore.

Il Pilastro Uno, pertanto, si premura di definire delle nuove regole di allocazione dei profitti che, già nella *Policy Note*, si preannunciava superassero e il principio dell'*arm's lenght* e i limiti delle norme di ripartizione della potestà impositiva legate alla presenza fisica, due pietre miliari del sistema internazionale. Sebbene difficili da conciliare, queste devono porsi in linea con le norme esistenti, soprattutto con quelle sui prezzi di trasferimento, senza creare discrasie ed incrementare l'incertezza del diritto. La sfida si presenta, quindi, assai ardua. L'approccio unificato è finalizzato a (ri)adattare le regole di ripartizione impositiva ai nuovi modelli d'impresa, riconoscendo il diritto alla riscossione delle imposte anche allo Stato in cui si trova il mercato (che, per alcune attività coincide col luogo in cui si trovano gli utenti). A questo scopo, sono stati previsti tre elementi che consentano di quantificare i profitti suscettibili di tassazione in applicazione del nuovo approccio.

Innanzitutto, vi è l'Importo A (*Amount A*): si tratta di una quota del profitto residuale allocato allo Stato del mercato utilizzando un approccio

basato su formule. Tale nuova allocazione della potestà impositiva si applica indipendentemente dalla presenza fisica, avendo riguardo, specialmente, ai servizi digitali automatizzati. Questo valore rappresenta i profitti derivanti dall'attiva e sedimentata partecipazione di un'impresa nel mercato di un determinato Paese, tramite attività svolte in o destinate a quest'ultimo. Nella pratica, calcolati i profitti complessivi di una multinazionale (facendo affidamento sul bilancio consolidato), si applica una formula per determinare i profitti cd. di *routine*. L'importo restante corrisponderà al profitto cd. non-routine²⁷, considerato – per l'appunto – tassabile dallo Stato della fonte

L'Importo B (*Amount B*) si pone, invece, quale soluzione alle ataviche discussioni in tema di prezzi di trasferimento relativamente all'identificazione ed alla determinazione delle funzioni di distribuzione e *marketing* nello Stato del mercato di interesse. La proposta OCSE, infatti, sarebbe quella di prevedere delle remunerazioni fisse basate su un valore-base ipotetico. Questo contribuirebbe, infatti, ad assicurare una maggiore certezza sia per il contribuente sia per le amministrazioni finanziarie. Dottrina²⁸ rappresenta come, a fronte della prassi delle multinazionali di «manipolare» le disposizioni in tema di *transfer pricing*, specialmente nei paesi in via di sviluppo, delle tariffe fisse potrebbero essere un buon compromesso, a patto che venga esplicitata in maniera chiara la modalità di calcolo.

Infine, l'Importo C (*Amount C*) è dato dai profitti derivanti da attività effettuate sul territorio che, però, non siano già ricompresi nell'Importo B. Inoltre, prevede l'introduzione di un meccanismo di risoluzione delle dispute da esperire obbligatoriamente in via preventiva: si tratta, sostanzialmente, di una sorta di arbitrato o di procedura amichevole obbligatoria cui ricorrere nel caso di controversie tra il contribuente e la giurisdizione in cui si trova il mercato di interesse. Secondo la dottrina, tuttavia,

²⁷ OECD, Unified Approach (nota 1), pag. 9, par. 30.

²⁸ PARADA (nota 14), MARTIN HEARSON, The OECD's digital tax proposal: untangling the impact of 'Pillar One' on developing countries, International Centre for Tax and Development Blog, consultabile al <https://www.ictd.ac/blog/the-oecd-digital-tax-proposal-untangling-the-impact-of-pillar-one-on-developing-countries/> (consultato il 10.2.2020).

tale descrizione sembrerebbe forviante: la maggioranza degli Stati in via di sviluppo, infatti, ha fortemente osteggiato una tale prassi²⁹.

Sebbene sia possibile la presenza di ridondanze, occorre tenere presente che i tre importi svolgono una funzione diversa. Gli importi B e C, diversamente dall'Importo A, non creano alcuna nuova «regola» per la ripartizione della potestà impositiva. Ancora, i profitti suscettibili di essere assoggettati ad imposta, potenzialmente allocabili allo Stato del mercato secondo gli Importi B e C, sono calcolati secondo le regole ad oggi esistenti (ivi compresa la presenza fisica) e riflettono gli sforzi fatti per cercare di migliorare l'applicazione pratica dell'*arm's lenght principle*. L'approccio basato meramente su formule, scevro da legami con quest'ultimo, trova applicazione solo in relazione all'Importo A.

Certo, la determinazione di tali valori rappresenta una questione tecnica che dovrà necessariamente essere affrontata al fine di consentire un'implementazione unitaria del Primo Pilastro. Probabilmente per la determinazione dell'ammontare dei profitti che devono essere allocati allo Stato in cui si trova il mercato d'interesse (nella specie, si pensi all'Importo A), si procederà tramite accordo multilaterale, presumibilmente sfruttando l'alto potenziale della Convenzione multilaterale BEPS, nota anche come MLI³⁰.

Non è certo questa la sede per passare in rassegna le singole osservazioni presentate nei commenti, ma si tenga presente che non poche sono state le criticità sollevate, soprattutto, relativamente alle modalità di calcolo, le quali dovranno essere necessariamente attuate in maniera proporzionata, neutrale ed equa.

²⁹ AFRICAN TAX ADMINISTRATION FORUM, «ATAF's Opinion on the Inclusive Framework Pillar One (Including the Unified Approach) and Pillar Two Proposals to Address Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy», consultabile al <https://www.ataftax.org/> (consultato il 10.2.2020).

³⁰ OECD, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> (consultato il 10.2.2020).

2.2.4. *Questioni aperte*

Il Primo Pilastro, quindi, si propone quale miglioria all'attuale struttura del diritto tributario internazionale, in grado di andare oltre il principio dell'*arm's length* e le attuali norme di ripartizione della potestà impositiva che, come si è visto, essendo ancora ancorate alla presenza fisica, necessitano di essere riviste.

Tuttavia, questa proposta OCSE tange inevitabilmente, stravolgendoli, alcuni concetti chiave dell'attuale *framework* operativo, tra cui, come si è detto, la stabile organizzazione e la distribuzione degli utili tra le imprese.

Si tratta di modifiche connotate da un rilievo che non può, certamente, passare in sordina. L'implementazione di questa proposta sembra essere, ormai, data per certa, ma non è possibile tralasciare una serie di considerazioni.

Nella specie, l'adozione del *Pillar One* deve essere coordinata con le norme esistenti e, in particolare, con i trattati attualmente in vigore. Nel momento in cui, infatti, il quadro attuale, invariato da decenni, venisse ad essere completato da un approccio costruito su principi sostanzialmente diversi e «nuovi», inevitabilmente sorgerebbero delle discrasie. Lo scopo dell'OCSE è proprio quello di intervenire senza comportare rotture, di integrare il Primo Pilastro «semplicemente» riadattando le norme esistenti³¹.

Sicuramente gli artt. 5, 7 e 9 del Modello OCSE dovranno essere modificati. A tal fine, la rinegoziazione di tutti i trattati ad oggi in vigore non sembra – a ragione – una scelta attrattiva: probabilmente, come si accennava poc'anzi, si ricorrerà ad uno strumento multilaterale, presumibilmente la Convenzione multilaterale BEPS.

Particolare attenzione, in quest'ambito, dovrà essere data ai metodi per eliminare la doppia imposizione, nucleo delle apposite Convenzioni: il calcolo degli importi succitati e, soprattutto, lo slittamento della potestà

³¹ WOLFGANG SCHÖN, *One Answer to Why and How to Tax the digitalized Economy*, Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, Working Paper 2019 -10, pagg. 1-30.

impositiva dallo Stato di residenza a quello della fonte (ovvero del mercato di interesse) comporta non solo una maggiore cautela nell'applicazione del credito d'imposta e/o dell'esenzione, ma anche una parziale modifica dei metodi stessi.

Dai commenti pervenuti, il metodo che più sembra riscontrare approvazione e consenso è quello dell'esenzione: comporta meno oneri burocratici e garantisce maggiore immediatezza nell'evitare la doppia imposizione.

2.2.5. Applicazione concreta del Pillar One: l'esempio dell'OCSE

In questo senso appare rilevante analizzare brevemente un esempio riportato dall'OCSE nel documento di proposta del *Pillar One*, raffigurato nella figura che segue.

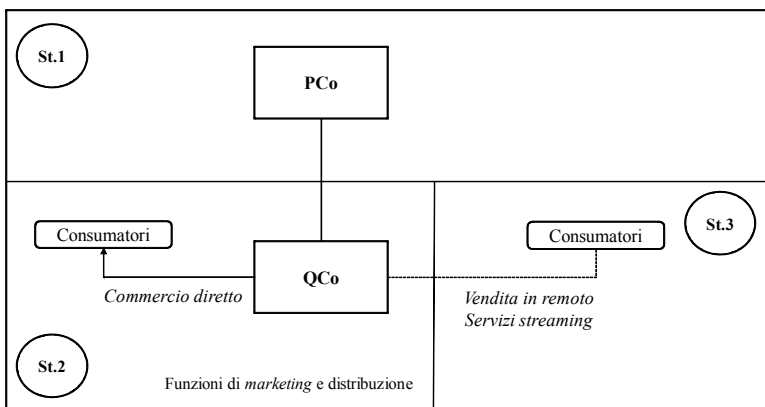


Figura 1: Rielaborazione grafica dell'autrice dell'esempio reso dall'OCSE nel documento per la pubblica consultazione sull'Approccio Unificato (nota 1)

Il contribuente in esame è il gruppo di imprese multinazionale X, fornitore di servizi di *streaming*. Questo gruppo si compone della società madre (PCo), residente dello Stato 1 e di una sussidiaria (QCo) che si trova, invece, nello Stato 2. PCo è la titolare di tutti i beni immateriali del gruppo e ne consegue tutti i relativi profitti. QCo svolge non solo funzioni di *marketing* e distribuzione nello Stato 2, ma qui vende anche servizi di

streaming. Inoltre, vende tali servizi anche in un terzo Stato, Stato 3, ove non vi è alcuna presenza suscettibile di tassazione.

QCo risulta sicuramente fisicamente presente nello Stato 2, a fronte della sua interrelazione con i consumatori in tale Paese (contrattazione e vendita ai consumatori locali), e, di conseguenza, imponibile in tale giurisdizione. Ipotizzando che QCo venda a sufficienza da raggiungere la soglia imponibile prevista, lo Stato 2 avrebbe il diritto di assoggettare ad imposta una porzione dei profitti cd. non-routinari del gruppo X (cioè, l'Importo A). Lo Stato 2 può tassare direttamente il reddito in capo all'entità ritenuta titolare dei profitti non-routinari (nel caso, PCo), con l'eventuale responsabilità in solido di QCo. Lo sgravio dalla doppia imposizione dovrà essere garantito nel momento in cui PCo dovesse richiedere un credito d'imposta o un'esenzione nello Stato 1.

QCo sarà considerata il contribuente principale solo ai fini del calcolo dell'Importo B, ossia relativamente alla remunerazione fissa per le funzioni di *marketing* e distribuzione. Sulle transazioni operate tra PCo e QCo verranno operati gli aggiustamenti in tema di prezzi di trasferimento al fine di eliminare la doppia imposizione.

Infine, qualora lo Stato 2 volesse imporre QCo sui profitti addizionali (secondo il principio dell'*arm's length*) derivanti dalle funzioni di *marketing* e distribuzione (Importo C), dovrà necessariamente garantire l'esperto di una procedura arbitrale e l'eliminazione della doppia imposizione.

Il ragionamento, invece, è diverso se si considera la situazione nello Stato 3. In tale giurisdizione, infatti, non vi è alcuna presenza fisica di QCo, la quale effettua solo vendite in remoto.

Applicando le nuove regole per la ripartizione della potestà impositiva, supponendo che QCo venda, nello Stato 3, a sufficienza per raggiungere la soglia imponibile, anche tale Paese avrebbe il diritto di tassare una parte dei profitti non-routinari del Gruppo X (Importo A), direttamente in capo all'entità titolare dei profitti (nel caso, PCo). Secondo le nuove regole, pertanto, tale fattispecie costituirebbe un collegamento tale da far risultare PCo fiscalmente residente nello Stato 3.

Stante l'assenza di una presenza nel territorio del Paese 3 (non è presente una sussidiaria), l'Importo B non viene calcolato.

Dall'esempio riportato, l'approccio unificato sembrerebbe, tutto sommato, di non difficile applicazione. Tuttavia, la problematica ravvisabile nell'affrontare il caso con il Paese 3 sta in due punti.

Il primo è che nel caso di una società non-residente priva di presenza fisica l'unica modalità – ad oggi – che ne consentirebbe la tassazione sarebbe l'applicazione di una ritenuta alla fonte: tipologia di imposta, tuttavia, ad oggi sconsigliata³².

Il secondo, ma non in termini di importanza, rilievo attiene all'identificazione del contribuente, da intendersi in senso giuridico e non solo come chi paga le imposte. Infatti, secondo l'esempio OCSE, lo Stato 3 dovrebbe rivolgersi a PCo per il pagamento delle imposte. Tuttavia, secondo le regole generalmente applicabile sembrerebbe più ragionevole considerare QCo come contribuente, essendo lei l'operatrice delle vendite in remoto³³.

Il quesito che sembrerebbe apparentemente messo in secondo piano dalla necessità di conseguire il risultato (ossia la riscossione delle imposte anche in assenza di collegamento fisico) non è da sottovalutare. La corretta identificazione del contribuente, quale soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, è essenziale ai fini, anche, dell'individuazione del trattato internazionale da applicare³⁴.

2.2.6. Prime considerazioni

Da una lettura complessiva della discussione internazionale sul Pilastro Uno e sull'approccio unificato, sembra ragionevole ritenere come sicuramente si tratti di un intervento rivoluzionario e, in quanto tale, apprezz-

³² OCSE, Unified approach (nota 1), pag. 10, par. 39

³³ Per un approfondimento ed un'agevolazione alla comprensione dell'esempio proposto, vedasi LORRAINE EDEN/OLIVER TREIDLER, *Insight: Taxing the digital Economy – Pillar One is not BEPS 2 (part 1)*, in *Bloomberg Tax*, Novembre 2019.

³⁴ PARADA (nota 14); PASQUALE PISTONE/JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA/BETTY ANDRADE, *International – The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment*, *International Tax Studies*, 2019, vol. 2, n. 2, marzo 2019, pagg. 1-78.

zato, ma anche duramente criticato. Dall'analisi dei numerosi contributi alla consultazione pubblica è ravvisabile un generalizzato benvenuto alla «riforma» per la tassazione digitale, mostrando apprezzamento per gli sforzi e l'impegno dell'OCSE. L'introduzione, infatti, di un *approccio unificato*, per l'appunto, rappresenta un caposaldo che può contribuire a dare certezza e stabilità all'economia globale, evitando l'adozione di misure unilaterali da parte dei singoli Paesi, le quali stanno già generando confusione e maggiore complessità per i contribuenti e per le amministrazioni finanziarie³⁵.

Vero è che le definizioni sembrano fin troppo vaghe, risultando di difficile comprensione anche per gli interpreti, i quali si trovano in difficoltà a fornire una spiegazione esauriente del concetto di «economia digitale»: la volatilità che la caratterizza renderebbe una qualsiasi esplicitazione già obsoleta.

Il punto di vista delle imprese *big tech*, di multinazionali, centri di studio e ricerca, oltre che degli accademici sembra convergere su alcuni punti ritenuti di essenziale rilievo. L'imposizione, di cui al Pilastro Uno, deve essere, prima di tutto, proporzionale, neutrale, equa ed applicata in modo tale da ricomprendere tutti i tipi di imprese, senza creare discriminazioni né distorsioni³⁶.

L'intervento – sembra l'opinione concorde – deve essere operato solo ed esclusivamente a livello di imposte dirette, colpendo profitti e perdite³⁷.

Un elemento fondamentale per una corretta riscossione delle imposte così applicate è la garanzia di un appropriato metodo per eliminare la doppia imposizione. Come si è detto, infatti, il credito d'imposta e l'esenzione devono essere rivisitati per essere applicati in maniera adeguata ad

³⁵ Ad oggi, infatti, diversi Paesi, tra cui la Francia e l'Italia, hanno già adottato una propria normativa interna per la tassazione dell'economia digitale.

³⁶ OECD, Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 29-30 January 2020, consultabile a <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf> (consultato il 10.2.2020)

³⁷ OECD, Statement (nota 36).

evitare che soprattutto nel calcolo dei tre importi, oggetto dell'approccio unificato, si verificchino ridondanze.

Secondo quanto emerge dai commenti resi, il metodo prescelto sembrerebbe (*i.e.* dovrebbe) essere quello dell'esenzione, il quale consente sia un'applicazione più agevole in termini operativi sia un minore dispendio di risorse per il contribuente e per le amministrazioni finanziarie.

Si auspica, infatti, che il Pilastro Uno venga declinato in una struttura suscettibile di un'applicazione quotidiana nella prassi amministrativa senza aggravare la posizione e del contribuente e dell'amministrazione finanziaria, ivi compresi gli obblighi anche non strettamente fiscali.

Si segnala che, in chiave fortemente critica, si pone il BEPS *Monitoring Group*³⁸, il quale ha seguito sin dalle origini l'evoluzione delle singole Azioni BEPS e la loro implementazione. A suo dire, l'OCSE avrebbe cercato di combinare le diverse proposte e le diverse aspettative di tutti, al fine di ottenere il tanto ambito consenso generalizzato: tuttavia, nei propri commenti il BEPS *Monitoring Group* paragona questo metodo come il tentativo malriuscito di disegnare il prototipo di una nuova autovettura utilizzando bozze realizzate da ingegneri diversi³⁹.

2.2.7. E la Svizzera?

SwissBanking, *SwissHoldings* e *Economiesuisse* hanno espresso le proprie osservazioni sull'approccio unificato.

Nella specie, *SwissBanking*, come già accennato *supra*, richiamando quanto già esposto dall'*International Banking Federation (IBFed)*, ha rappresentato come i servizi finanziari, nella specie bancari, debbano essere esclusi dallo spettro applicativo del Pilastro Uno, per una serie di ragioni relative alla natura intrinseca delle attività e dei servizi prestati. Ancora, le banche possono operare solo in determinati territori tramite una sede fisica (principale o succursale che sia), previa autorizzazione e

³⁸ BEPS MONITORING GROUP, Comments Unified Approach, November 2019, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm> (consultato il 10.2.2020).

³⁹ BEPS MONITORING GROUP (nota 38), pag. 2.

in linea con regolamentazioni ben precise. Ancora, secondo questi commenti, le banche non sarebbero suscettibili di produrre reddito di interesse per lo scopo del Pilastro Uno.

I commenti principali, tuttavia, provengono da *SwissHoldings*⁴⁰ e *Economiesuisse*⁴¹, le due associazioni rappresentative delle imprese operanti sul territorio svizzero. Anche da parte svizzera, si condivide l'intenzione dell'OCSE nella realizzazione di un approccio unificato, onde evitare che i singoli Stati procedano tramite l'adozione di misure unilaterali che generano solo confusione ed incertezza: tuttavia, si rappresenta come il principio dell'*arm's length* dovrebbe mantenere il suo ruolo chiave nelle norme del diritto tributario internazionale, eventualmente con qualche semplificazione. Ciò non esclude che l'introduzione del nuovo *nexus* potrebbe essere – effettivamente – utile purché applicato a determinate imprese *target* operanti nel settore digitale *consumer-facing* in assenza di alcuna presenza fisica sul territorio.

Si suggerisce, in particolare, di fornire una definizione più chiara del termine *consumer-facing*: questo, infatti, è frutto del compromesso tra i due elementi «*user participation*» e «*marketing intangibles*», sicché viene a basarsi sull'utilizzo da parte dei consumatori dei servizi offerti. Tuttavia, occorre basare tale concetto più sull'interazione con i consumatori, piuttosto che sulla fruizione dei servizi stessi (come, ad es., input attivi da parte degli utenti). Ciò comporterebbe una più agevole e chiara corrispondenza tra il luogo in cui viene creato il valore ed il luogo in cui avviene l'imposizione, oltre che una circoscrizione dell'approccio unificato alle sole B2C.

Il nuovo *nexus* studiato per una corretta allocazione della potestà impositiva anche in carenza di presenza fisica, si sottolinea, non deve comportare eccessivi costi di *compliance* per le multinazionali: una soluzione potrebbe essere quella di centralizzare il ruolo della casa madre del

⁴⁰ *SwissHolding* è portavoce dell'interesse di 58 imprese multinazionali con sede in Svizzera operanti nel settore dei servizi e della manifattura (esclusi i servizi finanziari).

⁴¹ *Economiesuisse* rappresenta approssimativamente 100mila imprese operanti in diversi settori e regioni della Svizzera.

gruppo, attribuendo a quest'ultima l'onere di calcolare l'Importo A, riducendo anche il rischio di doppia imposizione.

Si precisa, inoltre, che l'Importo A deve essere conferito allo Stato in cui si trova il mercato solo a patto che quest'ultimo abbia sottoscritto uno strumento internazionale che includa un meccanismo multilaterale ed obbligatorio di risoluzione delle dispute. Gli attuali strumenti (tra cui, ad es., le procedure amichevoli o, in inglese, *Mutual agreement procedures* – MAP) spesso non risultano sufficientemente efficaci ed efficienti.

2.2.8. Il punto della situazione: Statement dell'Inclusive Framework sui due pilastri OCSE del 30 gennaio 2020

Il 29 ed il 30 gennaio 2020, l'*Inclusive Framework*, a seguito di un ulteriore incontro, ha reso uno *Statement* relativo ai due pilastri OCSE⁴², rispondendo, per certi versi, ad alcune critiche e/o commenti rappresentati a seguito della consultazione pubblica, venendo incontro alle richieste degli attori.

Nella specie, uno degli elementi chiave è ravvisabile nella definizione delle imprese *target* del Pilastro Uno. Si esplicita che devono considerarsi incluse sia le imprese che prestano servizi digitali automatizzati (*automated digital services*)⁴³ e le *consumer-facing businesses*. Queste ultime, in risposta alle richieste avanzate in sede di commenti, devono essere considerate tutte quelle imprese che generano reddito dalla vendita di beni e servizi di un certo tipo a consumatori, ossia individui che comprano beni per uso personale e non a scopi commerciali o professionali. Ciò comporta che vengano comprese non solo le imprese che vendono beni e servizi direttamente ai consumatori, ma che vendono prodotti anche tramite rivenditori terzi o intermediari che svolgono mansioni di *routine*, come, ad es., assemblaggio minore e imballaggio. Vi rientra-

⁴² OECD, Statement (nota 36).

⁴³ Nell'elenco devono essere inclusi, ad es., motori di ricerca online, social media, piattaforme di intermediazione online, giochi online, ecc. Devono ancora essere fornite le definizioni più precise di *automated digital services*, soprattutto per quanto riguarda le attività svolte in strutture di B2B. OECD, Statement (nota 36), pagg. 10-11.

no imprese che offrono, ad es., prodotti per il *personal computing* (i.e., *software*, telefoni cellulari), abbigliamento, cosmetici, *luxury goods*, ecc. Sono – di fatto – escluse le imprese che offrono servizi finanziari, salvo talune eccezioni⁴⁴.

Per quanto riguarda la soglia, la proposta si conferma su euro 750mio, in quanto, oltre a corrispondere all'importo previsto in sede di *CbCR*, eviterebbe un aggravio in termini di costi di *compliance* per le imprese più piccole, eventualmente prevedendo alcune eccezioni per determinati gruppi multinazionali.

Si afferma che, benché ci sia ancora del lavoro da fare, lo scheletro del Primo Pilastro può ritenersi sufficientemente strutturato e pronto per essere definitivo entro fine anno.

3. Il Secondo Pilastro: la proposta GloBE

3.1. In sintesi

L'approccio OCSE si compone, come si diceva dall'inizio, di due pilastri.

Diversamente dal Primo, il quale consta di una serie di misure che contestualmente considerate danno origine all'approccio unificato, le singole componenti del Secondo Pilastro necessitano ancora di un disegno unitario e di molto lavoro prima di giungere ad una proposta strutturata e condivisa.

Il Secondo Pilastro, posto quale misura complementare al primo, affronta i temi BEPS rimasti «irrisolti», fornendo una serie di regole che consentano di evitare e il fenomeno della doppia non imposizione e il fenomeno dell'imposizione a livelli estremamente esigui in determinati Paesi.

Il Secondo Pilastro, infatti, viene anche definito come proposta GloBE, acronimo di *Global Anti-Base Erosion* e si compone, a sua volta, di quattro parti:

⁴⁴ OECD, Statement (nota 36), pagg. 11-12.

- a) L'*income inclusion rule*: si tratta di una disposizione interna che consente l'imposizione di una succursale o di una società estera controllate qualora il relativo reddito non sia soggetto ad una tassazione minima effettiva nello Stato in cui i redditi vengono conseguiti. La tassazione minima, potrebbe, in questa sede, venire implementata tramite una rivisitazione (e/o l'adozione laddove mancante) della disciplina cd. CFC, *Controlled Foreign Companies*;
- b) Un'*undertaxed payments rule*, la quale preclude la deduzione, o attribuisce la potestà impositiva allo Stato della fonte, generalmente operata tramite ritenute alla fonte, relativamente a determinati pagamenti operati nei confronti di parti correlate, qualora questi non siano assoggettati ad imposta o, comunque, non assoggettati ad un'imposta minima nello Stato di residenza del percettore;
- c) La *switch-over rule*, ossia una disposizione da implementare nelle convenzioni contro le doppie imposizioni (CDI) che consente allo Stato di residenza di passare dal metodo dell'esonazione al metodo del credito d'imposta in presenza di profitti attribuibili ad una stabile organizzazione ovvero derivanti da una proprietà immobiliare (non facente parte della stabile) che non siano soggetti ad una tassazione minima nello Stato della fonte;
- d) La *subject to tax rule*, posta quale corollario alla regola *sub b)*, la quale, in quanto disposizione convenzionale, consentirebbe (o meno) l'applicazione dei benefici previsti dalle CDI qualora determinate tipologie di reddito non siano soggette ad un livello minimo di imposizione.

Ictu oculi si percepisce la rivoluzionaria importanza di tali disposizioni, qualora queste venissero implementate nelle legislazioni dei singoli Stati (le prime due) e in quelle convenzionali (le ultime due).

Gli accorgimenti succitati consentirebbero di vagliare una soluzione per ridurre lo spostamento (artificioso) dei profitti da parte dei contribuenti.

Oltre a ciò, il Pilastro propone, ancora scevro da una concretizzazione, l'utilizzo dei noti principi contabili (*International Accounting Standards*

[IAS]/*International Financial Reporting Standards* [IFRS])⁴⁵, l'utilizzo dei dati di bilancio e della contabilità aziendale, per la determinazione della base imponibile. Ancora aperte restano, anche, le valutazioni in merito (i) alla definizione del perimetro entro il quale una multinazionale possa cumulare i redditi e le imposte provenienti da diverse fonti nel determinare l'effettivo *tax rate* aggregato (cd. *blended*) ed (ii) eventuali esclusioni e soglie quantitative che possano eventualmente venire considerate ai fini dell'implementazione della disciplina *de quo*.

3.2. *Lo stato dell'arte: tra critiche e proposte*

I lavori sul Secondo Pilastro avanzano in maniera veloce, ma necessitano indubbiamente di un ingente e costante lavoro prima di poter essere definiti in maniera chiara. Infatti, le critiche della dottrina non hanno tardato ad arrivare. Vero è che la proposta GloBE rappresenta un enorme cambiamento ed una misura che, se adottata in maniera idonea, potrebbe costituire una nuova chiave di volta del diritto internazionale tributario assicurando una maggiore coerenza e certezza nella riscossione delle imposte dovute.

Ciò che rileva, tuttavia, sono una serie di problematiche che spaziano dall'ambito prettamente giuridico ed interpretativo a quelle di tenore maggiormente pratico.

Se, infatti, da un punto di vista interpretativo è impossibile tralasciare l'eventualità che non vi siano interpretazioni univoche delle terminologie e dei concetti che costituiscono tendenzialmente parte integrante e nucleo fondante delle legislazioni tributarie dei singoli Paesi (si pensi, ad es., a deduzioni, pagamenti, reddito, ecc.), certamente l'OCSE potrebbe fornire definizioni chiarificatorie cui attenersi. L'esperienza ci insegna, tuttavia, che stante la vastità della materia, da un lato, e dalle differenze sedimentate nei diversi ordinamenti domestici, dall'altro, ciò non sempre è sufficiente a dirimere eventuali questioni.

⁴⁵ *Economiesuisse* e *SwissHoldings* richiedono, tramite i propri commenti, che venga incluso tra i principi contabili anche lo Swiss GAAP FER, principio contabile nazionale: per molte imprese svizzere, infatti, il passaggio all'IFRS non sarebbe idoneo, a fronte delle previsioni del Codice delle obbligazioni.

Altra problematica da non sottovalutare attiene all'implementazione della proposta GloBE nei diversi trattati internazionali ed il loro rispettivo coordinamento. Tende, infatti, ad essere sottovalutata la possibilità che l'introduzione della combinazione di principi di cui sopra, possa portare ad un circolo vizioso, apparentemente efficace nel breve termine, ma suscettibile di diventare una sorta di «dilemma del prigioniero» nel lungo periodo.

Queste e altre sono le criticità avanzate relativamente alla proposta GloBE, la quale ponendosi in maniera piuttosto vaga e, ancora, poco formata verrà esaminata, strutturalmente, più avanti.

Alcuni commentatori⁴⁶ hanno rappresentato come potrebbe essere ragionevole avviare lo studio della proposta GloBE a partire dai dati in possesso dei singoli Stati tramite il *CbCR*. Si suggerisce, infatti, l'introduzione di un meccanismo di controllo semplificato: tramite i dati del *CbCR* sarebbe possibile già (i) controllare, con un livello di approssimazione soddisfacente, i livelli di tassazione cui un gruppo multinazionale è stato assoggettato, e (ii) identificare i Paesi che abbiano un livello impositivo inferiore a quello ritenuto minimo *standard*. Agendo in tal guisa, i «buoni contribuenti» non avranno oneri aggiuntivi se non quello di (i) verificare le aliquote fiscali secondo il proprio *CbCR* e (ii) compararle con quelle ritenute minimo *standard*⁴⁷. In questo modo sarebbe possibile avere un'individuazione dei redditi assegnati o riconducibili a determinate giurisdizioni.

Anche in relazione al Secondo Pilastro, *Economiesuisse* e *SwissHoldings* hanno espresso le proprie osservazioni. Nella specie, concordano sulla necessità di intervenire a livello internazionale per trovare un accordo multilaterale atto ad implementare le restanti tematiche BEPS non ancora risolte e/o completate, nella specie, quelle inerenti la lotta a misure unilaterali suscettibili di ledere la leale concorrenza.

Sono stati, in tal sede, evidenziati diversi punti critici che si ripercorreranno qui, brevemente. *In primis*, infatti, si ritiene debbano esser riconsi-

⁴⁶ FANTOZZI E ASSOCIATI, Comments on GloBE proposal, consultabile al <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-meeting-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two-9-december-2019.htm> (consultato il 10.2.2020).

⁴⁷ FANTOZZI E ASSOCIATI (nota 46).

derate le originarie misure anti-erosive disegnate in sede BEPS: solo in un secondo momento andrebbero ricercate altre soluzioni, come ad es., il Secondo Pilastro. Ancora, si suggerisce di cambiare il modo di vedere la GloBE: questa non dovrebbe costituire un minimo *standard*, bensì un massimo che non possa essere oltrepassato dai singoli Stati. Si tratta di vietare l'applicazione di un'aliquota minima inferiore ovvero di introdurre criteri più restrittivi. Diversamente, l'obiettivo di evitare l'adozione di misure unilaterali non coordinate a livello nazionale non potrà essere raggiunto, dovendo ricomprendere in tale categoria anche gli aiuti e/o i sussidi statali. Inoltre, si propone l'eliminazione o, se non altro, una modifica dei regimi CFC attualmente esistenti, oltre all'adozione di una cd. lista bianca dei regimi che pongono misure in linea con il Pilastro Due.

L'applicazione del Secondo Pilastro deve essere specificata in maniera ordinata, esplicitando una sorta di gerarchia, chiara, ovvero la sequenza per l'applicazione delle quattro regole poc'anzi accennate. Nella specie, onde evitare un inutile aggravio in termini di dispendio di tempo e risorse, si suggerisce che l'*income inclusion rule* rivesta un ruolo principe. La negazione delle deduzioni (ai sensi dell'*undertaxed payments rule*) andrà applicata solo ed esclusivamente a quelle imprese associate la cui casa madre non sia assoggettata alla prima regola della GloBE.

Tra l'altro, la GloBE – si rappresenta – dovrebbe ricomprendere nel proprio spettro applicativo solo gli *artificial arrangements*, che non rispecchiano la realtà. Per converso, si rischierebbe un'incompatibilità con la normativa euro-unitaria, secondo la quale è possibile prevedere trattamenti disparitari in situazioni *cross-border*⁴⁸.

Come ribadito anche nello *Statement*⁴⁹ di fine gennaio 2020, l'OCSE è consapevole della necessità di continuare coi lavori per quanto riguarda il Pilastro Due, sicché di queste e altre valutazioni si terrà conto per disegnare la proposta definitiva.

⁴⁸ Sul tema si veda, l'approfondita analisi resa da MICHAEL P. DEVEREUX E AL., *The OECD Global Anti-Base Erosion Proposal*, Oxford University Centre for Business Taxation, January 2020, consultabile al https://www.sbs.ox.ac.uk/sites/default/files/2020-02/OECD_GloBE_proposal_report.pdf (consultato il 10.2.2020).

⁴⁹ OECD, *Statement* (nota 36).

4. **La posizione della Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI) rispetto all'imposizione dell'economia digitalizzata**

La prima presa di posizione da parte della Segreteria di Stato per le questioni finanziarie internazionali (SFI) sull'economia digitalizzata risale all'8 marzo 2018⁵⁰, a fronte delle prime concrete discussioni sul tema sia da parte dell'OCSE sia da parte dell'Unione europea.

In tale sede si affermava che – chiaramente – la Svizzera è al corrente dei repentini cambiamenti, anche dei modelli imprenditoriali, che la digitalizzazione porta seco. Tuttavia, rappresentava come, innanzitutto, l'intervento debba essere misurato e studiato, evitando di ricorrere a misure che esulano dai classici modelli utilizzati per le CDI: diversamente, infatti, il rischio sarebbe quello di incorrere in situazioni di doppia imposizione ovvero di imposizione eccessiva, finendo con l'ostacolare o penalizzare l'economia digitale.

La soluzione migliore sarebbe quella di ricorrere ad uno strumento multilaterale, da svilupparsi a livello internazionale, evitando le misure unilaterali: queste ultime, a patto vengano introdotte come soluzione temporanea, devono necessariamente una clausola di caducità, cd. *sunset clause*, ossia una durata limitata. Si proponeva, ma solo quale ipotesi eventuale, l'adozione di una misura temporanea tesa ad imporre le transazioni digitali, ma unicamente quelle derivanti dalla pubblicità digitale di aziende con cifra d'affari annua consolidata superiore ad euro 750mio.

A settembre 2019, la SFI si pronuncia nuovamente⁵¹: a fronte dei repentini sviluppi nel lavoro OCSE, la consapevolezza cresce. Si ribadiscono la necessità di intervenire tramite strumenti multilaterali e di disciplinare la nuova situazione: *«la Svizzera è favorevole quindi all'introduzione di*

⁵⁰ Posizione della SFI sulla tassazione dell'economia digitale, 08 marzo 2018, consultabile al https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/finanzmarktpolitik/digit_finanzsektor/best_digit_wirtschaft.html (consultato il 10.2.2020).

⁵¹ Posizione aggiornata della SFI sull'imposizione dell'economia digitalizzata, 12 settembre 2019, consultabile al https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/finanzmarktpolitik/digit_finanzsektor/best_digit_wirtschaft.html (consultato il 10.2.2020).

norme fiscali che, da un lato, consentono e promuovono l'innovazione e una concorrenza sostenibile, e, dall'altro, le assicurano introiti fiscali».

In relazione ai lavori OCSE si esprimeva esplicitando una serie di affermazioni «di principio», rinnovando il suo sostegno alla comunità internazionale, ma esponendosi in favore di una misura risolutiva multilaterale, al fine di evitare il proliferare di misure unilaterali giustapposte. A favore anche della tassazione nel luogo in cui viene creato il valore, ma attenta al fenomeno della doppia imposizione, rappresenta come occorra mantenere assolutamente viva la concorrenza fiscale («[...] *la concorrenza fiscale, segno di qualità: la Svizzera si adopera per una concorrenza fiscale leale. L'introduzione di aliquote d'imposta minime limita la concorrenza e può generare oneri supplementari a carico delle imprese; [...]*»).

Verso la fine del 2019⁵² quando, come si è detto, sono state aperte le pubbliche consultazioni riguardanti entrambi i Pilastri, la SFI – benché non abbia partecipato direttamente con propri commenti – ha inviato una lettera a José Angel Gurría, Segretario generale dell'OCSE, esponendosi sul tema dell'economia digitale.

Ribadendo la propria posizione, come nei due documenti di cui sopra, condivide la necessità di rivisitare l'attuale sistema tributario internazionale al fine di adattarlo alle attività altamente digitali che possono operare in situazioni *cross-border* anche in assenza di presenza fisica. Il conseguimento di tale ambizioso obiettivo, tuttavia, può essere raggiunto solo tramite una struttura normativa che garantisca la certezza del diritto e che sia suscettibile di essere gestita in maniera agevole in sede amministrativa.

Per quanto riguarda il Pilastro Uno, la Svizzera sostiene fermamente di non abbandonare le consolidate prassi in tema di prezzi di trasferimento, le quali devono restare il nucleo del diritto tributario internazionale. Qualsivoglia nuova regola allocativa allo Stato della fonte dovrebbe es-

⁵² Lettera del presidente della Confederazione Ueli Maurer all'OCSE, 13.12.2020, consultabile al https://www.sjf.admin.ch/sjf/it/home/finanzmarktpolitik/digit_finanzenbest_digit_wirtschaft.html (consultato il 10.2.2020).

sere costruita in armonia con l'attuale struttura, basata sul principio dell'*arm's lenght*. Il rischio, altrimenti, sarebbe quello di ingenerare un effetto distorsivo derivante dai fattori meramente fiscali.

Il Secondo Pilastro, invece, dovrebbe risultare in un compromesso che rispetti le aliquote fiscali e le politiche dei singoli Paesi, in modo tale da non annullare la concorrenza leale, la quale rappresenta la chiave per una crescita sostenibile: «*Competition is a driver of efficiency and the optimal allocation of resources*»⁵³.

Gli Stati geograficamente più piccoli, infatti, devono trovarsi nella condizione di essere fortemente competitivi e propulsori di crescita per colmare il divario rispetto ai mercati più ampi. L'imposizione di un'aliquota minima, infatti, ed un previo controllo da parte dell'OCSE per determinare i regimi fiscali ritenuti accettabili, comporterebbe un alto rischio di spostamento dei profitti in quei Paesi con una tassazione digitale irrisoria se non del tutto nulla.

Conclude, infine, contestando l'eccessiva complessità delle proposte delineate, le quali devono necessariamente essere sottoposte ad una procedura di semplificazione, onde evitare la difficoltà di comprensione per gli operatori, oltre che i costi di *compliance* per le imprese e le amministrazioni finanziarie.

Del 20 dicembre 2019, la lettera di risposta di Ángel Gurría⁵⁴, il quale, apprezzando il dialogo ed il supporto della Confederazione, invita la Svizzera a partecipare ai lavori di gennaio 2020, trasmettendo le osservazioni all'*Inclusive Framework*.

Infine, in risposta allo *Statement* di fine gennaio 2020, la SFI si è espressa nuovamente, informando che le proprie osservazioni sono state trasmesse all'OCSE e confermate durante un colloquio personale in occasione del *World Economic Forum* recentemente tenutosi a Davos⁵⁵.

⁵³ Lettera del presidente della Confederazione Ueli Maurer all'OCSE (nota 52), pag. 2.

⁵⁴ Lettera del presidente della Confederazione Ueli Maurer all'OCSE (nota 52), pag. 2.

⁵⁵ Parere della Segreteria di Stato per questioni finanziarie internazionali (SFI) sull'«*Inclusive Framework*» dell'OCSE del 30 gennaio 2020 concernente il seguito dei lavori nel progetto sull'imposizione dell'economia digitale, consultabile al

In sintesi, chiude la SFI, (i) l'imposizione delle imprese internazionali deve avvenire nel luogo della creazione del valore; (ii) le nuove regole di imposizione non devono ostacolare la crescita e l'innovazione; (iii) la concorrenza fiscale deve continuare a essere ammessa in un contesto equo.

5. Riflessioni conclusive

Esplicitare le proposte presentate dall'OCSE sulla tassazione digitale risulta arduo, quasi quanto la comprensione della digitalizzazione stessa. Di fatti, la comunità internazionale si è trovata a doversi confrontare con una nuova sfida, per la quale non è più possibile procedere variando le interpretazioni o modificando in maniera minima sui sistemi preesistenti.

La necessità di intervenire in maniera importante, rivoluzionando concetti chiave, quali, ad es., la stabile organizzazione, il collegamento territoriale, la determinazione della base imponibile e la sua allocazione, comporta necessariamente la conformazione di un nuovo scenario e di un nuovo *modus operandi*.

Ad oggi, diversi sono gli Stati che sono intervenuti adottando regolamentazioni domestiche nei confronti dell'economia digitale⁵⁶, tuttavia, si tratta solo di misure temporanee, previste per arginare la necessità di introdurre regole uniformi per l'imposizione dell'economia digitale. Occorre, però, che vi sia da parte degli Stati un consenso unanime sia in termini contenutistici sia temporali: in caso di differimento nell'introduzione della disciplina si creerebbero importanti divari e discrepanze.

Le ripercussioni di misure come l'approccio unificato e – soprattutto – della proposta GloBE saranno, qualora le misure entrassero in vigore, di notevole rilievo. Non solo, infatti, ciò comporterebbe l'innesto di nuovi

https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/finanzmarktpolitik/digit_finanzsektor/best_digit_wirtschaft.html (consultato il 10.2.2020).

⁵⁶ A titolo esemplificativo, si annoverano Italia, Francia, Austria, Brasile, Croazia. Tuttavia, gli Stati Uniti stanno trattando politicamente con alcuni di questi Paesi al fine di ottenere una sospensione e/o una deroga, minacciando, altrimenti la comminazione di misure sanzionatorie nei confronti delle loro economie.

concetti, profondamente lontani dal contesto attuale, ma anche un importante problema di compatibilità con il quadro esistente: si pensi ai trattati internazionali, oltre che all'intero sistema normativo euro-unitario.

Un altro importante rilievo attiene le conseguenze dell'applicazione di questi nuovi concetti: saranno in grado di inficiare e, quindi, indurre a modificare interpretazioni inerenti normative fiscali (e non) relative anche ad imprese e contesti non strettamente legati al digitale?

Essenziale ai fini di un'armonizzazione a livello internazionale è la non discriminazione che deve verificarsi su diversi piani: tra i diversi Stati (più o meno estesi; più o meno digitalizzati; più o meno competitivi), oltre che tra i contribuenti (ivi ricomprese le diverse tipologie di imprese operanti nel settore *tech* e non, indipendentemente dalla loro sede di direzione effettiva).

Questo ed altri risvolti dovranno essere accuratamente esaminati prima di procedere con l'introduzione di questi nuovi meccanismi. Non resta, quindi, che attendere la fine dell'anno.