



Fondazione Bruno Visentini

Club degli Studi

La tassazione dell'economia digitale

Position Paper a cura di Tommaso Di Tanno e Fabio Marchetti

Febbraio 2019

Coordinatore della ricerca: Tommaso Di Tanno

Curatori del Rapporto: Luciano Acciari, Giulia Agliandolo, Federico D'Amelio, Pasquale Del Prete, Andrea Di Dio, Marco Di Siena, Luca Longobardi, Gilda Natoli, Marco Palanca, Carmen Pisani, Federico Pinto, Tiziana Ventrella, Giulia Zoppis.

Riconoscimenti e ringraziamenti

Sono autori o coautori dei seguenti capitoli: Gilda Natoli per il Capitolo II; Federico Pinto per il Capitolo III; Andrea Di Dio e Federico D'Amelio per il Capitolo IV.1; Marco Di Siena, Luca Longobardi e Tiziana Ventrella per il Capitolo IV.2; Marco Palanca, Pasquale Del Prete e Giulia Agliandolo per il Capitolo IV.3; Luciano Acciari e Carmen Pisani per il Capitolo IV.4; Tommaso Di Tanno per i Capitoli I e VI nonché, insieme a Giulia Zoppis per il Capitolo V; insieme a Fabio Marchetti, per il Capitolo VII.

Condirettore scientifico della Fondazione Bruno Visentini: Fabio Marchetti

Coordinatore del *Club degli Studi*: Vincenzo Donnamaria

Hanno contribuito attivamente e si ringraziano: Claudia Cioffi e Stella Magistro

Gli Studi aderenti al *Club degli Studi* della Fondazione Bruno Visentini che hanno partecipato al *Position Paper* sono: Chiomenti; Di Tanno e Associati; DLA Piper; Gianni, Origoni, Grippo, Cappelli & Partners; Maisto e Associati; Simmons & Simmons.

Sono inoltre aderenti al *Club* gli Studi: Dentons; KPMG-Studio Associato; Mazza, Ginesi, Savina e Associati; R&P Legal.

La tassazione dell'economia digitale

(INDICE)

- I. La problematica tassazione delle attività digitali – Cenni introduttivi
- II. Natura e consistenza della stabile organizzazione – situazione attuale
 1. La radice storica del concetto di stabile organizzazione
 2. La difficile adattabilità della figura di stabile organizzazione all'economia digitale – profili concettuali
 3. Le elaborazioni operate in sede OCSE in tema di stabile organizzazione digitale
 - 3.1. Criteri di identificazione della stabile organizzazione alla luce della *digital economy*
 - 3.2. Base imponibile della stabile organizzazione e *digital economy*
 - 3.3. Comportamenti elusivi delle imprese digitali
- III. Proposte di Direttiva UE in tema di tassazione dell'economia digitale (stabile organizzazione in forma di “significativa presenza digitale” e “Interim Web Tax”)
 1. Proposta di Direttiva COM(2018)147 *final* sulla c.d. “stabile organizzazione digitale”
 - 1.1. Oggetto
 - 1.2. Campo di applicazione
 - 1.3. Individuazione della c.d. stabile organizzazione digitale
 - 1.4. Criteri per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione “digitale”
 2. Proposta di Direttiva COM(2018)148 *final* sulla c.d. “Interim Web Tax”
 - 2.1. Oggetto
 - 2.2. Presupposto d'imposta
 - 2.3. Soggetto passivo d'imposta
 - 2.4. Determinazione della base imponibile
 - 2.4.1. Momento in cui il presupposto d'imposta si considera realizzato
 - 2.4.2. Luogo in cui il presupposto d'imposta si considera realizzato e “ripartizione” della base imponibile tra Stati Membri
 - 2.5. Aspetti applicativi dell'imposta
- IV. Appropriatezza delle soluzioni proposte in sede UE per l'individuazione e la tassazione della stabile organizzazione digitale
 1. Considerazioni preliminari
 2. Profili identificativi della stabile organizzazione digitale
 3. Modelli impositivi tradizionali e criteri di determinazione della base imponibile della stabile organizzazione digitale
 - 3.1. Sull'adeguatezza dei profili determinativi contenuti nella Proposta di Direttiva COM(2018)147 *final*
 - 3.2. Sull'adeguatezza dei profili determinativi contenuti nella Proposta di Direttiva COM(2018)147 *final* – l'esperienza degli altri Paesi
 - 3.3. Note conclusive
 4. Limiti di operatività esterna della disciplina sulla stabile organizzazione digitale proposta dall'UE
 - 4.1. Scenario *intra* UE
 - 4.2. Scenario Stato Membro – Stato Terzo con Convenzione
 - 4.3. Scenario Stato Membro – Stato Terzo senza Convenzione
- V. Appropriatezza della soluzione temporanea proposta in sede UE – La Interim Web Tax
 1. Caratteri introduttivi
 2. I soggetti passivi dell'imposta

3. L'oggetto dell'imposta
4. L'emersione e la determinazione della base imponibile
5. Le modalità applicative

VI. L'imposta italiana sui servizi digitali

1. Caratteri introduttivi
2. I soggetti passivi dell'imposta
3. L'oggetto dell'imposta
4. Presupposti territoriali e temporali
5. Profili applicativi

VII. Considerazioni conclusive

Bibliografia

I. La problematica tassazione delle attività digitali – Cenni introduttivi

Nel 2015 l'OCSE, pubblicando il *Final Report* dell'*Action 1*¹ nell'ambito del Progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (di seguito, “**BEPS**”), prendeva esplicitamente atto dell'esistenza di un serio problema di sistema afferente la tassazione di quella parte di mondo imprenditoriale che va sotto il nomignolo, peraltro assai generico, di “economia digitale”. Era, dunque, legittimo attendersi qualche fattivo progresso su questa linea basato sulla consapevolezza che l'economia digitale stravolge uno dei capisaldi cui è storicamente ispirata la tassazione delle attività *cross border*. Tale caposaldo partiva dal riconoscimento del diritto di uno Stato di tassare le attività svolte sul suo suolo da un'impresa proveniente da un altro Stato qualora la medesima impresa avesse instaurato nel territorio del primo Stato una “stabile organizzazione” (*permanent establishment*). Stava, poi, allo Stato di origine dell'impresa in questione determinare *se e come* tenere conto delle imposte pagate dall'impresa medesima nello Stato di esercizio dell'attività estera (*foreign tax credit*). La ragione che reggeva tale ripartizione nel diritto/dovere di assoggettare ai propri tributi la detta situazione era facilmente riconducibile all'osservazione che l'impresa proveniente dal secondo Stato avrebbe potuto svolgere nel primo solo attività marginali se priva di stabile organizzazione e che avrebbe, al contrario, dovuto costituire una qualche struttura fisica ove avesse deciso di consolidare ivi il suo insediamento².

La serrata evoluzione della tecnologia, ed in particolare l'avvento della c.d. economia digitale, com'è facile oggi osservare, ha drammaticamente spiazzato questa impostazione. L'OCSE ne ha preso atto: ma, chiamata a risolvere la certo non facile tematica ha – ad oggi – messo in luce semplicemente la sua impotenza a trovare una soluzione efficace e condivisa³. Ne consegue che il mantenimento di un sistema di tassazione delle attività *cross border* basato sull'esistenza di una stabile organizzazione e la riconducibilità della stessa a requisiti di carattere fisico si traduce in una allocazione della base imponibile – e quindi della relativa legittimazione a tassare – del tutto squilibrata rispetto al luogo di creazione del valore in questione⁴. L'Unione Europea, per parte sua, in questo contesto e pur fra mille contraddizioni, non ha potuto tacere ed ha dovuto prendere atto di quanto dannosa questa situazione risulti per la creazione di un *Digital Single Market* che pure costituisce una delle sue principali priorità⁵. Ed anche della volontà, manifestata nella stessa sede da alcuni suoi importanti

¹ OCSE, “*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*”, *Action 1 – Final Report*, 2015.

² Per una ricostruzione anche in sede storica dei principi cui si ispira il sistema tuttora in vigore si veda il documento Assonime, “*Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza*”, in *Note e studi*, n. 15/2017, a cura di T. Gasparri.

³ Come risulta anche dal più recente documento OCSE, “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report*”, 2018. Si tratta di un documento davvero assai articolato che mostra una piena dominanza della problematica ma anche la disunione dei suoi membri nell'individuazione di una soluzione condivisa. Le differenze di posizione, peraltro, non riguardano solo la riscrittura di regole in tema di stabile organizzazione ma si estendono espressamente anche all'introduzione di un'imposta temporanea e speciale sui servizi digitali.

⁴ Lo rileva bene la Relazione illustrativa all'emendamento presentato dal Sen Mucchetti (approvato dal Senato della Repubblica) al DdL S. 2960, poi tradotto, con non trascurabili modificazioni, nell'art. 1, commi 1010 a 1019 della L. n. 205/2017, con cui per la prima volta era stata propugnata l'introduzione in Italia della *Web Tax*. La Relazione di accompagnamento citata precisa sul punto che, per poter essere utilmente impiegato nell'ambito della tassazione dei servizi digitali, il concetto di stabile organizzazione esige una complessiva e sostanziale ridefinizione (che beninteso, “*non può che essere affidata alle competenti organizzazioni internazionali*”), “*data la vetustà delle attuali categorie normative e dei concetti espressi nei Commentari OCSE*”.

⁵ Nella dichiarazione ufficiale del Vice Presidente della Commissione UE V. Dombrovskis, resa a commento della Comunicazione COM(2017)547 *final*, emanata a seguito dell'Ecofin tenutosi a Tallinn il 21 settembre 2017, si legge infatti: “*Therefore our thinking applies not only to taxing digital companies, but more broadly to dealing with tax in an increasingly digitalised economy. So what do we propose? At EU level, the Common Consolidated Corporate Tax Base proposal offers a basis to address key challenges, for example by further adjusting permanent establishment rules. We propose to examine enhancements to these rules to ensure that they effectively capture digital activities. And we welcome the work already done by Estonian Presidency in this regard. However, this may take time, given its complexity. And the digital economy will not stop growing in the meantime. Therefore, we will also look at other short-term options to tackle specific tax challenges*”. Fra le svariate prospettive di superamento dell'attuale situazione di stallo con specifico riferimento al mondo della *digital economy* vedi, per tutti, Y. Brauner – P. Pistone, “*Adopting current international taxation to new business models: two proposals for the European Union*”, in *Bull. Int. Tax.*, Dicembre 2017, pagg. 681-687.

Stati Membri⁶ - peraltro espressamente ribadita anche in momenti più recenti da ulteriori Stati Membri⁷ – di dare luogo, comunque, all'introduzione di una tassazione sostanzialmente sostitutiva avente lo scopo di riequilibrare lo squilibrio prodottosi sulla falsariga di quella di recente introdotta in India (“*equalization tax*”)⁸. E' questo, dunque, il contesto in cui la Commissione Europea rompe gli indugi e formula due proposte, per certi versi dirimpenti, volte ad affrontare la problematica in questione⁹. Si tratta di proposte che contengono un quadro prescrittivo assai articolato e mirano, proprio per la delicatezza della materia e la necessità di adottare regimi rigorosamente coordinati ed unitari, a ridurre al minimo gli inevitabili potenziali distinguo nazionali. Ma non si spingono ad ipotizzare una adozione (o una applicazione) diretta delle stesse richiedendo l'intervento dei legislatori nazionali. In entrambi i casi l'adozione della formulazione nazionale viene prevista per il 31 dicembre 2019 e l'applicazione del nuovo quadro normativo a partire dal 1 gennaio 2020.

Si tratta di proposte autonome l'una dall'altra, anche se avrebbe senso che esse fossero discusse ed approvate nello stesso contesto. La prima, avendo per oggetto la ridefinizione del concetto di stabile organizzazione, richiede comunque una più laboriosa procedura implementativa sia all'interno dell'Unione Europea che, a maggior ragione, nei rapporti con Paesi terzi. La seconda, avente per oggetto una misura emergenziale qual è l'imposta sulle transazioni digitali, può e forse anche deve essere applicata al più presto per ragioni di mera opportunità politica¹⁰. Ma è evidente che la logica che le sostiene richiede un percorso ed una condivisione paralleli.

In questo contesto pare utile procedere innanzitutto ad un esame della situazione così come si è storicamente determinata. E poi ad una lettura dettagliata delle proposte formulate in sede Comunitaria valutandone la consistenza e l'efficacia. E cimentarsi, infine, con la concreta risposta fornita, al momento, solo dall'Italia fra tutti i paesi UE. Non guasterà, a questo punto, sviluppare (anzi: azzardare) qualche considerazione conclusiva adombrando le soluzioni che – beninteso nell'attuale fase evolutiva – appaiano semplicemente più appropriate alla bisogna.

⁶ Si veda la dichiarazione congiunta resa da Germania, Francia, Italia e Spagna all'esito appunto dell'Ecofin di Tallinn del settembre 2017. Il comunicato in parola non soltanto individua quale obiettivo prioritario dell'Unione Europea quello di predisporre un sistema efficiente di tassazione delle imprese operanti in *internet*, ma esorta altresì la Commissione UE ad individuare soluzioni impositive concrete conformi alla normativa comunitaria e basate sui principi ispiratori della c.d. “*equalization tax*”.

⁷ Ai Paesi indicati nella nota precedente si è aggiunta la Gran Bretagna in occasione del G20 tenutosi a Buenos Aires il 18-19 marzo 2018. All'esito dell'incontro, infatti, i Ministri delle Finanze di Francia, Germania, Italia, Spagna e, appunto, Gran Bretagna, con il supporto dalla Commissione UE, hanno sottoscritto un comunicato congiunto con cui è stata enfatizzata la necessità di individuare una soluzione alle criticità poste dall'economia digitale, sul piano fiscale, possibilmente condivisa a livello globale, in considerazione del rilievo per il quale “*the specificities of the digital economy require new global rules governing territorial nexus and allocation of profits*”.

⁸ Vedi il *Chapter VIII del Finance Act 2016* indiano, entrato in vigore il 1 giugno 2016. Sul punto vedi altresì M. Agrawal, “*India at the Forefront in implementing BEPS-Related Measures: Equalization Levy in line with Action 1*”, in *International transfer pricing journal*, 2016, pagg. 323 e ss.; S. Wagh, “*The taxation of Digital Transactions in India: the new equalization levy*”, in *Bull. Int. Tax.*, 09/2016, pagg. 538 e ss. Interessante notare che l'*Equalization Tax* indiana non è dovuta se il relativo pagamento è strettamente connesso con la determinazione dell'imposta dovuta dalla stabile organizzazione di un soggetto non residente che ne ha ivi realizzato presupposti e pagato l'imposta locale sul reddito.

⁹ Non a caso l'OCSE, nel suo *Interim Report 2018* richiamato nella nota 2, solleva da subito una serie di problematiche che appaiono una implicita risposta critica alle Proposte della Commissione UE. Il documento si caratterizza anche per una serie di richiami al rispetto dei trattati contro le doppie imposizioni già siglati ed interviene, forse con un eccesso di zelo, anche nel richiamare altri accordi – ivi inclusi quelli formativi della stessa Comunità Europea – relativi in generale alle relazioni internazionali. Per un rapido confronto fra le posizioni espresse dalla Commissione Europea e quelle manifestate dall'OCSE vedi L. Sheppard, “*Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes*”, in *Bull. Int. Tax.*, 2018 (vol. 72), No. 4°/special Issue, che afferma: “*So the OECD and EU's executive arm, the European Commission, issued dueling reports about merits of non-income-tax solutions and changes to existing bilateral treaties to squeeze revenue out of mostly US-based tech multinationals. It's a fight for dominance in European policymaking as much as it is an argument about the merits*”. Anche se più avanti concede che: “*The OECD understands European constraints and seeks to restrain EU action on digital taxation*”.

¹⁰ Sul punto vedi M. Marè, “*Sulla web tax il vento sta cambiando*”, in *Il Sole 24 Ore*, 25 marzo 2018; B. Le Maire, “*L'urgenza di tassare le aziende digitali*”, in *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2018; S. Bragantini, “*Web tax europea. Un nodo da sciogliere*”, in *Corriere della Sera*, 28 novembre 2018. Sotto un profilo più tecnico vedi A. Tomassini, “*L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*”, in *Corr. Trib.*, 2018, pagg. 169 e ss.; E. Della Valle, “*La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito ?*”, in *Il fisco*, 2018, pagg. 1507 e ss.; T. Di Tanno, “*La Web tax europea: una misura innovativa ed emergenziale*”, in *Corr. Trib.*, 2018, pagg. 1531 e ss.

II. Natura e consistenza della stabile organizzazione – situazione attuale

1. La radice storica del concetto di stabile organizzazione

Il concetto di stabile organizzazione (“*permanent establishment*”) risponde all’esigenza di determinare un criterio di ripartizione del potere impositivo tra diverse giurisdizioni fiscali nelle ipotesi in cui un soggetto residente in uno Stato produce redditi d’impresa in un diverso Stato. Come è evidente, si tratta di un istituto fondamentale del diritto tributario internazionale, le cui radici affondano nei primi anni del secolo scorso, che assolve alla funzione di localizzare il reddito dell’impresa “multinazionale” (che è tale proprio perché operante in una pluralità di Paesi) e di determinare, rispetto ad esso, la titolarità del potere impositivo nazionale, consentendo in tal modo di allocare correttamente il reddito fra gli Stati coinvolti.

L’evoluzione dottrinale che ha interessato il concetto di stabile organizzazione è profondamente legata agli sviluppi che, in prospettiva storica, hanno abbracciato quella ricostruzione interpretativa, sviluppatasi nell’ambito del diritto internazionale pubblico, che concepiva la sovranità statale all’interno del rispettivo territorio di giurisdizione come pressoché illimitata, sia dal punto di vista formale che sostanziale, incontrando quale unico limite invalicabile la sovranità degli altri Stati. Si tratta del concetto di “*sovranità territoriale*”, elaborato dal diritto consuetudinario, secondo il quale l’esercizio delle funzioni e dei poteri all’interno del territorio delimitato dai confini statali poteva e doveva essere riservato esclusivamente al Paese cui riferire la sovranità nell’ambito dello stesso, senza l’ingerenza di nessun altro soggetto di diritto internazionale.

In tempi più recenti, tuttavia, parallelamente alla messa in crisi del concetto tradizionale di sovranità, l’autonomia istituzionale degli Stati è stata progressivamente minata dalle vicende storiche che hanno interessato l’epoca moderna e contemporanea, che hanno avuto la conseguenza di stravolgere i tradizionali modelli giuridici ed economici previgenti. Unitamente al proliferare dell’applicazione di discipline pattizie e della, sempre più estesa, diffusione della c.d. *soft law* internazionale, i Paesi hanno avvertito la necessità di disciplinare, a livello sovranazionale, il nuovo modo di fare economia che si stava affermando in seguito all’intensificarsi delle relazioni commerciali tra i vari Stati.

L’operare congiunto di tali fenomeni ha inevitabilmente comportato un mutamento dei previgenti *standard* internazionali di tassazione, che venivano quindi ad incentrarsi, per quanto riguarda la tassazione delle imprese, su tre “nuovi” pilastri, rappresentati dal principio di “residenza fiscale”, dalla disciplina dei flussi transnazionali dei “*passive income*” e dal concetto di “stabile organizzazione”.

Giova osservare in tale ultimo merito come nell’ambito del sistema previgente, in cui i modelli di *business* erano assai più semplici rispetto a quelli che ad oggi hanno assunto i grandi gruppi multinazionali, la stabile organizzazione o la società controllata riproducevano all’estero le stesse attività rilevanti che la casa madre esercitava nel Paese di residenza, per la realizzazione dell’oggetto sociale. Si trattava di un modello di produzione a rischio pieno, in cui le *branch* o le *subsidiary* svolgevano tutte le stesse attività (quali quelle di progettazione, ricerca, produzione, distribuzione, *marketing*, ecc.) proprie della *parent company*.

Nella sua accezione moderna, invece, la stabile organizzazione viene a porsi come istituto fondamentale per il riconoscimento dei poteri impositivi ad un Paese diverso da quello di residenza, in considerazione del fatto che la mancanza di un radicamento effettivo in un Paese estero ostacolava l’espansione all’estero delle imprese, inibendo la possibilità per le stesse di penetrare mercati stranieri in modo significativo e rilevante in termini di profitto e fatturato.

In questa cornice si affermò, dunque, l’idea che la *corporate tax* dovesse essere prelevata nel Paese sul cui territorio interveniva l’attività economica di produzione di beni o servizi, a prescindere che si trattasse dello Stato di residenza o di quello di insediamento di una stabile organizzazione o di una società controllata

Il “moderno” concetto di stabile organizzazione¹¹, qui d’interesse, è stato elaborato proprio ai fini di individuare, con criteri certi, i casi in cui il “*radicamento*” dell’impresa estera nel territorio dello Stato di produzione possa essere considerato sufficientemente qualificato, ossia tale da consentire di intendere l’impresa straniera come (fiscalmente) esistente ed attivamente coinvolta nella vita economica dello Stato medesimo. È solo quando viene integrata questa “*soglia minima*”, che allo Stato della fonte occorre attribuire il diritto di tassare il reddito prodotto sul proprio territorio dall’impresa non residente.

Per effetto delle profonde innovazioni cui si è fatto cenno - e che hanno interessato in modo sostanziale i modelli di organizzazione delle imprese multinazionali - sul concetto di stabile organizzazione risulta allo stato basata la ripartizione convenzionale del potere impositivo tra Stato della fonte (dei redditi) e Stato della residenza (dell’impresa), con l’obiettivo, oltretutto di proteggere le pretese impositive dei singoli Stati, anche di eliminare gli ostacoli all’espansione dell’attività delle imprese, che, in assenza di coordinamento, sarebbero state limitate dal rischio di una doppia imposizione.

La nozione di stabile organizzazione, nella sua definizione tradizionale, per molti decenni, è stata idonea a rispondere alle esigenze che l’avevano generata, consentendo la regolamentazione dello svolgimento delle attività multinazionali ed assicurando il corretto esercizio del potere impositivo dei vari Stati.

Negli ultimi decenni, tuttavia, tale idoneità ha iniziato a vacillare, come ci accingiamo ad analizzare nel paragrafo che segue.

2. La difficile adattabilità della figura di stabile organizzazione all’economia digitale – profili concettuali

La crisi del concetto tradizionale di stabile organizzazione è frutto di un mutamento della struttura dei gruppi societari, determinata dai fenomeni della globalizzazione e della digitalizzazione.

La globalizzazione non è certo un fenomeno nuovo, ma l’integrazione delle economie e dei mercati, negli ultimi decenni, è cresciuta in maniera tanto veloce e incontrollabile, da lasciare gli ordinamenti nazionali sprovvisti, sul piano fiscale, di adeguati strumenti per assicurare un’equa imposizione sui redditi prodotti dalle imprese multinazionali. Le società si sono mosse, infatti, verso la specializzazione delle rispettive funzioni e la frammentazione delle stesse¹²; fattori, questi, che non sempre consentono di individuare la sussistenza di una presenza qualificata “minima”, tale da integrare una stabile organizzazione.

La vera rivoluzione, tuttavia, è stata rappresentata dall’ingresso, nello scenario internazionale, delle cosiddette imprese *high tech*. Esse svolgono attività completamente digitali o multidimensionali, che non necessitano in quanto tali di una presenza fisica sul territorio per il perseguimento del loro oggetto sociale. La loro operatività presenta le caratteristiche proprie del *trading with a country*, e come tale non tassabile secondo i criteri attuali della *corporate tax*, pur con una penetrazione nel mercato dei vari Stati tanto massiccia da avvicinarla più allo schema del *trading in a country*¹³. Si è quindi assistito alla messa in discussione dei principi fondamentali sulla cui base era stato elaborato l’istituto della stabile organizzazione. In tale contesto, la sfida per i sistemi fiscali è rappresentata dalla necessità di gestire in maniera efficiente ed efficace la “mobilità” che se da un lato caratterizza i moderni *business model*, dall’altro connota gli stessi ricavi d’impresa, che si sono trasformati in elementi di reddito che possono essere generati da remoto, senza l’ausilio di una stabile organizzazione, o al

¹¹ La nozione di “*permanent establishment*” è stata utilizzata per la prima volta dalla Società delle Nazioni nell’art. 5, par. 1, del Modello di Convenzione del 1927.

¹² Ciò ha condotto al passaggio da un modello di impresa in cui, sia la casa madre nello Stato di residenza, sia le controllate e le stabili organizzazioni in Stati esteri, svolgevano autonomamente l’intero ciclo in cui consisteva l’attività sociale, ad un modello di impresa unitaria integrata, in cui ogni parte dell’impresa stessa svolge solo uno specifico ramo del *business* globale, dislocato in diversi Paesi.

¹³ Di un modello di *business*, cioè, che richiede all’impresa la presenza fisica sul territorio e il coinvolgimento dell’impresa estera nell’economia locale.

massimo, servendosi di strutture eccessivamente leggere e non sufficienti, in quanto tali, ad integrare l'istituto¹⁴.

Ed è proprio questa caratteristica – la mobilità – a rendere gli attuali modelli economici e di organizzazione imprenditoriale poco adatti ad essere regolati mediante i tradizionali strumenti di diritto tributario internazionale. La mobilità, nella cennata accezione, riguarda infatti sia i beni normalmente oggetto di transazioni sul *web* (i c.d. “*intangible*”), sia i soggetti che partecipano alle transazioni (i c.d. “*user*”), sia la possibilità di delocalizzare le funzioni operative dell'impresa (ossia la possibilità di permettere la relativa collocazione anche in più Stati diversi). A tutto questo si aggiunge poi la circostanza per la quale il *web* consente di creare nuove forme di ricchezza, come quelle derivanti dall'uso massivo, oggi compiuto a fini commerciali, dei dati raccolti e concernenti gusti e scelte dei consumatori.

Oltre alla mobilità, un altro aspetto problematico legato all'economia digitale, è quello rappresentato dalla “volatilità” che connota le imprese operanti nel *web* e che consente a queste ultime, a fronte in particolare della sostanziale assenza di barriere all'ingresso, di penetrare in un determinato settore del mercato e di affermarvisi in un lasso di tempo anche molto breve, rendendo talvolta difficoltosa la loro esatta localizzazione, in termini di radicamento in uno Stato piuttosto che in un altro. Strettamente connesso a tale modello di operatività nel mercato è la circostanza per la quale le funzioni dell'impresa possono essere svolte senza necessità di avvalersi di personale *in loco*, o ricorrendo in ogni caso a scarso personale.

Proprio i predetti caratteri della mobilità e della volatilità, connessi, all'evidenza, alla progressiva globalizzazione dei mercati, hanno messo in crisi i concetti di Stato della fonte e di Stato della residenza. Se da una parte, infatti, l'immaterialità e la volatilità delle transazioni svolte in *internet* rendono ardua l'individuazione di quale sia il territorio in cui effettivamente collocare l'effettuazione di una singola operazione, e quindi quale sia lo Stato della fonte, dall'altra è anche vero che è mutata la concezione dello Stato di residenza, identificandosi, per le imprese digitali, con il luogo fisico di origine della proprietà intellettuale e non più, solo, con il luogo di direzione effettiva dell'impresa. Lo Stato di residenza, ha oggi la pretesa di diventare Stato della fonte anche per le attività svolte al di fuori del proprio territorio. Tale pretesa si manifesta con il vantare diritti impositivi su quella parte di proventi derivanti direttamente dallo sfruttamento della proprietà intellettuale, sulla base cioè di un *nexus approach* che collega l'*Intellectual Property* con il territorio dello Stato¹⁵.

¹⁴ Assonime, “*Stati sovrani e imprese multinazionali...*”, *cit.*, in *Note e studi*, n. 15/2017.

¹⁵ Questo approccio concettuale ha determinato un conflitto tra gli Stati Uniti, da una parte, e l'Europa e il resto del mondo, dall'altra.

Conflitto che affonda le sue radici nei primi anni novanta, periodo in cui ha avuto inizio, su entrambe le sponde dell'Atlantico, un vivace dibattito avente ad oggetto l'economia digitale.

In particolare, a differenza dell'OCSE e degli Stati UE, il Tesoro statunitense ha sostenuto che le caratteristiche proprie della *digital economy*, e più nello specifico del commercio elettronico, non giustificassero l'introduzione di norme fiscali *ad hoc*, potendosi ben adattare a questo nuovo modo di fare economia, i tributi già esistenti (si veda al riguardo l'*Internet Tax Freedom Act*, emanato dal Tesoro USA, nel 1998, nel quale è stata prevista una proroga all'introduzione di nuovi tributi locali, statali e federali sul commercio elettronico, al fine di evitare discriminazioni). La finalità perseguita si inseriva nell'ottica di garantire il rispetto del principio di neutralità, che prevede il trattamento omogeneo dei redditi, a prescindere dal fatto che derivino da modelli di *business* tipici o digitali. Come corollario, si è affermata l'idea secondo la quale deve prevalere la tassazione del reddito nello Stato di residenza del soggetto produttore, non potendosi parlare esattamente di Paese della fonte nel mondo digitale, date le obiettive difficoltà nell'individuare.

Questa visione si è sviluppata anche in ragione della circostanza che vede la sede della capogruppo delle imprese maggiormente operanti nella *digital economy*, localizzata negli USA, che per l'effetto hanno rivendicato il proprio potere impositivo sui loro extraprofiti, sul presupposto che il luogo di produzione di tali ultimi proventi si identifichi nel Paese di residenza fiscale della capogruppo, ove viene elaborato l'algoritmo (o altra “*intellectual property*”) da cui gli stessi asseritamente derivano (Cfr. Assonime, “*Stati sovrani e imprese multinazionali...*”, *cit.*, in *Note e studi*, n. 15/2017, pag. 11).

Posizione inaccettabile per gli altri Stati (*in primis* i Paesi europei), che rappresentano i grandi mercati di tali colossi, soprattutto per il massiccio numero dei c.d. *Big Data* forniti dagli utenti, ma che al contempo, in vigenza dei tradizionali *standard* fiscali internazionali, non ne ricavano vantaggi in termini di basi imponibili. Le imprese *hi tech* riescono infatti

La difficoltà principale che appare doversi fronteggiare è quella consistente nella elaborazione di un valido criterio di collegamento, che sia in grado di attrarre a tassazione i redditi scaturenti da tali nuovi modelli di *business* nel territorio in cui essi sono effettivamente generati, e nell'individuare l'esatta misura di tali redditi.

Difficoltà che, del resto, sono una conseguenza dell'elevato livello di dematerializzazione e della frammentazione di funzioni, di rischi e di *asset* attraverso il territorio di più Paesi, tipico delle *digital company*, le cui caratteristiche chiave, possono essere così schematizzate:

- rilevanza dei dati: in particolare i cosiddetti *Data* e *Big Data*. Si tratta di dati riferiti ad un numero assai elevato di individui, che vengono analizzati per studiare le preferenze dei consumatori in modo da poter migliorare prodotti e servizi. Essi generano ricchezza per le imprese della *new economy*, in conseguenza dalla partecipazione (inconsapevolmente) attiva degli utenti;
- effetti di *network* e *multi-sided business model*: permettono la creazione di valore, attraverso piattaforme che consentono a diversi gruppi di persone di interagire e scambiarsi idee, influenzandosi (positivamente o negativamente) innanzitutto fra loro e, in secondo luogo, influenzando sulla formazione di tendenze presso altri gruppi. Le sinergie derivanti dalla loro reciproca interazione "creano" ricchezza, senza che l'impresa debba stimolare attivamente la domanda di beni e servizi con strutture o persone agenti sul territorio dello Stato;
- tendenza a creare monopoli o oligopoli *de facto*.

Le caratteristiche appena illustrate, unitamente all'inadeguatezza dei tradizionali *standard* fiscali internazionali, hanno condotto ad un crescente fenomeno di elusione della base imponibile da parte delle multinazionali, che ha prodotto un danno profondo a Stati, individui e mercati¹⁶.

a minimizzare la loro presenza sul territorio degli Stati di "destinazione", operando con strutture leggere, non idonee ad integrare una stabile organizzazione.

Il radicamento del conflitto concettuale tra gli USA e l'UE deriva da una differente visione dei *driver* di creazione del valore nel settore digitale: i primi attribuiscono, infatti, una rilevanza dominante agli *intangibile*, in ultima analisi riconducibili alla casa madre statunitense, mentre i secondi ritengono che nella catena di continuo arricchimento del valore della *intellectual property*, cruciale sia il ruolo degli utenti, fornitori di dati,

Il conflitto concettuale è emerso, con tutta evidenza, il 7 giugno 2017, a Parigi, in sede di sottoscrizione del c.d. *Multilateral Instrument* ("MLI" o "**Convenzione Multilaterale**" - ossia lo strumento giuridico multilaterale, attraverso cui implementare, in tempi rapidi, le modifiche al Modello OCSE conseguenti al Progetto BEPS, nelle numerose Convenzioni bilaterali già esistenti). Gli Stati Uniti si sono, infatti, rifiutati di procedere alla firma del MLI, decidendo di regolare i rapporti con gli altri Paesi attraverso accordi bilaterali, nell'ottica, dunque, di non uniformarsi pienamente ai principi sviluppatasi in seno all'OCSE e fortemente avallati dagli Stati europei.

La diversità di vedute si è manifestata inoltre nelle scelte di politica fiscale recentemente elaborate sulle due sponde dell'Atlantico. Da una parte, infatti, la riforma fiscale statunitense del 20 dicembre 2017, ha condotto ad un'estensione della disciplina CFC, con lo scopo di attrarre ad imposizione sul suolo americano i proventi ("apolidi") derivanti dalle *branch* dei colossi digitali e ha ribadito la non necessarietà di creare norme *ad hoc* per "segregare" la tassazione delle *digital business*. Dall'altra, la Commissione europea il 21 marzo 2018 ha rilasciato le due Proposte di Direttive sulla *digital economy* (di cui si dirà ampiamente *infra*) enfatizzando la specificità delle imprese *hi tech*, e, quindi, la necessità di una "segregazione" della loro disciplina, mediante l'introduzione di disposizioni atte a rinnovare gli strumenti fiscali tradizionali alla luce delle rinnovate esigenze di corretta allocazione dei profitti nella *digital economy*.

Un disaccordo relativo all'*an* e al *quantum* di rilevanza da assegnare ai dati e alla partecipazione degli *user* nella produzione e nell'accrescimento della catena del valore è emerso, da ultimo, anche dall'*Interim Report on the Tax Challenges Arising from the Digitalisation*, pubblicato dall'OCSE, il 16 marzo 2018. Nell'ambito della ricerca di una soluzione globale di revisione dei criteri di collegamento territoriale e di corretta allocazione dei profitti, è stata paventata anche la possibilità di introdurre misure di tassazione immediate e temporanee, a carico dei gruppi digitali molto grandi (ad esempio, un'accisa sulla fornitura di determinati servizi). Soluzione a cui, non inaspettatamente, gli Stati Uniti si sono fermamente opposti, ritenendo non ve ne sia necessità.

Sembra evidente che la posizione "conservativa" degli Stati Uniti sia determinata da esigenze di mera convenienza economica, più che da un'analisi critica della realtà dei fatti.

Per un approfondimento si veda Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento OCSE, USA e UE a confronto*", Circolare n. 19, 1 agosto 2018.

¹⁶ In particolare, appare utile rilevare, quanto agli Stati, che molti Governi hanno dovuto fare i conti con una diminuzione delle entrate tributarie e con un parallelo aumento dei costi per garantire la *compliance*. Inoltre, l'erosione della base imponibile e il trasferimento dei profitti hanno indebolito l'integrità dei sistemi fiscali, rendendoli meno appetibili ai fini degli investimenti e ledendo quindi la promozione di una crescita economica. In secondo luogo, quanto agli individui,

La situazione, di portata globale, non è certamente stata ignorata dalle istituzioni internazionali, che, parallelamente agli sforzi operati dai singoli ordinamenti, si sono da tempo mosse nella ricerca di soluzioni concrete. Di seguito si dà conto dei lavori svolti dall'OCSE e dall'Unione Europea.

3. Le elaborazioni operate in sede OCSE in tema di stabile organizzazione digitale

Come meglio si illustrerà nel prosieguo, l'OCSE ha, da sempre, mostrato un grande coinvolgimento ed un profondo e costante impegno nella elaborazione di valide risposte alle problematiche che hanno interessato gli *standard* impositivi tradizionali a seguito della globalizzazione, e, soprattutto, della digitalizzazione dell'economia. Obiettivo primario perseguito dall'OCSE è stato – ed è – quello di salvaguardare le pretese impositive di ciascuno Stato, attraverso la corretta e ordinata allocazione dei redditi prodotti dalle imprese digitali, che, in virtù della modalità peculiare con cui conducono la propria attività d'impresa, riescono ad affermare la propria presenza nelle economie di una molteplicità di Stati, senza che a ciò consegua, tuttavia, l'emersione di alcuna consistenza fisica, operando da remoto.

Come si vedrà, tuttavia, i tentativi e gli sforzi operati in sede OCSE, non hanno finora condotto ad un risultato efficace, che possa considerarsi in effetti risolutivo rispetto alle problematiche poste dalla digitalizzazione dell'economia.

3.1. Criteri di identificazione della stabile organizzazione alla luce della *digital economy*

Una delle tematiche maggiormente significative affrontate dall'OCSE, nella ricerca di soluzioni di cui si è appena detto, riguarda proprio il concetto di stabile organizzazione.

Il punto di partenza dell'indagine risale alla fine degli anni novanta, momento in cui si stava assistendo al diffondersi del c.d. commercio elettronico (o "*e-commerce*"), espressione con la quale si fa riferimento alla molteplicità delle transazioni commerciali, relative alla cessione di beni e alla prestazione di servizi, che avvengono tramite una rete mondiale di comunicazione telematica¹⁷.

Inizialmente, gli sforzi dell'OCSE sono stati orientati verso un adeguamento, in via interpretativa, della definizione tradizionale di stabile organizzazione dettata dall'art. 5 del Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni (di seguito, "**Modello OCSE**"), nella convinzione che non fosse necessario un radicale mutamento della disciplina sostanziale. Le analisi succedutesi negli anni, unitamente ai cambiamenti intervenuti nell'economia globale dovuti alla digitalizzazione, hanno tuttavia mostrato la necessità di

quando le norme fiscali permettono alle imprese di ridurre il loro carico fiscale spostando il loro reddito verso giurisdizioni diverse da quelle in cui le attività produttive sono effettivamente svolte, altri contribuenti in quella giurisdizione sopportano una quota maggiore del carico fiscale complessivo. Infine, per quanto attiene ai mercati, occorre rilevare che le multinazionali che si avvantaggiano di opportunità di elusione ai fini di ridurre il loro carico fiscale possono porre in una situazione di svantaggio competitivo le imprese operanti solo in mercati domestici o le nuove imprese innovative, le quali incontrano inevitabilmente delle difficoltà a competere con le imprese multinazionali e con la loro abilità di spostare i profitti oltre i confini nazionali per evitare o ridurre l'imposizione fiscale.

¹⁷ In generale, si suole distinguere tra:

- commercio elettronico "diretto", avente ad oggetto beni immateriali (intendendosi per tali i beni che non necessitano di un supporto fisico per essere trasferiti, come ad esempio le ipotesi in cui si possa usufruire degli stessi tramite *download*, e quindi di tutti i prodotti digitalizzabili quali la musica, i video, le opere letterarie, i *software*, ecc.) e in cui tutte le fasi del rapporto contrattuale, ossia la promozione dei beni e servizi, la presentazione dell'offerta, la conclusione del contratto, come anche l'esecuzione delle prestazioni ad opera di entrambe le parti contraenti, si svolgono tramite il sistema telematico;
- commercio elettronico "indiretto", avente ad oggetto la vendita di beni materiali, la cui transazione commerciale avviene allo stesso modo per via telematica, ma l'acquirente riceve i beni "fisicamente" a domicilio, secondo i canali distributivi tradizionali, quali il vettore o lo spedizioniere.

individuare una definizione rinnovata dei confini di stabile organizzazione, non essendo a tal fine sufficiente un mero adeguamento interpretativo.

Di seguito si ripercorrono le tappe più importanti delle elaborazioni sviluppate dall'OCSE.

Le prime indagini sono state elaborate in seno al *Committee Fiscal Affairs* (di seguito, “CFA”)¹⁸ dell'OCSE, che ha curato la formazione di cinque *Technical Advisory Group* (di seguito, “TAG”), composti in parte da membri nominati Governi e in parte da soggetti appartenenti al mondo del *business*, e di cui uno, il *Business Profit Technical Advisory Group* (di seguito, “BP TAG”), con il compito specifico di analizzare e sviluppare le tematiche connesse alle sfide poste dal commercio elettronico, secondo le linee guida individuate nel documento OCSE, “*Electronic Commerce: The Challenges to Tax Authorities and Taxpayers*”.

Con riferimento, in particolare, alla nozione di stabile organizzazione era emersa la necessità di trovare nuove soluzioni interpretative dell'istituto che potessero essere in linea con i parametri dettati dal commercio elettronico¹⁹.

Nell'ambito di questo processo di approfondimento, un'analisi interessante è stata quella sviluppata nel documento “*The Application of the Permanent Establishment Definition in the Context of Electronic Commerce: Proposed Clarification of the Commentary on Article 5 of the OECD Model Tax Convention - Draft for Comments*” predisposto dal “*Working Party N. 1 on Tax Conventions and Related Questions*”²⁰, che ha condotto all'inserimento nel Commentario al Modello del 2000, di una sezione dedicata all’“**Electronic Commerce**”.

La scelta di mantenere inalterata la nozione di stabile organizzazione di cui all'art. 5 dello Modello OCSE, per procedere alla sola modifica del Commentario, ha reso l'intervento immediatamente applicabile, senza la necessità di procedere alla modifica dei numerosi Trattati già ratificati basati sul Modello OCSE.

Il dibattito si è incentrato principalmente sulla possibilità di qualificare come stabile organizzazione il sito *web* e il *server* alla luce della cosiddetta *basic rule* di cui all'art. 5, par. 1, del Modello OCSE, in base al quale la stabile organizzazione è qualificata come “*a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*”. L'interpretazione che n'è derivata è di grande importanza ed è ritenuta ancora valida, tanto che è stata riportata, priva di modifiche, nelle diverse versioni del Commentario, fino all'ultima risalente al 2017.

All'esito di tale lavoro di integrazione, sulla base dell'impostazione prescelta una prima distinzione deve essere effettuata tra l'attrezzatura “*computer*”, che a determinate condizioni può rappresentare una stabile organizzazione, e i *software*, installati sul supporto materiale.

¹⁸ Il CFA è composto da alti funzionari responsabili delle politiche fiscali e delle amministrazioni finanziarie dei Paesi OCSE, dei Paesi osservatori e di altre organizzazioni internazionali e regionali e svolge un ruolo guida nell'affrontare gli effetti della rivoluzione tecnologica in ambito fiscale.

¹⁹ Mette conto evidenziare che i lavori in materia di commercio elettronico, sono iniziati in occasione di due importanti incontri internazionali, le conferenze di Turku (1997) e di Ottawa (1998), a cui hanno preso parte rappresentanti delle organizzazioni internazionali, del settore imprenditoriale e delle organizzazioni dei consumatori. Nelle predette occasioni emerse la consapevolezza che il commercio elettronico fosse un mezzo innovativo per concludere, in maniera rapida ed estesa, transazioni commerciali, dando impulso alla crescita economica. Allo stesso tempo, fu sottolineata la necessità di adattare gli esistenti strumenti tributari al commercio elettronico, in un'ottica di collaborazione tra i vari Stati al fine di eliminare gli ostacoli all'espansione del commercio e di evitare fenomeni di doppia imposizione. Sono quindi state gettate le fondamenta per un futuro accordo, su base mondiale, sulla materia fiscale del commercio elettronico (“*A borderless world: realising the potential of global electronic commerce*”, Ottawa, 7-9 ottobre 1998, *Conference Conclusions*). Negli anni successivi alla conferenza di Ottawa, l'impegno del CFA sull'argomento è proseguito, illustrando i progressi svolti in materia di imposizione diretta ed indiretta, e individuando i nuovi obiettivi da raggiungere (OCSE, “*Taxation and Electronic Commerce - Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*”, 4 maggio 2001).

²⁰ Il “*Working Party*” costituisce un sotto-gruppo del CFA dell'OCSE ed è responsabile dell'aggiornamento del Modello OCSE.

Più in particolare, il Commentario chiarisce che un sito *web*, che altro non è che una combinazione di *software* e dati elettronici, per loro natura immateriali, non è idoneo a costituire una “sede fissa d'affari”, nel senso dell'art. 5 del Modello OCSE, il quale richiede la materialità di un luogo, come ad esempio l'esistenza di locali, magazzini, macchinari, attrezzature, *etc.*²¹.

Diversamente, il *server*, attraverso cui il sito *web* è reso disponibile, essendo un elaboratore dotato di una propria fisicità, può integrare una stabile organizzazione materiale, purché ne rispetti gli ordinari requisiti. Vale a dire:

- la fissità: il *server* deve permanere nel territorio dello Stato per un periodo di tempo congruo. La caratteristica della fissità va intesa non tanto come ancoraggio al suolo, bensì come collegamento di natura economico/funzionale, non temporaneo, tra il *server* e uno spazio geografico determinato²²;
- la strumentalità rispetto allo svolgimento dell'attività: è necessario che esso sia preposto allo svolgimento delle preminenti funzioni connesse all'attività caratteristica dell'impresa estera, che deve essere in tutto o in parte svolta attraverso il *server*²³. A tal fine non è rilevante l'impiego di personale o meno; relativamente al commercio elettronico valgono le stesse regole elaborate per le altre apparecchiature automatizzate²⁴.

Ovviamente, perché il *server* possa essere riconosciuto come “stabile organizzazione” è necessario che l'attività svolta per il suo tramite non sia meramente preparatoria o ausiliaria, nel senso previsto dall'art. 5, par.4, del Modello OCSE. È, quindi, necessario compiere un'analisi *case by case*, avendo riguardo alle attività svolte concretamente dall'impresa tramite il *server*.

Nel Commentario sono state elencate, a titolo esemplificativo e non esaustivo, una serie di attività che sono considerate ausiliarie o preparatorie. Ossia:

- la fornitura di collegamenti tecnici di comunicazione tra fornitori e clienti;
- la pubblicizzazione di beni o servizi;
- la trasmissione di informazioni attraverso un *mirror server* per scopi di efficienza e sicurezza;
- la raccolta di dati di mercato per le imprese;
- la fornitura di informazioni²⁵.

A meno che, queste attività non costituiscano l'attività *core* dell'impresa.

Un'ultima questione analizzata dal Commentario è quella relativa alla possibilità di configurare come stabile organizzazione, l'*Internet service provider* (di seguito, l'“**ISP**”), che è colui che gestisce il *server*, consentendo l'accesso ad *internet* e ai suoi servizi e svolgendo attività di *web hosting*. Quest'ultimo si differenzia dall'*Internet content provider* (di seguito, l'“**ICP**”), che è, invece, il soggetto a cui è attribuibile il sito *web*, ossia colui che fornisce i prodotti e i servizi attraverso la rete.

Con riferimento all'ISP, ci si è chiesti se questo possa costituire una stabile organizzazione personale dell'ICP. Poiché i requisiti richiesti a tal fine dal Modello OCSE sono rappresentati: (i) dallo svolgimento dell'attività economica dell'impresa estera per il tramite di una persona; (ii) dal fatto che tale persona abbia ed eserciti abitualmente il potere di concludere contratti in nome dell'impresa estera, l'OCSE è giunta alla conclusione negativa. Tale conclusione giace in particolare sul fatto che, in primo luogo, il *server* non può in ogni caso costituire “una persona” (*i.e.* agente), ai sensi dell'art. 3, par. 1, lett. a) del Modello OCSE²⁶, in secondo luogo, i contratti non sono conclusi per mezzo dell'ISP, bensì per mezzo del sito *web*²⁷.

Quanto invece all'ICP si possono ipotizzare due distinte fattispecie.

²¹ OCSE, “Commentario all'art. 5 del Modello di Convenzione OCSE”, par. 122, 2017.

²² OCSE, “Commentario all'art. 5...”, *cit.*, par. 125, 2017.

²³ OCSE, “Commentario all'art.5...”, *cit.*, par. 126, 2017.

²⁴ Come, ad esempio, le attrezzature di pompaggio automatico, impiegate nell'estrazione delle risorse naturali. Si veda OCSE, “Commentario all'art.5...”, *cit.*, par. 127, 2017.

²⁵ OCSE, “Commentario all'art.5...”, *cit.*, par. 128, 2017.

²⁶ Ai sensi del quale: “the term “person” includes an individual, a company and any other body of persons”.

²⁷ OCSE, “Commentario all'art.5...”, *cit.*, par.131, 2017.

Nella prima, l'ICP non ha un potere di controllo sul *server*, relativamente all'istallazione, alla manutenzione e all'aggiornamento *hardware* e *software*, e/o al controllo dell'accesso allo stesso (posto che non assume rilevanza il mero contratto per l'utilizzo di uno spazio del disco destinato ad ospitare il sito *web*). In questo caso bisogna escludere l'esistenza di una stabile organizzazione, avendo il sito *web* natura immateriale.

Nella seconda ipotesi, invece, l'ICP ha il controllo sul *server*. In tal caso la combinazione tra sito e *server* può dar luogo ad una stabile organizzazione dell'ICP, qualunque sia il titolo che legittimi tale controllo. Il Commentario individua due possibilità per regolare il rapporto tra ISP e ICP: (i) il contratto per la trasmissione di dati e (ii) il contratto di locazione o *leasing*. Entrambe le varianti vengono definite *server* dedicato (nel senso che ospita, in via esclusiva il *web site* dell'impresa che ha per oggetto la commercializzazione di beni *online*), ma, ai fini della stabile organizzazione, è necessario che il *server* sia anche gestito dall'ICP²⁸.

Tanto rilevato, occorre peraltro evidenziare come l'interesse e lo studio, da parte dell'OCSE, relativamente alle implicazioni dell'economia digitale sul concetto tradizionale di stabile organizzazione, sono proseguiti negli anni, in ragione anche della veloce evoluzione tecnologica.

Al riguardo, il BP TAG, nel 2004, aveva suggerito²⁹ l'introduzione nel Modello OCSE della definizione di "*electronic (virtual) permanent establishment*". Tale proposta aveva lo scopo di risolvere i diversi problemi sorti in materia di *e-commerce*, attraverso la definizione dei concetti di:

- "*virtual fixed place of business PE*", secondo il quale si ha una stabile organizzazione qualora un'impresa mantenga un *web site*, attraverso cui svolge la propria attività, sul *server* di un'altra impresa, che si trova in uno Stato diverso. In questo caso il "*place of business*" è il sito *web*, che è virtuale;
- "*virtual agency*", che estende il concetto di stabile organizzazione personale alla circostanza in cui i contratti, abitualmente stipulati per conto dell'impresa da parte di persone che si trovano in uno Stato differente, avvenga attraverso mezzi tecnologici;
- "*onsite business presence*", sulla cui base è ritenuta sussistente una stabile organizzazione ove un'impresa sia economicamente presente in uno Stato estero, fornendo servizi ai clienti locali semplicemente *on-site* o con altre modalità di interfaccia (ad esempio attraverso computer o interazione telefonica), senza una tradizionale sede fissa d'affari.

È, quindi, da questo momento, grazie alle elaborazioni del BP TAG, che si inizia a mettere in discussione l'adattabilità del concetto di stabile organizzazione, basato sulla presenza fisica dell'impresa sul territorio dello Stato estero, e che si gettano le basi per l'elaborazione di un nuovo concetto, incentrato sulla presenza virtuale.

Ma forse i tempi non erano ancora maturi. Ciò ha impedito l'accoglimento, in concreto, del principio della stabile organizzazione virtuale, fondamentalmente per due motivi: - il primo consisteva nella convinzione che le vigenti disposizioni in materia di stabile organizzazione fossero più che sufficienti per far fronte alle sfide sollevate e sviluppate come conseguenza dell'avvento dell'economia digitale; - il secondo si fondava sulla mancanza di dati empirici che mostrassero come la creazione dei redditi tramite gli strumenti telematici avesse avuto come effetto diretto la diminuzione del gettito fiscale nei vari Paesi.

Negli ultimi anni il progresso tecnologico è cresciuto notevolmente e le imprese sono diventate sempre più digitalizzate, imbattendosi nel limite rappresentato dalla carenza di strumenti tributari idonei a regolamentare le nuove forme di impresa multinazionale digitale. Questa situazione ha condotto alla creazione di fenomeni difficilmente inquadrabili e ha creato un terreno fertile per la proliferazione di forme di pianificazione aggressiva che hanno compromesso la capacità impositiva degli Stati relativamente ai redditi prodotti sul *web*.

La necessità di dare corso all'adeguamento dei sistemi tributari alle sfide dell'economia digitale si è imposta a tutti i livelli ed ha rappresentato una dei più importanti tematiche di studio affrontati durante i lavori per il Progetto BEPS, a cui è stata infatti dedicata la prima delle 15 *Action* di cui si compone.

²⁸ OCSE, "*Commentario all'art.5...*", *cit.*, par.124, 2017.

²⁹ OCSE, "*Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?*", *Final Report*, 2004.

L'Action 1³⁰, sul tema della stabile organizzazione, ha paventato la possibilità di prevedere un *nexus* alternativo a quello tradizionale basato sulla presenza fisica, da applicarsi a quelle situazioni in cui l'attività di *business* viene svolta unicamente in forma digitale³¹. In tali casi, un'impresa che svolge “*fully dematerialised digital activities*” potrebbe possedere una stabile organizzazione in un dato Stato se registra una “*significant digital presence*” nel tessuto economico di quest'ultimo³².

Chiaramente, la decisione di introdurre formalmente il concetto di “*significativa presenza digitale*” nelle Convenzioni vigenti, presuppone la previa soluzione di determinati profili attuativi problematici che tale definizione pone.

Stante il fatto che la presenza digitale può essere ritenuta sussistente nel caso in cui si accerti che i contenuti digitali di un'impresa (quali, ad esempio, il sito *web*, le informazioni, i beni o i servizi) siano accessibili ad un cliente localizzato in un Paese diverso rispetto a quello in cui l'impresa risiede, maggiori cavillosità presentano i profili della corretta quantificazione di tale presenza e, dell'individuazione del momento in cui questa possa essere ritenuta “*significativa*”³³.

Oltre alle difficoltà pratiche relative all'individuazione della cosiddetta *stabile organizzazione virtuale*, bisogna tener conto anche dell'esigenza di non alterare i delicati equilibri nella ripartizione del reddito d'impresa tra Stato della fonte e Stato di residenza (infatti questo concetto protenderebbe verso lo Stato di destinazione) e di assicurare la parità tra le imprese che sono assoggettate a tassazione in base alla presenza

³⁰ OCSE, “*Addressing the Tax Challenges...*”, *Action 1 – Final Report*, cit., 2015.

³¹ Nel documento OCSE, “*Discussion Draft on BEPS Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*”, del 14 aprile 2014, si legge: “*This proposal seems to directly contradict that statement that ring-fencing the digital economy is neither appropriate nor feasible. We note that the proposals in the Discussion Draft do not seem to focus on whether payments made in relation to goods and services are deductible for tax purposes, and rather largely focuses on B2C transactions. Without this key element, it is difficult to see how this proposal targets base erosion. BEPS is intended to address artificial profit shifting. If the income is attributable to actual activities that have moved out of the jurisdiction, then the profit shifting is not artificial and there is no BEPS issue. We also believe that this option is inconsistent with the emphasis on people functions in the draft Chapter VI TPG revisions and violates the Ottawa principles.*

This option would result in a significant controversy and double taxation and would discourage the expansion of digital goods and services into remote economies, which will adversely affect economic growth”.

Per ulteriori approfondimenti si vedano: P. Valente, “*Elusione fiscale internazionale*”, IPSOA, 2014, pagg. 2063 e ss.; P. Valente, G. Ianni, F. Roccataglia, “*Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione di impresa*”, IPSOA, 2015, pagg. 213 e ss.

³² Si legge ancora nel documento OCSE, “*Discussion Draft on BEPS Action 1...*”, cit., 2014: “*The concept of “significant digital presence” creates a PE in a country for fully dematerialised digital activity if certain tests are satisfied including if there are a significant number of contracts signed remotely by the enterprise and a tax-resident consumer of that country or the customer, or substantial payments are made by the consumers resident in the country. Because of the wording “significant”, there have been suggestions to introduce thresholds. In our view, however, the concept of thresholds would not fit in a direct tax solution and would, by distinguishing between digital and non-digital services, not be in accordance with the Ottawa principles.*

As we do not believe that there should be separate rules for the digital economy, we are not convinced that extending the definition of PE to “virtual” PEs will offer a workable solution. We are concerned that such concept would lead to the creation of a taxable presence for almost any activity”.

³³ Appare utile evidenziare come tra le possibili soluzioni elaborate in sede OCSE figurino:

- il riconoscimento di un numero significativo di contratti posti in essere con clienti fiscalmente residenti nello Stato di destinazione con riferimento alla fornitura di beni o servizi digitali;
- l'impiego dei beni o dei servizi propri dell'impresa in misura prevalente all'interno di un Paese diverso rispetto a quello in cui l'impresa stessa è fiscalmente residente;
- l'ammontare significativo di pagamenti effettuati in favore dell'impresa da parte di consumatori residenti in uno Stato diverso da quello di residenza dell'impresa stessa;
- la sussistenza, all'interno dello Stato di destinazione, di una struttura connessa con l'impresa non residente, che, seppur non integra i presupposti della stabile organizzazione tradizionale, eserciti essenzialmente attività di promozione dei beni forniti da quest'ultima;
- la regolare e sistematica raccolta da parte dell'impresa estera di dati connessi ad utenti residenti, dal punto di vista fiscale, in un altro Stato.

fisica (attraverso una “*branch*” o una “*subsidiary*”) e quelle tassate in base alla presenza economica significativa³⁴.

L’OCSE ha, inoltre, sottolineato come la *digital economy* non abbia, in realtà, fatto sorgere nuove e specifiche criticità in termini di erosione della base imponibile e spostamento degli utili, ma abbia solo esasperato alcuni dei meccanismi attraverso i quali le multinazionali cercano di perseguire tali finalità. Tra le modalità adottate vi sono la riduzione della presenza fisica nel Paese di destinazione di beni e servizi, di modo che non sia ravvisabile una presenza significativa a fini fiscali; un oculato ricorso alle Convenzioni contro le doppie imposizioni allo scopo di evitare ritenute relative a pagamenti effettuati da Stati ad elevata tassazione verso Stati a bassa fiscalità; la frammentazione delle varie funzioni tra i soggetti interessati nella transazione, al fine di escludere o ridurre il carico impositivo negli Stati in cui gli stessi operano. Pertanto la sola introduzione del concetto di “significativa presenza digitale” non riuscirebbe a scardinare tali meccanismi. L’OCSE è comunque fiduciosa nel ritenere che, in attesa di una soluzione specifica, questi modelli possano essere quanto meno arginati, attraverso le misure previste in altre *Action* e in particolare, nell’*Action 3*³⁵ (relativa alla rivisitazione della disciplina delle CFC), nell’*Action 7*³⁶ (sul contrasto all’utilizzo artificioso della stabile organizzazione) e nelle *Action 8-10*³⁷ (destinate ad assicurare che i risultati dell’analisi sui prezzi di trasferimento siano effettivamente conformi con la creazione della catena di valore).

Al momento, quindi, la questione relativa allo sviluppo ed introduzione pattizia di un concetto di “presenza digitale significativa” è stata posta in *standby* e, per i fini che qui ci interessano, l’attenzione è stata indirizzata, piuttosto, allo studio delle conseguenze, si auspica positive, che su questo aspetto avranno le modifiche all’istituto della stabile organizzazione, introdotte dall’*Action 7*, potendo già le stesse riprendere a tassazione diversi redditi che gravitano intorno ai *digital business model*.

In conseguenza alle modifiche di cui al par. 4 dell’art. 5 del Modello OCSE, che hanno condotto da un’applicazione automatica ad un’applicazione casistica della lista delle attività ausiliarie o preparatorie escluse dall’istituto della stabile organizzazione, il mantenimento all’interno di uno Stato, di un magazzino, in cui è impiegato un significativo numero di lavoratori impegnati nel deposito e la consegna dei beni venduti *online* ai clienti, diversamente dal passato, può oggi integrare una stabile organizzazione, nel caso in cui la rapida consegna del bene costituisca un elemento rilevante per il buon esito della transazione commerciale. A tale stabile organizzazione, quindi, sarebbero attribuibili non solo i redditi derivanti dalle attività di deposito o consegna ma anche i maggiori redditi collegati al *business core* della casa madre, consistente nella commercializzazione dei beni stessi. In conseguenza alle modifiche introdotte relativamente alla stabile organizzazione personale, l’agente addetto alle vendite di una società controllata da una società residente, che effettua vendite *online* di beni materiali o fornisce servizi pubblicitari *online*, potrà integrare una stabile organizzazione della controllante qualora svolga un ruolo chiave nella conclusione dei contratti con i clienti di quest’ultima³⁸.

Dando conto degli sviluppi più recenti, si segnala che, il 16 marzo 2018, l’*OECD Inclusive Framework (“IF”) on BEPS*³⁹ ha pubblicato il *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*⁴⁰ (di seguito, “*Interim Report*”), in connessione con l’*Action 1*, propedeutico alla redazione del *Final Report* definitivo, che

³⁴ G. Albano, “Nuovi modelli di business delle imprese multinazionali e stabile organizzazione occulta”, in *Corr. Trib.*, n. 6, 2017, pag. 467.

³⁵ OCSE, “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*”, *Action 3-Final Report*, 2015.

³⁶ OCSE, “*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*”, *Action 7-Final Report*, 2015.

³⁷ OCSE, “*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*”, *Actions 8-10 – Final Reports*, 2015.

³⁸ S. Mayr; B. Santacroce, “*La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*”, IPSOA, Milano, 2016.

³⁹ L’*Inclusive Framework* riunisce oltre 115 Paesi e giurisdizioni che collaborano all’attuazione del Progetto BEPS dell’OCSE / G20.

⁴⁰ OCSE, “*Tax Challenges Arising from Digitalisation...*”, *cit.*, 2018.

dovrebbe vedere la luce nel 2020⁴¹. L'*Interim Report*⁴², dopo un'*overview* introduttiva sull'impatto dell'economia digitale sulla società e sull'economia globale e un'approfondita analisi sulle principali caratteristiche comunemente rinvenute nei *business model* altamente digitalizzati e sulla creazione di valore nella *digital economy*, fornisce una panoramica sullo stato attuale di implementazione delle soluzioni già sviluppate nell'ambito del Progetto BEPS⁴³ e sulle misure unilaterali elaborate dai singoli Stati nel settore dell'economia digitale⁴⁴. L'*Interim Report* sottolinea come, nell'ottica di una auspicata rielaborazione del concetto di *nexus* e delle regole di allocazione dei profitti, manchi ancora un consenso globalmente condiviso su soluzioni a lungo termine; consenso necessario per mantenere coerente il sistema delle norme fiscali internazionali ed evitare le conseguenze negative che potrebbero sorgere dall'adozione di misure unilaterali, in termini di rischio di doppia imposizione e complessità della disciplina.

L'OCSE non è, dunque, ancora approdata a soluzioni definitive alle sfide poste dall'economia digitale, rinviando la definizione di una soluzione globalmente condivisa al *Final Report* del 2020.

Dalla più recente riunione dell'*Inclusive Framework* dell'OCSE, svoltasi il 23 e il 24 gennaio 2019, che ha visto partecipanti 264 delegati di 95 giurisdizioni, non è emersa alcuna accelerazione sui tempi preventivati per la redazione del *Final Report*. All'esito del *meeting* è, comunque, stata pubblicata una *Policy Note*⁴⁵, che traccia la via da seguire per l'elaborazione di una soluzione "*consensus based*", articolata su due pilastri. Il primo riguarda la corretta allocazione dei profitti delle *web company*, attraverso un *restyling* delle regole di *transfer pricing* e un ripensamento del *nexus* che lega l'impresa al territorio dello Stato su cui opera, tenendo conto del concetto di "*marketing intangibles*", del contributo degli utenti nella creazione di valore e della nozione di significativa presenza economica (declinata nel senso di *significativa presenza digitale*), pur in assenza di una stabile organizzazione fisica. Il secondo pilastro si propone, invece, di affrontare i rimanenti problemi di *base erosion and profit shifting*, attraverso l'elaborazione di due soluzioni interconnesse: (i) una clausola di inclusione dei ricavi e (ii) una tassazione dei flussi finanziari in uscita.

Alla *Policy Note* è seguito un documento maggiormente dettagliato⁴⁶, con cui il 13 febbraio 2019 l'OCSE ha posto in consultazione pubblica le elaborazioni confluite nei due pilastri anzidetti. I contributi dei vari

⁴¹ Scadenza riportata sia nell'*Interim Report* del 16 marzo 2018 che nel documento preparatorio del Segretario Generale dell'OCSE per la riunione del G20 a Buenos Aires di marzo 2018, "*Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*". L'OCSE ha comunque manifestato l'intenzione di pubblicare un ulteriore *update* del lavoro in occasione del G20 del 2019.

⁴² Composto di 8 capitoli:

- 1) *Introduction to the Interim Report on the tax challenges arising from digitalization*;
- 2) *Digitalization, business models and value creation*;
- 3) *Implementation and impact of the BEPS package*;
- 4) *Relevant tax policy developments*;
- 5) *Adapting the international tax system to the digitalization of the economy*;
- 6) *Interim measures to address the tax challenges arising from digitalization*;
- 7) *Beyond the international tax rules: The impact of digitalization on other aspects of the tax system*;
- 8) *Conclusion to the Interim Report on the tax challenges arising from digitalization*.

⁴³ Le misure rilevanti sono quelle di cui all'*Action 7* (in materia di stabile organizzazione), alle *Action 8-10* (in materia di *transfer pricing*), all'*Action 3* (relativa al regime *Controlled Foreign Company* (CFC)), all'*Action 5* (in tema di pratiche fiscali dannose), all'*Action 6* (in materia di *treaty abuse*).

⁴⁴ Il Capitolo 4 dell'*Interim Report* prevede che le misure unilaterali elaborate dai vari Stati e potenzialmente rilevanti per la *digital economy* sono riconducibili a quattro gruppi, aventi ad oggetto: (i) l'applicazione alternativa delle soglie integranti una stabile organizzazione; (ii) l'ipotesi di una ritenuta alla fonte; (iii) forme di tassazione sul giro d'affari e (iv) regimi fiscali specifici per le grandi multinazionali.

⁴⁵ OCSE, "*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*", *Policy Note*, 23 gennaio 2019.

⁴⁶ OCSE, "*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*", *Public Consultation Document*, 13 febbraio 2019.

stakeholder dovranno pervenire entro il 1 marzo 2019 e saranno successivamente discussi nel *meeting* dell'OCSE che avrà luogo a Parigi il 13 e il 14 marzo 2019.

3.2. Base imponibile della stabile organizzazione e *digital economy*

Gli sforzi interpretativi dell'OCSE, come anticipato, non si sono limitati all'adeguamento dei criteri di identificazione dell'istituto della stabile organizzazione, alla luce delle nuove esigenze determinate dalla *digital economy*, ma hanno riguardato anche i criteri di attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione.

Tuttavia merita sottolineare che, sotto questo profilo, le elaborazioni dell'OCSE non hanno condotto a modifiche sostanziali della disciplina di riferimento, prevista dall'art. 7 del Modello OCSE; l'*Action 7* non si è, infatti, occupata della quantificazione del reddito della stabile organizzazione, sulla base della convinzione che le tradizionali regole per l'attribuzione dei profitti fossero adeguate anche a seguito delle modifiche dei confini dell'istituto. È stata solo messa in evidenza la necessità di integrare le regole interpretative e di fornire chiarimenti sulle modalità di applicazione delle regole di *transfer pricing* alle nuove definizioni, alla luce, non solo delle modifiche che hanno interessato l'art. 5 del Modello OCSE, ma anche delle modifiche introdotte in materia proprio di *transfer pricing* dalle *Action 8-10* del Progetto BEPS. Questo ha condotto all'emanazione, qualche mese fa, di nuove linee guida⁴⁷.

Per comprenderne la portata e per contestualizzarle, è opportuno ripercorrere brevemente le indagini compiute dall'OCSE, in tema di corretta attribuzione del reddito alla stabile organizzazione.

Lo studio dell'OCSE in merito prende avvio nel 2001, con la pubblicazione del documento "*Discussion draft on the attribution of profits to permanent establishment*", avente l'obiettivo di fornire l'interpretazione per così dire "ufficiale" dell'art. 7 del Modello OCSE, relativamente ai criteri di determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione.

In termini generali, tale documento rileva, in primo luogo, come i Paesi dell'OCSE adottino due diversi approcci per identificare gli utili attribuibili alla stabile organizzazione:

- il c.d. *relevant business activity approach*, secondo cui la stabile organizzazione sarebbe incondizionatamente legata alla società nel suo complesso, nel senso che i profitti attribuibili alla stessa sono esclusivamente quelli derivanti dalla specifica attività a cui è preposta. Ne consegue che il massimo ammontare degli utili imputabili alla sede fissa d'affari è costituito dai profitti complessivi che l'impresa trae dalla *relevant activity* nei rapporti di mercato con imprese terze, il cui momento di realizzo corrisponde al perfezionamento delle transazioni commerciali. L'applicazione di tale approccio determina, dunque, l'irrilevanza, a fini reddituali, dei rapporti tra casa madre e stabile organizzazione; e
- il c.d. *functionally separate entity approach*, secondo cui sarebbero attribuiti alla stabile organizzazione gli utili che la stessa otterrebbe se fosse considerata come una società separata ed indipendente, svolgendo le stesse funzioni in condizioni uguali o similari, e quindi in un contesto di libera concorrenza. In questo caso, l'attribuzione degli utili interviene nel momento di effettuazione della transazione imputabile alla sede fissa d'affari, con l'ovvia conseguenza della necessaria rilevanza ai fini fiscali anche delle operazioni intercorse tra casa madre e stabile organizzazione.

Tra i due approcci descritti, il BP TAG ha ritenuto più agevole quest'ultimo, in quanto più appropriato per consentire una corretta applicazione del c.d. "*arm's length principle*", ossia del principio di c.d. "libera concorrenza", fissato dall'art. 9 del Modello OCSE⁴⁸.

La preferenza per quest'ultimo approccio metodologico trova, inoltre, conferma nella previsione del secondo paragrafo dell'art. 7, il quale prevede che, nel caso in cui un'impresa operi in un altro Stato mediante una

⁴⁷ OCSE, "*Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*", BEPS-Action 7, 2018.

⁴⁸ L'applicazione concreta del *relevant business activity approach* è, tra l'altro, fortemente sconsigliata da alcune problematiche relative all'esatta individuazione dell'"attività rilevante", del periodo temporale di valutazione della rilevanza di una determinata attività e della tipologia di utile considerata.

stabile organizzazione, i profitti da attribuirsi alla stessa devono essere quelli che la stabile organizzazione avrebbe potuto conseguire qualora fosse un'impresa distinta e separata, svolgente le medesime attività, alle medesime condizioni⁴⁹.

Di conseguenza, ai fini della determinazione del reddito della stabile organizzazione, si è ritenuto dovessero prendersi come riferimento le indicazioni contenute nel documento “*Transfer pricing Guidelines*” (di seguito, “**TP Guidelines**”)⁵⁰.

Il BP TAG ha ricordato che le *TP Guidelines* prevedono una metodologia basata su un'analisi funzionale, relativa all'identificazione delle caratteristiche e delle funzioni svolte dall'impresa, e su un'analisi di comparabilità degli utili attribuibili alla medesima⁵¹.

La prima operazione da compiere è, quindi, un'analisi fattuale e funzionale della stabile organizzazione che ne identifichi le funzioni svolte, gli *asset* utilizzati e i rischi assunti⁵².

Definiti tali aspetti, il passo successivo è quello di procedere all'individuazione dei profitti attribuibili alla stabile organizzazione, come se operasse sul libero mercato in qualità di impresa indipendente.

Seguendo, per analogia, le *TP Guidelines*, tale analisi deve avvenire applicando i metodi tradizionali utilizzati in materia di *transfer pricing*⁵³, o, quelli alternativi⁵⁴ optando per il metodo maggiormente adeguato alla fattispecie considerata, alle operazioni dotate di una potenziale rilevanza reddituale, come ad esempio quelle

⁴⁹ Così si leggeva nell'art. 7, par. 2, del Modello OCSE del 2001: “*Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly it is a permanent establishment*”.

⁵⁰ Nella versione allora vigente: OCSE, “*Transfer Pricing Guidelines*”, 1995.

⁵¹ D. Bergami, “*Quanto “guadagnano” le stabili organizzazioni?*”, in *A&F*, n.12, 2013, pag. 13.

⁵² Tale analisi si compone, dunque, di tre momenti:

- l'individuazione delle attività svolte dalla stabile organizzazione nei rapporti con i soggetti terzi, prendendo in considerazione fattori quali le caratteristiche di beni e dei servizi oggetto dell'attività, le clausole contrattuali, le condizioni economiche, le strategie aziendali, ecc.;
- l'individuazione degli *asset* effettivamente utilizzati dalla stabile organizzazione, indipendentemente dal titolo giuridico legittimante, in quanto si tratta, solitamente, di cespiti di proprietà della casa madre (prevalenza della sostanza sulla forma); e
- l'individuazione dei rischi assunti dalla stabile organizzazione, che seppur sostenuti dall'impresa globalmente considerata, possono essere ricondotti esattamente alla sede d'affari, attraverso la comparazione con gli *asset* utilizzati.

⁵³ I metodi tradizionali di *Transfer Pricing* sono:

- il *Comparable Uncontrolled Price* (“**CUP**”), che individua il valore normale, raffrontando il prezzo della transazione tra imprese appartenenti allo stesso gruppo con quello per i servizi o beni trasferiti in un'operazione tra imprese indipendenti in circostanze comparabili;
- il *Resale Minus Method* (“**RMM**”), che fa riferimento al prezzo al quale i beni e servizi che sono stati acquistati da un'impresa partecipante al gruppo (cosiddetto rivenditore) vengono rivenduti ad un'impresa indipendente; il prezzo è ridotto di un margine lordo di profitto riconosciuto al rivenditore e di altri costi (es. di marketing, trasporto, etc.). L'ammontare che ne deriva è il prezzo di *arm's length* del trasferimento originale tra imprese associate; e
- il *Cost Plus Method* (“**CMM**”), che determina il valore normale dal costo di produzione del bene o del servizio, presupponendo un aumento (*mark up*), per riflettere un profitto appropriato sulla base delle funzioni espletate e delle condizioni di mercato.

⁵⁴ Si tratta del:

- *Profit Split Method* (“**PSM**”), il quale prevede la ripartizione dei profitti complessivi derivanti da operazioni infragruppo in base all'analisi funzionale delle attività condotte e dei rischi assunti dai diversi soggetti interessati alla transazione; e
- *Transaction Net Margin Method* (“**TNMM**”), che individua il margine netto della transazione, attraverso il confronto con operazioni analoghe poste in essere tra imprese indipendenti operanti ad analoghe condizioni.

di trasferimento fisico di merci, di fornitura di servizi, di utilizzo di beni immateriali o di trasferimento di risorse finanziarie.

L'ultima, necessaria, operazione che deve essere compiuta corrisponde ad un'analisi di comparabilità delle transazioni in esame con transazioni analoghe concluse con imprese indipendenti, tenendo conto dei beni materiali e immateriali utilizzati dalla sede, della fornitura di servizi interni, dell'allocazione del capitale e del finanziamento delle operazioni della stabile organizzazione secondo le indicazioni contenute nelle *TP Guidelines*, a cui si rimanda per un esame più approfondito in materia.

Ripercorsi gli sviluppi interpretativi, che hanno condotto all'applicazione delle regole di *transfer pricing* nella determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione, occorre sottolineare che, nel 2001, il BP TAG ha elaborato un ulteriore documento, intitolato "*Attribution of Profit to a Permanent Establishment Involved in Electronic Transactions*"; in tale documento ha tentato di indentificare, più nello specifico, le principali problematiche metodologiche che possono sorgere nell'attribuzione dei profitti ad una stabile organizzazione che svolge transazioni elettroniche.

In particolare, è stato in quella sede esaminato il caso in cui un'impresa abbia un sito *web* su un *server* di sua proprietà, localizzato in uno Stato diverso da quello di residenza, distinguendo le varie circostanze in cui:

- il *server* costituisca una stabile organizzazione, senza impiego di personale, con un'attività, pertanto, paragonabile a quella del *server provider*;
- il *server* sia incluso in una preesistente stabile organizzazione, in cui è stato impiegato del personale al fine di predisporre il *software* e l'*hardware* necessari per il funzionamento del servizio di *web hosting*; in questo caso l'attività è paragonabile a quella dell'*independent service provider*.

Dal verificarsi della prima o della seconda circostanza, sorgono diverse conseguenze in merito alla ripartizione del reddito prodotto nello Stato in cui si trova il *server*⁵⁵. Nel secondo caso infatti la percentuale di reddito attribuibile alla *branch* è più elevata rispetto al primo caso⁵⁶.

⁵⁵ G. Valente – A. Della Carità, "*E-commerce: l'OCSE fa luce sulla doppia imposizione*", in *A&F*, n.17, 2003, pag. 9.

⁵⁶ Nel testo del documento si trova la trattazione molto dettagliata di quattro casi concreti. Di seguito se ne fornisce una sintetica analisi:

- il primo caso è quello in cui la stabile organizzazione è costituita da un unico *server* automatizzato, senza presenza di personale. Il BP TAG ha preso ad esempio una società che si occupa della commercializzazione online di video e prodotti musicali, attraverso un sito *web*, che consente ai clienti di ottenere una copia digitale del prodotto ovvero di richiederne la consegna su un supporto fisico. Il sito *web* è ospitato da un *server* localizzato in uno Stato diverso da quello di residenza della casa madre. La determinazione degli utili attribuibili alla stabile organizzazione, rappresentata in questo caso dal *server*, deve avvenire secondo lo schema proprio delle regole di *transfer pricing*. Quindi devono innanzitutto individuarsi le funzioni svolte, i beni utilizzati e i rischi assunti, e successivamente deve individuarsi il rapporto contrattuale intercorrente tra la casa madre e la stabile organizzazione, per procedere ad una *transfer pricing analysis*. Sulla base dello schema illustrato, le funzioni svolte costituiscono l'attuazione, automatica e consequenziale, delle decisioni assunte dalla casa madre, senza alcuna attività decisionale in capo alla stabile organizzazione. Ne consegue che il rapporto tra le due entità è assimilabile a quello che interviene tra committente e fornitore di servizi (*service provider*). In questo caso, il margine di profitto attribuibile alla stabile organizzazione si determina applicando il CUP, o, in alternativa il CPM. Solo in caso di impossibile applicazione dei metodi tradizionali, si procederà alla determinazione del reddito attraverso il confronto con i metodi alternativi, con preferenza del TNNM;
- il secondo caso è quello in cui la stabile organizzazione è formata da una molteplicità di *server*. Lo scenario di base rimane quello di cui al primo caso, con una differenza solo del rischio associato ad un mal funzionamento, che in presenza di più *server* diminuisce, e di uno smistamento dei carichi di lavoro. Differenze di cui si dovrà tenere conto nella suddivisione dei profitti tra sede fissa e casa madre. Tuttavia il BP TAG ha ritenuto che questo non incida sulla modalità di determinazione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione, che segue quanto già detto con riferimento al primo esempio;
- il terzo caso è simile al primo. La stabile organizzazione è costituita da un *server* localizzato in uno Stato estero, con la differenza che in questo caso vi è del personale ad esso preposto. Personale che si occupa principalmente della manutenzione del *server* e della assistenza post-vendita ai clienti. In questo caso, dunque, la stabile organizzazione svolge un maggior numero di funzioni e, pertanto, gli utili ad essa attribuibili sono maggiori;

L'attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione costituita da un *server*, che svolge transazioni *online*, si dimostra, quindi, essere un'operazione particolarmente complessa. Le maggiori difficoltà interpretative sorgono in relazione all'individuazione delle funzioni svolte, degli *asset* utilizzati e dei rischi assunti.

Il BP TAG, arriva a concludere che i profitti derivanti da operazioni di *e-commerce* siano principalmente dovuti allo sfruttamento di *asset* immateriali, quali *software*, *hardware* e marchi commerciali, e che detti profitti debbano essere attribuiti ai proprietari legali ed economici dei beni immateriali da cui scaturiscono. Di conseguenza, il concetto di proprietà dei beni è un punto chiave, anche se, essendo casa madre e stabile organizzazione parte della stessa entità giuridica, l'analisi dovrà essere svolta *case by case*, considerando che l'aspetto economico-finanziario della proprietà tenderà a prevalere su quello formalistico-legale.

Occorre, comunque, sottolineare come le conclusioni raggiunte dal BP TAG in quest'ultimo documento, in realtà non rappresentino nulla di innovativo, e soprattutto nulla che non si potesse già desumere dalla lettura in combinato disposto degli artt. 5, 7 e 9 del Modello OCSE e delle *TP Guidelines*.

Il documento "*Attribution of Profit to a Permanent Establishment Involved in Electronic Transactions*" ha, tuttavia, il merito di aver rappresentato il primo tentativo dell'OCSE di entrare in sintonia con problematiche complesse, come quelle scaturenti dalle difficoltà che l'innovazione tecnologica ha comportato nella corretta determinazione dei redditi attribuibili ad una stabile organizzazione operante sul *web*.

L'art. 7 del Modello OCSE, ha subito una modifica introdotta nella versione 2010 del Modello ma non è stata inserita alcuna disposizione relativa al commercio elettronico, né nel testo dell'articolo, né nel Commentario.

Pertanto l'attribuzione degli utili alla stabile organizzazione continua ad essere operata sulla base delle *TP Guidelines* dell'OCSE⁵⁷.

Alla luce dei più recenti sviluppi registrati in sede OCSE in materia di *digital economy*, di cui si è dato conto al paragrafo precedente, è tuttavia emersa l'intenzione di operare uno sforzo intellettuale avente ad oggetto, oltre ai profili definitori, anche i profili di allocazione dei profitti attribuibili alle *web company*, che si auspica condurrà ad un adeguamento delle regole di *transfer pricing* ai modelli di *digital business*.

3.3. Comportamenti elusivi delle imprese digitali

Volgendo lo sguardo, più da vicino, al comportamento delle imprese bisogna sottolineare che la globalizzazione e la digitalizzazione delle imprese hanno condotto alla creazione della figura del c.d. "contribuente globale", il quale può essere definito come quell'entità che, svolgendo la propria attività economica in più Stati, produce reddito in ciascuno di essi ed è conseguentemente soggetto, a molteplici regimi fiscali fra loro differenti⁵⁸. Proprio in ragione di tale ultimo profilo, relativo alla diversità fra gli ordinamenti tributari vigenti nei singoli Paesi, spesso non coordinati tra loro, le multinazionali sono messe di fronte alle difficoltà derivanti dall'assenza di strumenti idonei a stabilire con certezza la localizzazione e la qualificazione dei loro redditi. Il progresso tecnologico, cui si riconnette la rapida evoluzione dei modelli di *business*, si fa strada ad una velocità molto più rapida rispetto ai tempi necessari per il corrispondente adeguamento dei principi fondanti del diritto tributario internazionale, fornendo terreno fertile per strategie di pianificazione fiscale aggressiva. La struttura sovranazionale delle grandi imprese globali, unitamente alla relativa operatività in prevalenza digitale, ha permesso a queste ultime di fare un uso per così dire "distorto" delle oltre tremila

il quarto e ultimo caso preso in considerazione è quello in cui la stabile organizzazione è sempre costituita da un *server* nello Stato estero, a cui è preposto del personale, con la differenza, rispetto al terzo caso, che il personale ha svolto anche funzioni di elaborazione della parte *hardware* del *server* stesso. In questo caso la stabile organizzazione deve essere considerata alla stregua di un *independent server provider* e, pertanto, il metodo da preferire è quello del CUP, in quanto la sede fissa è proprietaria di parte degli *asset* immateriali.

⁵⁷ La cui ultima versione è: OCSE, "*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*", 2017.

⁵⁸ Assonime, "*Stati sovrani e imprese multinazionali...*", *cit.*, in *Note e studi*, n. 15/2017.

Convenzioni bilaterali esistenti tra gli Stati di tutto il mondo, strumentalizzando istituti, quale soprattutto quello della stabile organizzazione, al fine di creare “flussi artificiali di capitali”, che hanno condotto all’erosione delle basi imponibili e allo spostamento dei profitti verso Paesi a fiscalità privilegiata.

Tali fenomeni elusivi sono stati agevolati anche dall’accreciuto valore degli *intangibles* nei processi aziendali. Nei nuovi modelli di impresa la ricchezza produttiva non risiede più negli *asset* fisici (capannoni, uffici, impianti industriali), bensì in elementi quali la proprietà intellettuale, l’integrità dell’azienda e del *brand*, la fedeltà dei clienti, la competenza e la preparazione della forza lavoro, le capacità di *leadership*, i *know how* tecnologici e organizzativi, che danno origine a proventi qualificabili come *royalties*.

Anche sfruttando le diversità riscontrabili nei regimi impositivi dei vari Paesi di tale ultima tipologia di provento, ossia la circostanza secondo la quale le *royalties* vengono tassate dai vari Stati in maniera diversa, si è assistito al proliferare delle società *offshore* e più in generale di quelle strutture contrattuali che consentono di distinguere, fra i ricavi d’impresa, da una parte la “quota” derivante dall’attività di gestione aziendale tipica e dall’altra, invece, la “quota” di proventi qualificata come *royalties*. Le multinazionali si sono quindi servite di appositi modelli di triangolazione atti a sottrarre a tassazione quest’ultima “quota” ideale di proventi. Infatti, ricordiamo che alcuni Paesi utilizzano il criterio della tassazione concorrente, applicando una ritenuta alla fonte sulle *royalties* in uscita, mentre altri non prevedono ritenute e riservano l’esclusiva potestà impositiva sui proventi immateriali allo Stato di residenza.

I modelli posti in essere hanno consentito che rimanesse sottoposta alla *corporate tax* solo la parte di proventi derivanti da attività a basso rischio, mentre l’extraprofitto, derivante dagli *intangible*, restava non tassato, sulla base di due principali schemi di pianificazione fiscale aggressiva⁵⁹.

Il primo schema, c.d. *Double Irish with Dutch Sandwich*, si basa su una serie di triangolazioni tra Stati che consentono la movimentazione di flussi di *royalties (passive)*, al netto di ritenute, in ultima analisi destinati a confluire in ordinamenti *offshore* in cui vanno a compensare l’extraprofitto del Gruppo. Questo è lo schema tipico utilizzato da *Google*⁶⁰.

⁵⁹ Assonime, “*Stati sovrani e imprese multinazionali...*”, cit., in *Note e studi*, n. 15/2017, pagg. 25-26.

⁶⁰ Sebbene *Google* abbia sede a Mountain View, in California, negli Stati Uniti ha aperto in Irlanda un’ulteriore sede denominata *Google Ireland LTD*. A dire il vero, *Google* ha in Irlanda anche la *Google Ireland Holding* che, però non possiede né un luogo fisico né tantomeno personale per lo svolgimento di funzioni ed è gestita dalle Bermuda.

Ebbene, secondo la normativa irlandese, nell’ipotesi in cui un’impresa sia gestita *in toto* da un’altra azienda avente residenza in altro luogo, la tassazione della società irlandese, ovverosia della *Google Ireland Holding*, spetta all’altro Paese, cioè alle Bermuda, ove vige un’aliquota pari allo 0%.

È vero, tuttavia, che *Google* possiede altresì un’altra *company* avente sede in Olanda, cioè la *Google Netherlands B.V.* che ha il controllo della *Google Ireland LTD*. Tuttavia, la società olandese in realtà “*non ha una vera e propria attività, non ha personale in possesso di particolari competenze tecniche, non ha autonomia gestionale*” e sarebbe stata progettata, in questo senso, “*solo per servire gli interessi particolari della società Google Ireland Holdings*”, in modo da non pagare le tasse (posto che i due Paesi sono membri dell’Unione Europea).

A titolo esemplificativo, qualora una società avente la propria sede in Europa acquisti pubblicità da *Google USA* per 2.000,00 dollari, quest’ultima verserà 1.600,00 dollari in favore della *Google Ireland Holding*, dal momento che ha gestito la vendita realizzando la campagna promozionale.

A sua volta, *Google Ireland Holding* verserà 1.400,00 dollari a *Google Ireland LTD* per la realizzazione dell’attività.

Dunque, *Google Ireland LTD* verserà 1.400,00 dollari alla *Google Netherlands B.V.*, poiché risulta essere una sua controllante.

Successivamente, la *Google Netherlands B.V* potrà far confluire i flussi reddituali così percepiti alle Bermuda in conformità della legislazione fiscale ivi vigente e senza alcuna violazione della normativa olandese, ai sensi della quale non è infatti prevista l’applicazione di ritenute fiscali sulle *royalties* in uscita.

In Italia, è stata contestato a *Google* di aver realizzato un’evasione fiscale per il tramite di una stabile organizzazione occulta, sfruttando il meccanismo del *Double Irish with Dutch Sandwich*. In particolare, il fatto in premessa è che la *Google Italy srl*, costituita nel 2002, e detenuta per il tramite della statunitense *Google International Llc* che dal marzo 2004 ne è socio unico, e formalmente si connota per essere una società di consulenza e assistenza nelle attività di supporto alla vendita, nel settore del *marketing* e in relazione ad attività pubblicitarie e promozionali svolte in Italia dalla consociata irlandese, *Google Ireland Ltd*. Tuttavia, all’esito degli accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza, come si legge nel PVC, quest’ultima: “*in ragione dell’attività svolta da personale residente formalmente dipendente della “legal entity”*”

Il secondo schema, più sofisticato, genera extraprofitti “apolidi”, non tassabili in nessun Paese, in quanto riferiti a sedi centrali prive di qualsiasi residenza fiscale.

È questo lo schema utilizzato da Apple⁶¹.

domestica del Gruppo”, opererebbe in Italia “attraverso una stabile organizzazione ‘personale’ (dependent agent)” od “occulta” o comunque “non formalmente costituita” in quanto i dipendenti di Google Italy, come hanno raccontato peraltro clienti di società con un budget abbastanza rilevante, avrebbero svolto funzioni di “sales e marketing”. In pratica, da quanto è emerso anche in base all’analisi “della struttura societaria worldwide” dell’intero Gruppo, tutto l’iter di formazione e sottoscrizione dei contratti di vendita di spazi pubblicitari sarebbe stato svolto “materialmente sempre dai dipendenti italiani”. A tali ultimi soggetti era in particolare demandato il compito di curare direttamente la vendita del prodotto sul territorio nazionale, svolgendo tutte le trattative, di redigere il contratto “standard” e di inviarlo “sostanzialmente formato” al cliente. Quest’ultimo, dopo averlo sottoscritto, in genere lo rinviava via fax nella sede di Google Italy, che procedeva a sua volta ad inoltrarlo via web alla sede di Google Ireland Ltd dove, previo controllo preliminare “di carattere esclusivamente formale”, veniva sottoscritto dal Procuratore della società di Dublino, quale parte venditrice e che emette fattura. In base a questa ricostruzione si giungeva quindi alla conclusione che la società irlandese esisteva in Italia, dove produceva reddito, in maniera “stabile e durevole”, per mezzo di personale dipendente dalla filiale italiana che operava come “agente dipendente” da Dublino. Nel verbale di contestazione si legge: “In tal senso è possibile affermare che (...) Google Ireland Ltd, per il tramite e attraverso personale formalmente dipendente della legal entity domestica del Gruppo, opera in Italia attraverso una stabile organizzazione non dichiarata, qualificabile come personale (dependent agent)” e “non formalmente costituita”.

Nella lunga relazione della Guardia di Finanza, è stato spiegato il meccanismo sul quale si basa il *tax planning* del Gruppo Google. Gli incassi prodotti dalle vendite, qualificati come *royalties* sui servizi informatici creati del Gruppo, per via dello sfruttamento del marchio, portava a versare il 12,5% non in Irlanda, bensì in Olanda. Infatti nella “ricostruzione dei flussi reddituali infragruppo”, si è spiegato che Google Ireland Ltd, alla quale è “concesso lo sfruttamento economico delle proprietà intellettuali dell’algoritmo” del motore di ricerca “da parte di Google Ireland Holdings in cambio di royalties” è semplicemente un centro di raccolta di ricavi poiché stipula i contratti e fattura con i clienti di Europa, Medio Oriente, Africa, Asia e Paesi dell’area del Pacifico. Le *royalties*, che alla fine della catena sono gli unici ricavi percepiti dalla società di controllo, vengono trasferite da Google Ireland Ltd, che in questo modo “abbatte i suoi ricavi”, nei Paesi Bassi, a Google Netherland Holdings B.V., la quale “non ha una vera e propria attività, non ha personale in possesso di particolari competenze tecniche, non ha autonomia gestionale” e sarebbe stata progettata “solo per servire gli interessi particolari della società Google Ireland Holdings”. È quest’ultima società ad essere “il beneficiario effettivo dei canoni”, che seppur costituita in Irlanda ha il domicilio fiscale alle Bermuda, dove, come si è già detto, il carico fiscale per i profitti aziendali è pari a zero.

Come emerge dal Processo verbale di constatazione sottoscritto dai Verificatori, quindi, “va da sé che la particolare pianificazione fiscale aggressiva del Gruppo, sfruttando sinergicamente la strutturazione societaria (e le rappresentazioni economico gestionali che ne derivano) e le discrasie dei regimi fiscali nazionali e internazionali, consente di sottrarre (drenare) materia imponibile all’imposizione nazionale delle singole società, convogliando, attraverso una serie di step intermedi, i ricavi ottenuti dagli inserzionisti ubicati in vari Paesi verso uno Stato a fiscalità “zero” (Bermuda). Anelli imprescindibili di questa pianificazione sono il contratto tra le singole legal entity nazionali e Google Ireland Ltd, il royalty agreement in essere tra la medesima società irlandese, la consociata olandese e la comune controllante, la rappresentazione contabile che ne deriva e il conseguente sfruttamento ad arte delle norme convenzionali”.

All’esito di tale corposa indagine, il Fisco italiano ha contestato a Google il reato di evasione fiscale per omessa dichiarazione. Dopo le prime difese del colosso digitale, mirate a dare prova del fatto che la sede italiana non sarebbe dovuta essere considerata quale stabile organizzazione della società irlandese, si è perseguita la strada dell’accertamento con adesione, che dopo mesi di trattative ha portato a concludere un accordo per 306 milioni di euro. Oltre all’importante risultato per le casse erariali, l’Agenzia delle Entrate ha sottolineato che sarà avviato “un percorso per la stipula di accordi preventivi per la corretta tassazione in Italia in futuro delle attività riferibili al nostro Paese”. Dal canto proprio, Google ha confermato “il suo impegno nei confronti dell’Italia e continuerà a far crescere l’ecosistema on line del Paese”.

⁶¹ Si tratta di una multinazionale tra le più innovative, che dal 1998, anno in cui ha lanciato il suo primo prodotto, ad oggi si è imposta massivamente nello scenario internazionale.

Essa si è dimostrata essere innovativa e audace anche sul piano fiscale, riuscendo a ricorrere ad una struttura di Gruppo che l’ha condotta a “risparmiare” ben 44 miliardi di dollari in tutto il mondo.

Uno dei principi cui Apple si è sempre ispirata è quello della semplicità, riuscendo a fare trasparire questa sua caratteristica anche dalla struttura fiscale del Gruppo. Infatti la strategia utilizzata da Apple non è quella, più famosa tra le società statunitensi, del *Double Irish with Dutch Sandwich*, ma è molto più semplice e, allo stesso tempo, come hanno dimostrato i fatti, anche efficace.

La Apple Inc. – avente sede in California – negli anni ottanta ha deciso di costituire in Irlanda le seguenti sedi secondarie: Apple Operations International (AOI), Apple Operations Europe (AOE) e Apple Sales International (ASI). La AOI e la ASI rivestono un ruolo cruciale nella struttura del Gruppo.

Occorre sottolineare come, in realtà, in diversi casi il successo di tali schemi è stato favorito dalla c.d. *Harmful tax competition* portata avanti da alcuni Stati. Questi ultimi, non riuscendo a dominare gli effetti derivanti dalla digitalizzazione delle imprese, hanno risposto ai *gap* di sovranità, registrati di fronte al “contribuente globale”, offrendo alle multinazionali significativi vantaggi fiscali, in cambio di cospicui investimenti sui loro territori. Gli ordinamenti statali hanno, infatti, cercato di attrarre a sé le imprese, vuoi garantendo un certo grado di

La *Apple Operations International* è costituita in Irlanda, ma ha il suo centro di *management* e controllo negli USA. Si tratta di una *shell company*, priva di dipendenti. Secondo la definizione di residenza fiscale vigente in Irlanda, essa non può essere considerata ivi residente, in quanto la normativa irlandese connette la residenza di una società al luogo in cui si svolgono le funzioni manageriali centrali e di controllo. Allo stesso tempo, a fini fiscali, non risulta essere neppure residente negli USA, la cui legislazione dà rilievo al luogo di costituzione della società. La AOI opera come *holding* intermediaria per molte società del Gruppo; tra le sue sussidiarie vi è la *Apple Sales International*, società irlandese di terzo livello, controllata in maniera indiretta - mediante la società irlandese di secondo livello *Apple Operations Europe* - che è il principale “contenitore” dei diritti di proprietà intellettuale del Gruppo. La *Apple Operations International* ha ricevuto consistenti dividendi da parte delle sue sedi secondarie (che, secondo le stime, è pari a circa trenta miliardi di dollari tra il 2009 e 2011), senza tuttavia pagare imposte sugli stessi in nessun Paese per molti anni. Anche la *Apple Sales International* è stata costituita in Irlanda. E anch’essa ha pertanto beneficiato dei “disallineamenti” esistenti fra le disposizioni fiscali irlandesi e statunitensi relativamente al concetto di residenza fiscale degli organismi societari, non risultando essere residente, a fini fiscali, in nessuno dei due Stati; solo dal 2012 ha una dotazione di lavoratori. L’ASI si impegna nei rapporti contrattuali con le aziende manifatturiere di assemblaggio dei prodotti in Cina e successivamente si occupa della vendita dei prodotti finiti alle sussidiarie di distribuzione site in Europa e in Asia. Contestualmente ha concluso un accordo di *sharing cost* con la *parent* del Gruppo, la *Apple Inc.*, secondo il quale la ASI gode dei diritti economici sulla proprietà intellettuale fuori dall’America, mentre la *legal ownership* rimane di la *Apple Inc.*, situata negli Stati Uniti. Mediante questo *modus operandi*, la *Apple Inc.* ha spostato nell’Isola di Smeraldo i diritti di sfruttamento economico della proprietà intellettuale sviluppata negli Stati Uniti. La titolarità giuridica di tali *asset* di enorme valore, come detto, rimane in capo alla società-madre, dal momento che l’ordinamento americano, con il proprio elevato *standing*, assicura una tutela di qualità, ma la tassazione delle *royalties* avviene in Irlanda, in cui l’aliquota è pari al 12,5% a fronte di quella americana del 35%. Le società controllate irlandesi sono in parte in possesso di un’altra *subsidiary* della *Apple Inc.*, la *Baldwin Holdings Unlimited*, avente sede nelle Isole Vergini britanniche, il che permette di orientare flussi di reddito verso un paradiso fiscale attraverso una controllata olandese.

Nella materia di cui si discute va osservato che le società-figlie irlandesi non hanno la residenza in nessun Paese: in altri termini, sono *tax resident nowhere*. Dunque, la *Apple Inc.* le ha teoricamente poste in uno spazio di apolidia fiscale con una mescolanza normativa che realizza la doppia non imposizione internazionale.

Sul punto, secondo la legge americana, la residenza fiscale generalmente discende dal luogo in cui la società è incorporata, mentre per la legge irlandese è necessario porre in essere i *central management and control tests*, dal momento che sono reputate residenti unicamente le società gestite e controllate in Irlanda.

In altri termini, le società-figlie non sono residenti per la legge irlandese e, invero, non hanno neanche i presupposti per essere reputate residenti per l’ordinamento fiscale americano, essendo costituite in Irlanda.

Più nello specifico il successo della struttura del Gruppo *Apple* deriva dal risultato di ottenere una doppia non tassazione, dovuta a due fattori. In primo luogo, i profitti riservati alle sedi secondarie irlandesi non sono tassabili negli USA, dove risiede la casa madre *Apple Inc.* Questo deriva dal fatto che tali profitti non sono coperti dall’applicazione della disciplina *CFC* statunitense. In secondo luogo, i profitti devoluti alle società irlandesi non sono tassabili nei Paesi della fonte, dove i prodotti vengono effettivamente venduti ai consumatori finali, in quanto esse agiscono in tali territori con strutture che cercano di eludere lo *status* di stabile organizzazione.

In Italia è stata contestata ad *Apple* un’evasione fiscale per 880 milioni di euro, realizzata tra il 2008 e il 2013, attraverso una stabile organizzazione occulta annidata nella società *Apple Italia*, alle dipendenze delle controllanti irlandesi e americane. Gli inquirenti hanno affermato che “*all’interno di Apple Italia Srl si annida in maniera occulta una struttura svincolata rispetto alle attività ausiliarie svolte dalla società residente, che svolge una vera e propria attività di vendita sul territorio per conto di Apple Sales International*”, la società irlandese di *Apple Usa*. *Apple Italia* avrebbe dovuto svolgere solo una sorta di consulenza alle vendite di *Apple Sales International* (dal 2012 sostituita da *Apple distribution international*), ma nella realtà avveniva tutt’altro: i venditori avevano ampia autonomia e disponevano di tutti i poteri per seguire l’intero ciclo di vendite, dagli ordini alla consegna, contrattando prezzi e sconti per tutti i clienti, dai più piccoli ai più grandi. Si trattava quindi di un’attività ulteriore e parallela rispetto a quella di mero supporto alle vendite. La struttura occulta disponeva del potere di concludere contratti per la consociata estera, negoziando condizioni economiche e contrattuali, quantitativi di merce, modalità e tempi di consegna, mentre risultava formalmente del tutto assente la società irlandese a cui avrebbero dovuto far capo queste funzioni. La struttura occulta concludeva i contratti per la *Apple sales International* e ne dipendeva anche economicamente, in quanto parte dei compensi erano legati alle vendite effettuate in Italia. Le ispezioni sono state effettuate dall’Ufficio grandi contribuenti e *ruling* dell’Agenzia delle Entrate, che ha optato per un accertamento con adesione. Dopo mesi di trattative tra l’Agenzia e un *pool* di legali che ha difeso *Apple* si è giunti ad un’intesa che alla fine del 2015 ha visto versare al colosso americano nelle casse dell’Erario italiano una somma pari a 318 milioni di euro.

opacità e riservatezza, come nel caso dei c.d. paradisi fiscali, vuoi offrendo strumenti di concorrenza fiscale dannosa.

Quest'ultima tendenza si è affermata anche all'interno dell'Unione Europea, nella sua veste di mercato "asimmetrico", in cui merci, persone, imprese e capitali circolano liberamente, ma in un contesto caratterizzato da Stati sovrani, fermi nella loro autonomia, che spesso li conduce ad una competizione aperta, anche sul piano fiscale⁶². L'atteggiamento "iperconcorrenziale" (per non dire "sleale") di alcuni Stati Europei (principalmente di Irlanda, Lussemburgo, e Olanda) ha in certo qual modo consentito, tramite la concessione di *tax ruling* segreti e personalizzati, alle più grandi imprese digitali di erodere le basi imponibili degli altri Paesi, i quali hanno per l'effetto subito consistenti e significative perdite di gettito. In ragione, quindi, del carattere transnazionale del fenomeno in esame e della sua portata gravemente afflittiva, la Commissione europea se ne è occupata in prima linea, trattandone nell'ambito della lotta alla pianificazione fiscale aggressiva.

In particolare, l'11 settembre 2013, la Commissione ha comunicato l'avvio di un'indagine sui *tax ruling*, che gli Stati membri hanno concluso con i colossi dell'economia digitale⁶³.

La contestazione mossa dalla Commissione ha avuto in particolare ad oggetto il rilievo per il quale, attraverso tali accordi, gli Stati avessero concesso aiuti di Stato vietati dal diritto comunitario, distorcendo di fatto la concorrenza del mercato.

Pur sottolineando come di per sé i *tax ruling* siano perfettamente legali, trattandosi di lettere di *patronage* rilasciate alle imprese dalle Amministrazioni finanziarie, per spiegare le modalità di calcolo della *tax corporate* o l'applicazione di disposizioni fiscali speciali, la Commissione ha rilevato come gli stessi possano essere utilizzati in senso "patologico" nel momento in cui consentano di registrare indebiti vantaggi fiscali, con un evidente risparmio d'imposta.

Uno dei casi maggiormente significativi in Europa è stato quello emerso dall'indagine che la Commissione ha avviato nel 2014 nei confronti dell'Irlanda, per i *tax ruling* conclusi nei confronti di *Apple*.

In particolare, si tratta di due *tax ruling*, uno concesso nel 1991 e uno nel 2007, con i quali l'Irlanda approvava la determinazione degli utili imponibili di *Apple Sales International* e *Apple Operations Europe*, le due società di diritto irlandese del Gruppo (per un'analisi più dettagliata dello schema societario di *Apple* si veda la nota n.38).

In base a tali *ruling*, si era concordato che solo una piccola parte degli utili prodotti dalle due società, venisse assegnata in Irlanda, intendendo le stesse come sedi dedicate alle funzioni più semplici, mentre la titolarità dell'*intellectual property* relativa al marchio *Apple* rimaneva in capo alla sede centrale, a cui era quindi imputato tutto l'extraprofitto derivante dallo sfruttamento del marchio.

Si trattava di un'assegnazione interna artificiale degli utili alle due società, che non rifletteva la realtà fattuale ed economica del Gruppo. La maggior parte dei profitti delle vendite operate da *Apple Sales International*, unica società da cui derivavano i redditi dell'attività commerciale, veniva dirottata verso una sede centrale che in realtà, usando le parole della Commissione, "*non era ubicata in nessun Paese, non aveva dipendenti, né uffici propri e le cui attività consistevano esclusivamente in sporadiche riunioni del consiglio di amministrazione*"⁶⁴. Pertanto, il reddito alla stessa imputato, che sarebbe in realtà dovuto essere soggetto ad imposizione in Irlanda, non era tassato in nessuna giurisdizione.

In conseguenza dei *ruling* conclusi con l'Amministrazione finanziaria irlandese, *Apple* ha scontato un'aliquota di tassazione effettiva dell'1% sugli utili prodotti in Irlanda nel 2003, e del solo 0,005% su quelli prodotti nel 2014.

⁶² Assonime, "Stati sovrani e imprese multinazionali...", cit., in *Note e studi*, n. 15/2017, pag.18.

⁶³ Le prime attività di valutazione hanno interessato Irlanda, Lussemburgo e Olanda, per i *tax ruling* conclusi per la determinazione del reddito rispettivamente di *Apple*, *Starbucks* e *Fiat Finance and Trade*.

⁶⁴ 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*".

Questo ha condotto alla condanna dell'Irlanda, tenuta a recuperare gli aiuti di Stato illegali, assegnando a ciascuna filiale tutti i profitti delle vendite che erano stati precedentemente dirottati verso l'*head office*, e ad applicare sugli stessi l'aliquota ordinaria prevista per l'imposta societaria irlandese⁶⁵.

Emerge con tutta evidenza, anche alla luce di quest'ultimo caso citato, la necessità di elaborare strumenti efficaci ed idonei a rispondere adeguatamente alle sfide poste dall'economia digitale e dai nuovi modelli di *business* che si sono sviluppati intorno ad essa. Soluzioni che conducano ad una più corretta allocazione dei profitti di tali imprese, nel luogo in cui sono effettivamente prodotti, rompendo gli schemi di pianificazione fiscale aggressiva e snidando le "zone oscure" tra gli ordinamenti statali, non coordinati e non sempre collaborativi, in cui ben si inseriscono strategie di concorrenza fiscale scorretta.

Sono sicuramente apprezzabili i risultati a cui è approdata l'OCSE, ma, come dimostra la realtà, essi non sono ancora sufficienti a regolamentare pienamente il fenomeno.

È una sfida ancora tutta aperta, in cui si auspicano nuovi sviluppi, anche di concerto alle soluzioni elaborate dall'Unione Europea. Per citare la Commissione europea, quelle relative alle frodi e alle evasioni fiscali, si pongono, infatti, come "*sfide globali che nessun Stato membro può affrontare per conto proprio*"⁶⁶.

Nel capitolo seguente, si illustreranno in maniera più approfondita i risultati raggiunti dall'Unione Europea nelle due Proposte di Direttiva, aventi ad oggetto l'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione digitale" e l'introduzione della c.d. *Interim Web Tax*.

⁶⁵ R. Rizzardi, "*Dal caso "Apple" alla concorrenza fiscale corretta*", in *Corr. Trib.*, n.42, 2016, pag. 3235.

⁶⁶ Commissione Europea, "*An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*", Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, COM(2012)722, 6 dicembre 2012.

III. Le Proposte di Direttiva in tema di tassazione dell'economia digitale (stabile organizzazione in forma di "significativa presenza digitale" e "Interim Web Tax")

Lo scorso 21 marzo 2018 la Commissione Europea ha formulato due Proposte di Direttiva volte ad affrontare la tematica della tassazione dell'economia digitale.

Si tratta di due Proposte autonome l'una dall'altra: la prima ha per oggetto una ridefinizione del concetto di stabile organizzazione, la seconda ha per oggetto l'introduzione di una misura dichiarata transitoria, un'imposta sulle transazioni digitali ("Interim Web Tax").

1. Proposta di Direttiva COM(2018)147 final sulla c.d. "stabile organizzazione digitale"

1.1. Oggetto

Secondo quanto disposto dall'art. 1 della Proposta di Direttiva in oggetto (di seguito, la "**Proposta 1**") vengono stabilite norme tese ad ampliare la nozione di stabile organizzazione applicabile, ai fini dell'imposta sulle società⁶⁷, in ciascuno Stato Membro, al fine di includervi il nuovo concetto di "presenza digitale significativa" con la quale viene esercitata, in tutto o in parte, un'attività.

Con la Proposta 1, vengono definiti altresì una serie di principi idonei ad identificare, ai fini dell'imposta sulle società, gli elementi che compongono la base imponibile nell'ipotesi di "presenza digitale significativa".

Le finalità di queste misure sono indicate nei "Considerando" della Proposta 1, ed in particolare nel n. 8, secondo il quale tra i principali obiettivi della stessa vi è quello di migliorare la resilienza del mercato interno nel suo complesso, al fine di rispondere alle sfide della tassazione dell'economia digitale. Tale obiettivo non può essere conseguito in misura sufficiente tramite l'azione individuale degli Stati Membri, perché le imprese digitali possono operare a livello transfrontaliero senza avere una presenza fisica in una giurisdizione e occorrono, quindi, norme idonee a garantire che tali imprese soggiacciano effettivamente ad un adeguato prelievo fiscale nel luogo in cui – quantomeno economicamente - operano e realizzano risultati imponibili.

Così, considerata tale dimensione transfrontaliera, un'iniziativa a livello dell'Unione viene considerata un valore aggiunto rispetto a quanto si potrebbe conseguire mediante una pluralità non coordinata di misure nazionali. Viene conseguentemente reputata necessaria un'iniziativa comune a tutto il mercato interno per garantire un'applicazione armonizzata delle norme concernenti una presenza digitale significativa nell'Unione.

Prosegue la Proposta 1 sostenendo la necessità di un'iniziativa Europea che eviti così approcci unilaterali e divergenti da parte dei singoli Stati Membri, che potrebbero risultare inefficaci e frammentare il mercato unico creando conflitti a livello di politiche nazionali, distorsioni e ostacoli fiscali per le imprese nell'Unione.

1.2. Campo di applicazione

L'art. 2 definisce il campo di applicazione della Direttiva proposta.

Essa si applica alle entità operanti a prescindere dello Stato di residenza ai fini dell'imposta sulle società; dunque, si applica sia alle società residenti in uno Stato Membro dell'UE, sia in un Paese terzo. [Possibile applicazione nei soli trattati intra-UE]

⁶⁷ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (1), per "imposta sulle società" si intende una delle società di cui all'allegato I o un'imposta analoga introdotta successivamente.

Al fine di evitare qualsiasi conflitto con le Convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni (di seguito, le “**Convenzioni**”) concluse con giurisdizioni terze (vedasi il “Considerando” n. 5), l’art. 2, par. 2 stabilisce che per le società residenti in un Paese terzo, con il quale lo Stato Membro abbia concluso una Convenzione, affinché si applichi la disciplina contenuta in tale Direttiva, sono necessari due requisiti: (i) che la Convenzione contro la doppia imposizione in questione contenga disposizioni simili agli artt. 4 e 5 della Proposta 1 e (ii) che tali disposizioni siano in vigore.

1.3. Individuazione della c.d. stabile organizzazione digitale

Ai sensi dell’art. 4, par. 1, viene stabilito che ai fini dell’imposta sulle società si considera che sussista una stabile organizzazione se esiste una presenza digitale significativa, attraverso la quale è esercitata, in tutto o in parte, un’attività.

Precisa poi il par. 2 che tale criterio si aggiunge, senza limitare o incidere, attraverso la sua applicazione, a qualsiasi altro criterio che, ai sensi del diritto comunitario o nazionale, sia volto a determinare l’esistenza di una stabile organizzazione in uno Stato Membro ai fini dell’imposta sulle società, avuto specifico riguardo alla fornitura di servizi digitali o di altro tipo.

Infine, vengono definiti i requisiti affinché possa considerarsi esistente una presenza digitale significativa in uno Stato Membro, in un determinato periodo d’imposta⁶⁸.

Secondo il Considerando n. 6, è necessario che il nesso che lega un’impresa digitale ad uno Stato Membro sia basato sui ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali, sul numero di utenti o sul numero di contratti commerciali per servizi digitali.

Le soglie applicabili dovrebbero rispecchiare l’importanza della presenza digitale per diversi tipi di modelli d’impresa e tenere conto dei diversi gradi di contributo al processo di creazione di valore. Le norme dovrebbero inoltre garantire un trattamento compatibile nei vari Stati Membri, a prescindere dalle loro dimensioni, ed escludere i casi di scarso rilievo.

Prosegue il Considerando n. 6 spiegando che la pura e semplice vendita di beni o servizi, agevolata dal ricorso ad *internet* non dovrebbe essere considerata un servizio digitale ai fini della Proposta 1. La stessa Relazione della Proposta 1 offre un esempio di quanto affermato: la possibilità di dare accesso, dietro compenso, a un mercato digitale per l’acquisto e la vendita di autovetture è un servizio digitale, ma la vendita di un’automobile attraverso un tale sito *internet* non lo è. Il legislatore europeo vuole in questo modo escludere dalle novità in questione le attività del c.d. *e-commerce* “tradizionale”.

Così, secondo l’art. 4, par. 3, si considera che esista una presenza digitale significativa:

⁶⁸ Ai sensi dell’art. 3, par. 1, (7), per “periodo d’imposta” si intende un anno fiscale, un anno civile o qualsiasi altro periodo applicabile ai fini dell’imposta sulle società.

- (i) se l'attività svolta attraverso di essa consista interamente o in parte nella fornitura di servizi digitali⁶⁹ tramite un'interfaccia digitale⁷⁰;
- (ii) se sono soddisfatte una o più delle seguenti condizioni per la fornitura di tali servizi da parte dell'entità⁷¹ che esercita l'attività, considerata congiuntamente alla fornitura di tali servizi tramite un'interfaccia digitale da parte di ciascuna delle imprese associate⁷² di tale entità a livello aggregato:
- a) la parte dei ricavi⁷³ totali ottenuti nel corso di tale periodo d'imposta e derivanti dalla fornitura di tali servizi digitali a utenti⁷⁴ situati nello Stato Membro considerato nel detto periodo d'imposta sia superiore a € 7 milioni.
- Secondo quanto disposto dal par. 7 dello stesso art. 4, la parte dei ricavi totali viene determinata in proporzione al numero di volte in cui i dispositivi sono utilizzati nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati in tutto il mondo per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali;
- b) il numero di utenti di uno o più di tali servizi digitali - che sono situati nello Stato Membro considerato nel corso di tale periodo d'imposta da parte di utenti situati nello Stato Membro considerato - sia superiore a 100.000.
- Per quanto riguarda la fruizione di servizi digitali, ai sensi del par. 4 dell'art. 4 della Proposta 1, si considera che un utente sia situato in uno Stato Membro in un periodo d'imposta se l'utente, nel corso di detto periodo di imposta, utilizza un dispositivo in tale Stato Membro per accedere all'interfaccia digitale attraverso la quale sono forniti i servizi digitali. Al par. 6, infine, viene

⁶⁹ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (5), per "servizi digitali" si intendono i servizi forniti attraverso *internet* o una rete elettronica, la cui natura renda la prestazione essenzialmente automatizzata e richieda un intervento umano minimo, impossibili da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione, e segnatamente: a) la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi *software*, loro modifiche e aggiornamenti; b) i servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina *web*; c) i servizi automaticamente generati da un computer attraverso *internet* o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal destinatario; d) la concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito *internet* che operi come mercato *online*, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer; e) le offerte forfettarie di servizi *internet* (*Internet Service Packages*, "ISP") nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (in altre parole, il *forfait* va oltre il semplice accesso a *internet* e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso a notizie di attualità, informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, *hosting* di siti, accessi a dibattiti *online*, o qualsiasi altro elemento simile); f) i servizi elencati nell'Allegato II alla Proposta. I servizi digitali non comprendono i servizi elencati nell'Allegato III o la vendita di beni o di altri servizi agevolata dal ricorso a *internet* o a una rete elettronica.

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (2), per "interfaccia digitale" si intende qualsiasi *software*, compresi i siti *web* o parte di essi, e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti.

⁷¹ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (7), per "entità" si intende qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente a fini fiscali.

⁷² Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (9), per "impresa associata" si intende un'entità collegata alla specifica entità in questione in uno o più dei modi seguenti: a) una di esse partecipa alla gestione dell'altra, essendo nella posizione di esercitare un'influenza significativa sull'altra; b) una di esse partecipa al controllo dell'altra attraverso una partecipazione, diretta o indiretta, che supera il 20% dei diritti di voto; c) una di esse partecipa al capitale dell'altra mediante un diritto di proprietà, diretto o indiretto, che supera il 20% del capitale.

Nel caso in cui più di un'entità partecipi alla gestione, al controllo o al capitale della stessa entità in uno o più dei modi di cui alle lett. da a) a c), tutte queste entità sono considerate imprese tra loro associate.

Nel caso in cui la stessa entità partecipi alla gestione, al controllo o al capitale di più di un'entità in uno o più dei modi di cui alle lett. da a) a c), tutte queste entità sono considerate imprese tra loro associate.

In caso di partecipazioni indirette, il rispetto dei criteri di cui alle lett. b) e c) è determinato moltiplicando le percentuali delle partecipazioni attraverso i livelli successivi. Un'entità che detiene più del 50% dei diritti di voto è considerata detentrica del 100%.

⁷³ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (6), per "ricavi" si intendono i proventi della vendita e di altre operazioni, al netto dell'imposta sul valore aggiunto e di altri tributi e prelievi riscossi per conto delle agenzie governative, di natura monetaria o non, inclusi i proventi della cessione di attivi e diritti, gli interessi, i dividendi e altre distribuzioni di profitti, i proventi di liquidazioni, i canoni, i sussidi e le sovvenzioni, i doni ricevuti, le retribuzioni e le gratifiche. Tra i ricavi rientrano anche i doni di natura non monetaria effettuati da una società soggetta a imposta. Sono esclusi i capitali raccolti da una società soggetta ad imposta (*equity*) o il debito a essa rimborsato.

⁷⁴ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (4), per "utente" si intende qualsiasi persona fisica o impresa.

specificato come determinare lo Stato Membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente: lo Stato viene determinato con riferimento all'indirizzo di protocollo *internet* (c.d. "**IP address**")⁷⁵ del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

- c) il numero di contratti commerciali per la fornitura di servizi digitali conclusi nel corso di tale periodo d'imposta, da parte di utenti situati nello Stato Membro considerato, sia superiore a 3.000. Con riguardo alla conclusione di contratti per la fornitura di servizi digitali, ai sensi del par. 5 valgono i seguenti criteri: *a)* si considera che un contratto sia un contratto commerciale se l'utente che lo conclude esercita un'attività commerciale; *b)* si considera che un utente si trovi in uno Stato Membro in un periodo d'imposta se è residente ai fini dell'imposta sulle società in tale Stato Membro in detto periodo d'imposta o se è residente, sempre ai fini dell'imposta sulle società, in un Paese terzo ma dispone di una stabile organizzazione in tale Stato Membro in detto periodo d'imposta.

1.4. Criteri per la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione "digitale"

La questione viene introdotta dal Considerando n. 7 secondo il quale, affinché la presenza digitale significativa di un'impresa possa essere tassata in un'altra giurisdizione in conformità del relativo diritto interno, è necessario stabilire i principi di attribuzione degli utili a tale presenza digitale significativa.

Così, l'art. 5, par. 1, dispone che gli utili attribuibili a una presenza digitale significativa o in relazione ad essa in uno Stato Membro sono soggetti unicamente al regime di imposta sulle società di tale Stato.

Prosegue l'art. 5 prevedendo, al par. 2, che gli utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione a essa sono quelli che la presenza digitale ha realizzato tenendo conto delle funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti attraverso un'interfaccia digitale.

Secondo il par. 3, la determinazione degli utili attribuibili alla presenza digitale significativa si deve basare su un'analisi funzionale.

Per determinare le funzioni della presenza digitale significativa e attribuirvi la proprietà economica degli attivi e i rischi, si deve tener conto delle attività economicamente rilevanti svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale.

A tale finalità sono considerate attività economicamente rilevanti della presenza digitale significativa, che attribuiscono i rischi e la proprietà economica degli attivi a tale presenza, le attività svolte dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale relative a dati o utenti.

Ai sensi del par. 4, viene stabilito come sia necessario tenere debito conto delle attività economicamente rilevanti svolte dalla presenza digitale significativa che siano pertinenti per lo sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento delle attività immateriali dell'impresa.

Secondo il par. 5, sono considerate attività economicamente rilevanti anche una serie di attività svolte dalla presenza digitale significativa attraverso un'interfaccia digitale, e precisamente: *a)* la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati degli utenti; *b)* la raccolta, l'archiviazione, il trattamento e la visualizzazione dei contenuti generati dagli utenti; *c)* la vendita di spazi pubblicitari *online*; *d)* la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi; *e)* la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lett. da *a)* a *d)*.

Nel determinare gli utili attribuibili ai sensi dei commi precedenti, dispone il par. 6, il contribuente utilizza il metodo del *transfer pricing* noto come *profit split* (o di ripartizione degli utili). Questa indicazione, tuttavia, costituisce solo la via preferita dal legislatore comunitario (una sorta di presunzione relativa) potendo essa

⁷⁵ Ai sensi dell'art. 3, par. 1, (3), per "indirizzo di protocollo *internet* (IP)" si intende una serie di cifre assegnate a dispositivi in rete per facilitare la loro comunicazione via *internet*.

essere contraddetta dalla dimostrazione, da parte dei contribuenti, che un metodo alternativo basato su principi accettati a livello internazionale sia più appropriato, visti i risultati dell'analisi funzionale.

I fattori di ripartizione possono comprendere le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione, nonché il numero di utenti e i dati raccolti per ciascuno Stato Membro.

2. La Proposta di Direttiva COM(2018)148 *final* sulla c.d. “Interim Web Tax”

2.1. Oggetto

Secondo quanto disposto dall'art. 1 di tale Direttiva (di seguito, la “**Proposta 2**”), viene istituito il sistema comune d'imposta sui servizi digitali, applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali (“**Interim Web Tax**”).

2.2. Presupposto d'imposta

La Proposta 2 assoggetta a tassazione i ricavi derivanti dalla fornitura di (soltanto) alcuni servizi digitali, con particolare riguardo a quei servizi digitali in cui gli utenti contribuiscono significativamente al processo di creazione del valore (Considerando n. 7).

La descrizione delle prestazioni che danno luogo ai cc.dd. “*Taxable revenues*” viene effettuata nell'art. 3, par. 1. Secondo tale art. sono *Taxable revenues* i ricavi derivanti dalla fornitura dei seguenti servizi da parte di un'entità⁷⁶:

- a) la collocazione su un'interfaccia digitale⁷⁷ di una pubblicità mirata agli utenti⁷⁸ di tale interfaccia;
- b) la messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale che agevoli l'interazione fra gli stessi utenti e le eventuali cessioni di beni e prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti;
- c) la trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali.

L'art. 3, par. 4, invece, prevede una serie di attività non rientranti nella suesposta lett. b), e precisamente: (i) la messa a disposizione di un'interfaccia digitale il cui fine esclusivo o principale consista nella fornitura agli utenti, da parte dell'entità che mette a disposizione l'interfaccia, di contenuto digitale⁷⁹ o servizi di comunicazione o servizi di pagamento⁸⁰; (ii) la fornitura di uno dei servizi di cui alla Direttiva 2015/65/UE, allegato I, sezione A punti da 1) a 9) effettuati da determinati soggetti (es. piattaforme per *crowdfunding*).

Sono esclusi altresì dalla suesposta lett. c), ai sensi dell'art. 3, par. 6, la trasmissione di dati da parte degli stessi soggetti.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, (1), per “entità” si intende qualsiasi persona giuridica o istituto giuridico che svolge la propria attività attraverso una società o una struttura trasparente a fini fiscali.

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, (3), per “interfaccia digitale” si intende qualsiasi *software*, compresi i siti *web* o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti.

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, (4), per “utente” si intende qualsiasi persona fisica o impresa.

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 2, par. 1, (5), per “contenuto digitale” si intendono i dati in formato digitale, quali programmi informatici, applicazioni, musica, video, testi, giochi e qualsiasi altro tipo di *software*, diversi dai dati rappresentati un'interfaccia digitale.

⁸⁰ La distinzione tra questo servizio e quello descritto alla lett. b) è provata a spiegare nella Direttiva ai Considerando n. 14 e 16.

Ai commi 7 ed 8 sono invece dettate due disposizioni in materia di gruppi di imprese che redigono conti consolidati (di seguito, i “**Gruppi**”)⁸¹. Da un lato, al par. 7, si dispone che i ricavi derivanti dalla fornitura di un c.d. “*Taxable Service*” da parte di un’entità appartenente a un Gruppo ad un’altra entità dello stesso Gruppo non vengono considerato come ricavi imponibili ai fini della presente Direttiva; dall’altro lato, in funzione antielusiva, al par. 8, si dispone invece che se un’entità appartenente ad un Gruppo fornisce un *Taxable Service* ad un soggetto extra Gruppo e i ricavi derivanti dalla fornitura di tale servizio sono ottenuti da un’altra entità del medesimo Gruppo, ai fini della presente Proposta di Direttiva tali ricavi sono considerati ottenuti dall’entità che ha fornito il servizio.

2.3. Soggetto passivo d’imposta

L’introduzione della **Interim Web Tax** richiede, ai sensi dell’art. 4, l’individuazione di un soggetto passivo, con riguardo al periodo d’imposta⁸².

È necessario infatti che il servizio digitale di cui al precedente paragrafo sia reso da un soggetto passivo che abbia determinati requisiti di seguito illustrati, che abbia cioè già raggiunto determinate dimensione nel mondo ed in Europa.

I due parametri dimensionali che devono essere rispettati perché un’entità sia considerata soggetto passivo ai fini di tale imposta sono indicati dall’ art. 4, par. 1:

- a) l’importo totale dei ricavi a livello mondiale dichiarati dall’entità per l’esercizio finanziario pertinente superi € 750 milioni;
- b) l’importo totale dei ricavi imponibili ottenuti dall’entità nell’Unione durante l’esercizio finanziario pertinente superi € 50 milioni.

La *ratio* della prima soglia (secondo il Considerando n. 23) è quella di limitare l’applicazione dell’imposta alle imprese di grandi dimensioni, essenzialmente quelle che sono in grado di fornire i servizi digitali per l’effettuazione dei quali il contributo degli utenti svolge un ruolo fondamentale e che dipendono fortemente da reti di utenti estese, un grande traffico di utenti e lo sfruttamento di una posizione di mercato forte. Tali modelli imprenditoriali, che dipendono dalla creazione di valore da parte degli utenti per ottenere ricavi e che sono mediamente redditizi soltanto se attuati da imprese di determinate dimensioni, sono all’origine del divario maggiore tra il luogo in cui vengono tassati i ricavi e il luogo dove è creato il valore. Inoltre, (sempre secondo il Considerando n. 23) tale soglia è intesa a conferire certezza giuridica, permettendo alle imprese e alle autorità fiscali di stabilire più facilmente e a minor costo se un’entità è debitrice dell’imposta oggetto di tale Direttiva. Essa esclude inoltre le piccole imprese e le *start-up*, per le quali gli oneri di messa in conformità con la nuova imposta rischierebbero di avere un effetto negativo sproporzionato.

Le finalità cui aspira il secondo parametro dimensionale (Considerando n. 24) è quella di limitare l’applicazione dell’imposta ai casi in cui vi sia un’impronta digitale significativa a livello dell’Unione in relazione al tipo di ricavi oggetto dell’imposta in questione. Prosegue il Considerando n. 24 affermando che la soglia dimensionale dovrebbe essere fissata a livello dell’Unione Europea, per evitare di tenere conto delle differenze nelle dimensioni di mercato che possono esistere all’interno dell’Unione.

L’ultimo paragrafo dell’art. 4 detta una disposizione in tema di Gruppi. Infatti, se l’entità in questione appartiene ad un Gruppo, i requisiti dimensionali si calcolano sui ricavi a livello mondiale dichiarati dal Gruppo nel suo insieme e sui ricavi imponibili ottenuti all’interno dell’Unione dallo stesso.

⁸¹ Ai sensi dell’art. 2, par. 1, (2) per “Gruppo consolidato a fini di contabilità finanziaria” si intendono tutte le entità pienamente incluse nel bilancio consolidato redatto in conformità ai principi internazionali d’informativa finanziaria (c.d. “**IFRS**”) o a un sistema nazionale di informativa finanziaria.

⁸² Ai sensi dell’art. 2, par. 1, (7) per “periodo d’imposta” si intende l’anno civile.

2.4. Determinazione della base imponibile

2.4.1. Momento in cui il presupposto d'imposta si considera realizzato

Sancisce l'art. 4, par. 5, che ai fini della Proposta 2 i ricavi imponibili sono considerati ottenuti nel momento in cui divengono esigibili, a prescindere dal fatto che gli importi in questione siano stati effettivamente pagati (una sorta di principio di competenza).

2.4.2. Luogo in cui il presupposto d'imposta si considera realizzato e "ripartizione" della base imponibile tra Stati Membri

L'imposta sui servizi digitali si applica sui ricavi generati dall'interazione tra utenti ed interfaccia digitale.

Ai sensi dell'art. 5, par. 1, della Proposta 2 i ricavi imponibili, ottenuti da un'entità in un certo periodo d'imposta, si considerano realizzati in un determinato Stato Membro se gli utenti del servizio sono ivi situati nello stesso periodo d'imposta, a prescindere dal fatto che tali utenti abbiano contribuito finanziariamente a generare tali ricavi.

Si considera che gli utenti si trovino in uno Stato Membro secondo la disciplina del par. 2. Così:

a) nel caso si tratti di collocazione su un'interfaccia digitale di una pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia, la territorialità va stabilita secondo la posizione del dispositivo dell'utente nel momento in cui la pubblicità appaia sul dispositivo che viene utilizzato per accedere a un'interfaccia digitale (Considerando n. 30).

Ai sensi dell'art. 5, par. 3, lett. a) al numero di volte che l'annuncio pubblicitario sia apparso sui dispositivi degli utenti;

b) nel caso si tratti di messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale che agevoli l'interazione fra gli stessi utenti e le eventuali cessioni di beni e prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, occorre distinguere tra i casi in cui l'interfaccia facilita le operazioni corrispondenti direttamente tra gli utenti e i casi in cui non lo faccia (secondo il combinato disposto dell'art. 5, par. 2, lett. b) ed il Considerando n. 31):

- se il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale che facilita le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti, l'assegnazione dei ricavi imponibili ad uno Stato Membro in un periodo d'imposta dovrebbe essere effettuata sulla base del numero di utenti che concludono un'operazione di questo tipo in detto periodo d'imposta utilizzando un dispositivo in tale Stato Membro, essendo questa l'azione che di norma genera ricavi per le imprese che mettono a disposizione l'interfaccia.

Dunque, continua il Considerando n. 31, i diritti di imposizione sui ricavi dell'impresa che mette a disposizione l'interfaccia dovrebbero essere assegnati agli Stati Membri in cui si trovano gli utenti che concludono le operazioni corrispondenti, a prescindere dal fatto che gli utenti siano i venditori o gli acquirenti dei corrispondenti beni o servizi. Questo perché entrambi generano valore per l'interfaccia digitale multilaterale attraverso la loro partecipazione, dato che il ruolo dell'interfaccia è far corrispondere l'offerta alla domanda.

Secondo l'art. 5, par. 3, lett. b), *sub (i)*, il computo della porzione di ricavo imponibile da assegnare allo Stato Membro va calcolato in proporzione al numero di utenti che hanno concluso transazioni rilevanti.

- se il servizio comporta un'interfaccia digitale multilaterale di un tipo che non rientra nel caso precedente, se l'utente dispone di un conto per la totalità o una parte di tale periodo d'imposta che gli consente di accedere all'interfaccia digitale e tale conto sia stato aperto utilizzando un dispositivo in tale Stato Membro, rileva lo Stato Membro in cui sia avvenuta l'apertura di un conto nell'interfaccia.

Infatti, come annota lo stesso Considerando n. 31, ultima parte, in tal caso, generalmente i ricavi sono ottenuti tramite pagamenti periodici dopo la registrazione o l'apertura di un conto su un'interfaccia digitale.

Di conseguenza, secondo l'art. 5, par. 3, lett. b), *sub (ii)*, il computo della porzione di ricavo imponibile da assegnare allo Stato Membro va calcolato in proporzione ai fini dell'attribuzione dei ricavi imponibili a uno Stato Membro in un periodo d'imposta tenendo conto del numero di utenti in tale periodo d'imposta titolari di un conto che è stato aperto utilizzando un dispositivo in tale Stato Membro, a prescindere dal fatto che il conto sia stato aperto durante tale periodo d'imposta o in uno precedente;

- c) nel caso si tratti di trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali, la territorialità va stabilita sulla base dello Stato Membro in cui è localizzato il dispositivo utilizzato per accedere all'interfaccia digitale dall'utente i cui dati sono stati generati. Secondo il Considerando n. 32, l'assegnazione dei ricavi imponibili a uno Stato Membro in un periodo d'imposta dovrebbe tenere conto del numero di utenti che hanno generato i dati trasmessi in detto periodo d'imposta utilizzando un dispositivo in tale Stato Membro.

Secondo l'art. 5, par. 3, lett. c), il computo della porzione di ricavo imponibile da assegnare allo Stato Membro coinvolto va calcolato in proporzione al numero degli utenti che hanno generato dati trasmessi in detto periodo d'imposta utilizzando un dispositivo per accedere all'interfaccia digitale.

Infine, dell'art. 5, rileva il par. 5, che indica il metodo di determinazione della posizione di un utente e del suo dispositivo. Dispone infatti che lo Stato Membro in cui è utilizzato un dispositivo dell'utente è determinato con riferimento all'*IP address* del dispositivo o, se più accurato, a qualsiasi altro metodo di geolocalizzazione.

2.5. Aspetti applicativi dell'imposta

Vengono disposti dagli artt. 6 e seguenti della Proposta 2 gli aspetti procedurali volti a rendere concretamente operante la *Interim Web Tax*.

Infatti, ai sensi dell'art. 11, viene disposto che la *Taxable person* che rientra nell'ambito di applicazione di tale imposta comunica, attraverso un'autodichiarazione allo Stato Membro di identificazione, di essere debitrice di tale imposta in uno o più Stati Membri.

La comunicazione deve essere effettuata per via elettronica entro e non oltre 10 giorni lavorativi dalla fine del primo periodo d'imposta per il quale il soggetto passivo è debitore dell'imposta in questione in conformità alla Proposta 2.

Viene stabilito che lo Stato Membro di identificazione è: a) lo Stato Membro in cui il soggetto passivo è debitore dell'imposta per il primo periodo d'imposta; b) se il soggetto passivo è debitore dell'imposta per quel periodo d'imposta in più di uno Stato Membro, lo Stato Membro scelto dal soggetto passivo.

La comunicazione deve comprendere almeno le seguenti informazioni riguardanti il soggetto passivo: nome; denominazione commerciale, se diversa dal nome; indirizzo postale; indirizzo elettronico; numero di codice fiscale nazionale, se esistente; nome della persona di contatto; numero di telefono; Stati Membri in cui il soggetto passivo è debitore dell'Imposta sui Servizi Digitali ("**ISD**"); codice IBAN o OBAN.

Inoltre, il soggetto passivo è tenuto a comunicare allo Stato Membro di identificazione tutte le modifiche concernenti le informazioni fornite.

Tale Stato Membro di identificazione assume, per la *Taxable person*, la funzione di unico interlocutore per tutti gli adempimenti rilevanti ai fini della *Interim Web Tax*. Infatti, ai sensi dell'art. 11, le attribuisce un numero di identificazione, e le comunica tale numero per via elettronica entro 10 giorni lavorativi dal giorno in cui è stata ricevuta la comunicazione a norma dell'art. 10 e riceve, ai sensi dell'art. 14, la c.d. dichiarazione

ISD per via elettronica entro 30 giorni lavorativi dalla fine del periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione.

Tale dichiarazione, ai sensi dell'art. 15, deve contenere: *a)* il numero di identificazione individuale di cui all'art. 11; *b)* per ogni Stato Membro in cui l'ISD è dovuta per il periodo d'imposta in questione, l'importo totale dei ricavi imponibili che si considera ottenuto dal soggetto passivo in quello Stato Membro in detto periodo d'imposta, nonché l'importo dell'ISD dovuta su tale importo in quello Stato Membro per detto periodo d'imposta; *c)* l'ISD totale dovuta dal soggetto passivo in tutti gli Stati Membri per il periodo di imposta pertinente. La dichiarazione ISD riporta inoltre, con riguardo al periodo d'imposta, l'importo totale dei ricavi a livello mondiale e l'importo totale dei ricavi imponibili all'interno dell'Unione applicabili ai fini dell'art. 4, par. 1.

Il soggetto passivo, ai sensi dell'art. 16, è tenuto a versare nello Stato Membro di identificazione l'imposta dovuta dallo stesso in tutti gli Stati Membri in cui è essa è dovuta per un dato periodo d'imposta; e tale adempimento deve essere effettuato, ai sensi del par. 2, entro 30 giorni lavorativi dalla fine del periodo d'imposta in questione. Spetterebbe, dunque, allo Stato Membro di identificazione, informare gli altri Stati Membri e trasferire la quota dovuta negli stessi riscossa per loro conto.

IV. Appropriately delle soluzioni proposte in sede UE per l'individuazione e la tassazione della stabile organizzazione digitale

1. Considerazioni preliminari

La tassazione della ricchezza digitale rappresenta attualmente una delle sfide più ambiziose della *moderna* fiscalità domestica ed internazionale.

Com'è noto, la principale difficoltà risiede nell'identificare con certezza i confini della nozione di *presenza digitale significativa*, e di declinarla all'interno di un sistema di tassazione incentrato, essenzialmente, sui tipici e consolidati principi di tassazione dei redditi transnazionali⁸³ tenendo conto delle nuove esigenze impositive indotte e sollecitate, da un lato, dal fenomeno della *globalizzazione* e, dall'altro lato, dalle nuove tecnologie, e segnatamente dalle c.d. “**reti interconnesse**” (*internet*, reti satellitari, *cloud*).

Ed infatti, l'economia digitale è caratterizzata dalla tendenziale divergenza tra luogo di stabilimento dei fattori produttivi e luogo di consumo dei beni prodotti, laddove l'attuale sviluppo tecnologico consente⁸⁴:

- di esercitare l'attività di impresa da remoto senza ricorrere ad infrastrutture fisiche complesse;
- una diversa mobilità degli utenti, che possono accedere ad *internet* attraverso dispositivi mobili indipendentemente dal luogo in cui si trovano;
- una aumentata capacità delle imprese che operano sulla rete di raccogliere ed elaborare i dati forniti dagli utenti (direttamente o tracciando i comportamenti sul *web*) al fine di migliorare i prodotti e servizi offerti, valorizzando sul piano economico i dati ottenuti;
- un maggiore sviluppo di modelli di impresa *multi-sided*, caratterizzati da gruppi di utenti che si interfacciano con altri gruppi attraverso piattaforme *on line* (c.d. “*sharing economy*”), le cui decisioni hanno significativi effetti reciproci di rilievo economico;
- lo sviluppo di nuovi prodotti digitali e di nuovi mezzi per l'erogazione di servizi;
- il ricorso a strumenti di pagamento alternativi al contante, che non sempre consentono la tracciabilità delle relative operazioni.

Dette tecnologie, pertanto, hanno modificato il modo di considerare e percepire il mercato “reale”, non più apprezzato come luogo fisico di scambio di diritti proprietari secondo l'interazione di forze spontanee come la domanda e l'offerta, ma come un luogo aperto, in cui l'attività d'impresa si svolge in modo *nuovo*, superando *in toto* le tradizionali catene del valore.

Le tecnologie della c.d. *digital economy*, esprimendo una nuova configurazione del *modus operandi* delle imprese digitali rispetto alla *old economy*, consentono quindi di potere operare in più giurisdizioni senza la necessità di realizzare o integrare i requisiti minimi di una *stabile organizzazione* nei mercati di riferimento, accentuando la concorrenza fiscale basata sui diversi trattamenti impositivi nazionali e favorendo il radicamento delle attività economiche in quegli Stati in cui l'imposizione fiscale risulta particolarmente contenuta.

La *digital economy*, poi, incide anche sulla definizione di *residenza fiscale* rendendo più *rarefatta* anche la verifica della sussistenza dei criteri di riferimento usualmente previsti dal sistema tributario (sede amministrativa, sede legale, luogo di effettivo svolgimento dell'oggetto principale della società)⁸⁵. Si fa

⁸³ Quelli del *world-wide taxation principle*, secondo cui il contribuente è assoggettato a tassazione per tutti i suoi redditi, ovunque prodotti, nello Stato di residenza, e del *principle of source*, secondo cui il soggetto non residente è assoggettato ad imposizione in relazione al luogo in cui i redditi sono prodotti.

⁸⁴ Cfr. Deliberazione 24 maggio 2018, n. 8/2018/G della Corte dei Conti, “*L'e-commerce e il sistema fiscale*”, secondo cui, in conclusione, la “*più ampia accezione di economia digitale postula un'ampia rimodulazione della normativa fiscale, nonché, in sede di applicazione delle disposizioni vigenti, nuovi approcci operativi correlati alle specifiche connotazioni del fenomeno*” laddove le “*caratteristiche specifiche dell'economia digitale (...) pur favorendo gli scambi e le interazioni transfrontaliere, rendono più difficile collegare le attività che producono valore al mercato di consumo, incidendo sulla individuazione del luogo in cui i redditi vengono prodotti*”.

⁸⁵ L'individuazione del criterio di collegamento rappresentato dal presupposto territoriale della potestà impositiva risiede nella necessità di non assumere a presupposto di tributi eventi privi di ragionevole collegamento con il territorio dello Stato e quindi di specificare un legame ragionevole tra la capacità contributiva manifestata dal presupposto e

riferimento, in particolare alla maggiore difficoltà nell'individuazione: (i) dell'“*oggetto principale dell'attività*”, risultando assai complesso verificare dove viene svolta in misura prevalente l'attività essenziale per la realizzazione degli scopi sociali primari; e (ii) del luogo di direzione effettiva, potendo ora l'attività di impresa essere esercitata da remoto. Ne discende che risulta più complessa l'individuazione della giurisdizione nella quale viene a determinarsi una componente reddituale tassabile ovvero competente ad esercitare la propria legittima sovranità tributaria, in base alle norme del diritto tributario vigente.

L'inadeguatezza dell'attuale sistema⁸⁶, quantomeno in ambito domestico, del resto, trova una propria evidenza nel progressivo intensificarsi delle contestazioni in tema di *transfer pricing* e del moltiplicarsi di controversie sulla residenza, nelle due caratterizzazioni di esteroinvestizione⁸⁷ e di stabile organizzazione occulta⁸⁸; una circostanza che può anche interpretarsi come il tentativo di utilizzare metodologie accertative *classiche* per catturare *nuova* ricchezza generata in *modo moderno*.

Al fine di adeguare l'approccio impositivo tradizionale all'economia digitale e tecnologica, a livello internazionale e nazionale sono state avviate le misure che seguono.

In primo luogo, sia pure con riguardo alle norme di riparto delle potestà impositive tra Stati, quelle contenute nel Progetto OCSE *Base Erosion and Profit Shifting* (“**BEPS**”)⁸⁹, che ha contribuito⁹⁰ in modo determinante alla definizione del concetto di “*stabile organizzazione virtuale*” o “*digitale*”, con conseguenze sulle azioni di contrasto ai fenomeni di evasione ed elusione della *web economy*⁹¹.

l'ordinamento cui la norma che disciplina il tributo appartiene, delimitando così la sfera di applicazione del tributo nazionale.

⁸⁶ Cfr. A. Tomassini, “*Stabili organizzazioni e commercio elettronico*”, in *Corr. Trib.*, 19/2013, pag. 1498.

⁸⁷ Per “*esteroinvestizione societaria*” si intendono quelle fattispecie in cui una entità, pur avendo formalmente sede all'estero, presenta uno o più criteri legali di collegamento con l'ordinamento nazionale, in base ai quali la residenza fiscale può risultare radicata all'interno del territorio dello Stato; si versa in sostanza in ipotesi di fittizia localizzazione della residenza fiscale di *legal entities* in Paesi o territori esteri, con conseguente sottrazione agli obblighi tributari previsti dall'ordinamento nazionale, allo scopo di usufruire di un regime impositivo più favorevole sfruttando le disarmonie esistenti tra le diverse giurisdizioni.

⁸⁸ Il “*Manuale operativo in materia di contrasto all'evasione e alle frodi fiscali*”, della Guardia di Finanza, approvato con la Circolare n. 1/2018 e in vigore dall'1 gennaio 2018, nel capitolo dedicato al contrasto all'evasione e alle frodi fiscali di rilievo internazionale, contiene alcuni approfondimenti sul tema della “*stabile organizzazione occulta*”. Sul piano operativo, elementi indicativi della possibile esistenza di una *permanent establishment* occulta possono essere individuati nelle seguenti circostanze: notevole discrasia tra il volume d'affari e/o i ricavi dichiarati dalla *legal entity* italiana e la quota di mercato del gruppo di riferimento sul territorio nazionale; assenza di una società sul territorio italiano malgrado esso risulti essere il mercato ove si realizza una quota rilevante del *business* del gruppo; forte sproporzione tra il volume d'affari dichiarato dalla *legal entity* locale e il numero (elevato) dei suoi dipendenti; adozione, da parte dell'operatore della *digital economy*, di un modello di *business* che impone una diffusa presenza di proprio personale sul territorio.

⁸⁹ Si rammenta che tale Progetto, elaborato su mandato politico dei *leader* del G20, è stato ispirato dalla finalità di contrastare le strategie di pianificazione fiscale aggressiva, di modo che i redditi siano assoggettati a tassazione nel luogo in cui le attività stesse sono poste in essere e si crea valore. In particolare, il Progetto BEPS, costituito da quindici *Action*, si ripropone di contrastare le condotte elusive poste in essere dai contribuenti al fine di consentire l'erosione della base imponibile (*base erosion*) e/o favorire lo spostamento degli utili societari (*profit shifting*) in Stati con livello di tassazione nullo o, comunque, ridotto.

⁹⁰ Cfr. R. Russo, “*Base erosion and profit shifting*”, in F. Boccia - B. Leonardi, *The challenge of digital economy*, Printforce (Olanda), 2016, pag. 39, secondo cui “*the Beps package represents the first substantial renovation of the international tax rules in almost a century. The jury is now out and it will not take long to recognize the important contribution of this project to a modern, fair and equitable global economy or else the failure of national policy makers to look beyond their border and (or the next election)*”

⁹¹ In tema di normative di contrasto all'evasione ed elusione di matrice transnazionale e politiche di implementazione della cooperazione fiscale e scambio di informazioni cfr. L. Salvini, “*I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*”, in *Giur. Comm.*, 2016, pag. 130. In tema di cooperazione internazionale e di scambio di informazioni tra Amministrazioni finanziarie si rimanda a P. Adonnino, “*Cooperazione amministrativa e modalità di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali*”, in *Quad. Rass. Trib.*, 1995, pag. 52; S. Dorigo, “*La cooperazione fiscale internazionale*”, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011, pagg. 206 e ss.; P. Mastellone, “*La cooperazione fiscale internazionale nello scambio di informazioni*”, in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012, pag. 213.

In particolare, con l'Action 1 ("Addressing the tax challenges of the digital economy") è stata focalizzata l'attenzione, *inter alia*, sui nessi territoriali della presenza digitale delle imprese, sui modi della creazione del valore in questo specifico ambito, sulla identificazione e classificazione del reddito derivante dai nuovi modelli di attività, identificando possibili sistemi di tassazione dei redditi derivanti dall'economia digitale, riconducibili ad un duplice modello⁹². L'Action 1 ha introdotto, inoltre, l'innovativo concetto di *presenza economica significativa*, ritenuta sussistente al verificarsi di specifiche condizioni relative a ricavi⁹³, fattori digitali (*digital factor*)⁹⁴ e altri fattori connessi al contributo degli utenti digitali (*user-based factor*)⁹⁵.

Anche l'Unione Europea è intervenuta, con particolare riguardo alla tassazione della *digital economy*, con un pacchetto di misure per la tassazione equa dell'economia digitale che include una Comunicazione, una Raccomandazione e due Proposte di Direttive. Nel dettaglio e come sarà meglio analizzato nei paragrafi che seguono, con la Proposta di Direttiva COM(2018)147 *final*, si intende introdurre una soluzione di tassazione per l'economia digitale strutturata e di lungo periodo, che - sinteticamente - è basata sui seguenti aspetti:

- l'integrazione, nella nozione attuale di stabile organizzazione, del concetto di "*presenza digitale significativa*";
- l'individuazione di parametri per la configurazione della "*presenza digitale significativa*" dipendenti, alternativamente, dalla proporzione delle entrate complessivamente ottenute nel periodo di imposta oppure dal numero di utenti di uno o più dei servizi digitali collocati nello Stato Membro oppure dal numero di contratti per la fornitura di servizi digitali conclusi nel periodo di imposta da utenti collocati nello Stato Membro;
- il luogo in cui considerare collocato l'utente;
- l'esclusiva applicabilità delle norme tributarie dello Stato Membro sui profitti derivanti per l'impresa dalla sua presenza digitale significativa in detto Stato membro;
- l'individuazione degli elementi da prendere in considerazione nell'attribuzione di utili a tale presenza digitale significativa, in base a un'analisi funzionale che tenga conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e degli *asset* utilizzati dall'impresa considerata come un soggetto indipendente.

Con la Proposta di Direttiva COM(2018)148 *final*, inoltre, si vuole introdurre, quale soluzione di breve termine, un'imposta indiretta sui ricavi generati da taluni servizi digitali caratterizzati dall'interazione dell'utente stesso come fattore fondamentale e imprescindibile. Più in particolare, vale premettere che la Proposta prevede:

- l'introduzione di un'imposta sui ricavi generati dalla prestazione delle seguenti tipologie di servizi digitali: (i) spazi pubblicitari resi disponibili su di una piattaforma digitale indirizzata agli utenti della medesima; (ii) le piattaforme digitali "*multi-sided*" che consentono agli utenti di trovare altri utenti ed interagire con gli stessi, e che possono facilitare la fornitura di beni e servizi direttamente tra gli stessi utenti; (iii) la vendita di dati grezzi ("*raw data*"), cioè informazioni che sono state raccolte ma non ulteriormente elaborate;
- soggetti passivi d'imposta individuati nelle società con ricavi totali superiori ad € 750 milioni a livello mondiale, e € 50 milioni di ricavi dai servizi digitali sopra indicati nell'Unione Europea;
- un luogo di tassazione identificato nel luogo nel quale si trova l'utente al momento in cui l'imposta diventa esigibile, identificabile attraverso l'*indirizzo IP* dei dispositivi utilizzati per accedere ai servizi o, se disponibili, ad altri strumenti di geolocalizzazione più affidabili;
- una aliquota standard del 3% che si applica ai ricavi lordi generati da tutti i servizi sopra citati ma al netto dell'Imposta sul valore aggiunto e altre imposte analoghe;
- un sistema di identificazione presso uno Stato Membro che gestisce la riscossione e la redistribuzione

⁹² Trattasi del sistema della ritenuta alla fonte e dell'*equalisation levy*, ovvero un "contributo di perequazione" nella forma dell'accisa sulle transazioni digitali.

⁹³ Quanto ai ricavi realizzati su piattaforme digitali o altri strumenti informatici, si considera (fiscalmente) rilevante il loro conseguimento da clienti di un dato Stato qualora eccedano un ammontare determinato. In ogni caso, il criterio di collegamento con detto Stato sussiste allorché le Amministrazioni finanziarie siano capaci di identificare e misurare le vendite a distanza.

⁹⁴ Per quel che riguarda i *digital factor*, si allude alla possibilità di far riferimento, ad esempio, all'attivazione di un nome a dominio, di una piattaforma digitale o all'impiego di strumenti di pagamento locali.

⁹⁵ Per gli *user-based factor* si intende ogni elemento connesso alla localizzazione degli utenti finali attivi, il luogo di conclusione di contratti *on-line* o di raccolta dei dati.

degli importi ottenuti fra gli Stati Membri.

La nozione di “presenza digitale significativa”, come delineata dal nuovo assetto comunitario, costituisce, quindi, un’ipotesi integrativa rispetto alla casistica già prevista e disciplinata dalle vigenti disposizioni in tema di stabile organizzazione ai fini della tassazione dei redditi societari⁹⁶, seppure discostandosene fortemente come meglio si dirà nei paragrafi successivi; una ipotesi che tiene comunque conto dell’interazione di tre fattori presenti nelle imprese della *digital economy*:

- *scale without mass*, ossia la possibilità di ampliare la propria presenza economica in altre giurisdizioni superando i confini spaziali e prescindendo dalla presenza fisica sul loro territorio⁹⁷;
- l’importanza che gli *assets* intangibili e le proprietà intellettuali rivestono per il valore delle imprese della *web economy*⁹⁸;
- il particolare contributo che i dati e la partecipazione degli utenti hanno nella creazione del valore dell’impresa e nella massimizzazione del profitto⁹⁹.

È proprio il diverso modo di creazione di ricchezza, fondato sul valore dei dati e della partecipazione dell’utente, pertanto, che consente di attribuire rilevanza al mercato di *destinazione* dei servizi digitali nella generazione di profitti e quindi di legittimare il carattere digitale di un’impresa in una giurisdizione, attingendo a tali indicatori di attività economica¹⁰⁰. In merito al territorio di riferimento¹⁰¹, il tratto saliente della nuova impostazione risulta incentrato sul luogo in cui si considera situato l’utente, ovvero il luogo in cui è posto il dispositivo per accedere all’interfaccia digitale per mezzo della quale sono forniti i servizi digitali (dovrebbe aversi riguardo, quindi, all’*indirizzo IP* del dispositivo informatico).

In una prospettiva domestica, in linea con le evoluzioni di matrice internazionale, la Legge di bilancio 2018 ha apportato rilevanti modifiche alla normativa riguardante la stabile organizzazione nonché ai criteri per la sua individuazione, anche riformulando la distinzione tra stabile organizzazione materiale e personale. Più nel dettaglio, è stata integrata la c.d. *positive list* contenuta nell’art. 162 del TUIR, tramite l’aggiunta della lett. *f-bis*), che ora contiene una disposizione che identifica una stabile organizzazione in Italia anche in “*una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso*”¹⁰². La modifica normativa conferma, quindi, lo svincolo della nozione di stabile organizzazione (materiale) dalla condizione di *necessaria fisicità* ed introduce, anche in ambito interno, il nuovo *nexus di collegamento* della “*significativa presenza economica*”¹⁰³. In tal senso, la ricorrenza sistematica delle operazioni e la dimensione dei ricavi costituiscono l’indicatore principale di sussistenza del criterio di collegamento cui ancorare l’imposizione fiscale (si rammenta, infatti,

⁹⁶ Viene quindi proposto un criterio di attribuzione (e di distribuzione) dei poteri impositivi che tipizza un collegamento basato sulla localizzazione di dati e sulla partecipazione dei clienti, elementi fonte di valore per le imprese dell’economia digitale.

⁹⁷ Il che comporta, come anticipato, difficoltà nell’identificare il soggetto passivo d’imposta, attesa la tipica rilevanza, nelle discipline fiscali internazionali, della presenza fisica sul territorio geografico ove viene esercitata la sovranità dello Stato affinché possa configurarsi il potere impositivo sulle imprese non residenti.

⁹⁸ Com’è evidente, gli *assets* intangibili, per la intrinseca volatilità, sono più agevolmente localizzabili a seconda della convenienza ritraibile dalle regole sottese ai differenti sistemi tributari dei vari Stati, consentendo di beneficiare di vantaggi fiscali indebiti, a mezzo di una pianificazione fiscale aggressiva che utilizzi “abusivamente” i disallineamenti delle legislazioni, le disarmonie delle fonti pattizie, i limiti ordinamentali (e, non da ultimo, le misure di favore concesse per effetto di una consapevole e dannosa concorrenza fiscale perpetrata da alcune giurisdizioni per l’attrazione di capitali stranieri).

⁹⁹ La partecipazione dell’utente/consumatore, passiva o addirittura attiva, di intensità più o meno maggiore, rende il destinatario dei servizi digitali esso stesso *input* del processo di creazione del valore, alla stregua di un fattore produttivo.

¹⁰⁰ Va tenuto conto che, come spiegato nella relazione annessa alla Proposta di Direttiva, i criteri devono adeguarsi ai vari tipi di modelli di impresa digitale, che sono eterogenei tra loro.

¹⁰¹ Il problema della delocalizzazione e della immaterialità di *internet*, assieme alle altre caratteristiche della globalità, immediatezza ed automaticità, lo rendono diverso da qualsiasi altro mezzo di comunicazione. I *bit*, codici binari attraverso cui il *world wide web* opera, sono basati su dati della fisica, senza alcun riferimento geografico e territoriale. In punto di caratteristiche tecniche di *internet* rilevanti giuridicamente e nozione di commercio elettronico, si rinvia a U. Draetta, “*Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*”, Milano, 2005, pagg. 27 e ss.

¹⁰² Cfr. art. 1, comma 1010, L. 27 dicembre 2017, n. 205, il quale apporta modifiche all’art. 162 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917.

¹⁰³ Concetto che si ritrova nella Legge di bilancio italiana del 2018 ove si introduce unilateralmente il concetto di “*significativa presenza economica*”.

che la presenza digitale deve risultare non solo sussistente, ma anche significativa in una prospettiva dimensionale), salva la possibilità di ricorrere ad ulteriori indicatori di carattere tecnico.

Da ultimo, è bene ricordare che è stata infine implementata una *web tax* domestica, facendo seguito ad una prima e mai applicata misura adottata con l'art. 1, comma 33, della Legge di stabilità 2014 (L. 27 dicembre 2013, n. 147)¹⁰⁴ volta ad attrarre a tassazione la "ricchezza" generata dalle *web companies* operanti su scala transazionale. Più in particolare, il legislatore nazionale, dopo avere previsto, mediante l'art. 1, commi da 1011 a 1019 della Legge di bilancio 2018, un'imposta di natura reale, sulle sole transazioni digitali *business to business* (c.d. "B2B"), relative a prestazioni di servizi digitali¹⁰⁵ erogate verso soggetti residenti in Italia e stabili organizzazioni in Italia di imprese estere, ha da ultimo adottato, con la Legge di bilancio 2019 (L. 30 dicembre 2018, n. 145) - abrogando nel contempo le disposizioni summenzionate contenute nella Legge di bilancio 2018 - *l'imposta sui servizi digitali* (art. 1, commi da 35 a 50), allineando le previsioni domestiche a quelle di fonte comunitaria.

Rispetto a tale quadro di riferimento, nei successivi paragrafi si intendono svolgere taluni approfondimenti in merito all'appropriatezza delle soluzioni proposte in sede UE per l'individuazione e la tassazione della stabile organizzazione digitale.

2. Profili identificativi della stabile organizzazione digitale

Entrando sin da subito *in medias res* v'è senz'altro da dire che il concetto di *presenza digitale significativa* (la c.d. "stabile organizzazione digitale") - elaborato a livello comunitario previo superamento delle *timidezze* che hanno sinora rallentato e/o arrestato il percorso di adozione di analoghe misure in ambito OCSE¹⁰⁶ - parrebbe

¹⁰⁴ Con la quale è stato aggiunto l'art. 17-bis al D.P.R. n. 633/1972, che ha previsto l'obbligo di aprire una Partita IVA italiana per i soggetti che intendessero prestare servizi di pubblicità *on-line* e di *search advertising*. Tuttavia, si tratta di una disposizione invero mai applicata e poi abrogata dall'art. 2, comma 1, lett a) del D.L. 6 marzo 2014, n. 16, convertito con modificazioni dalla L. 2 maggio 2014, n. 68.

¹⁰⁵ In merito all'ambito oggettivo di applicazione del tributo cfr. D. Avolio - D. Pezzella, "La *web tax* e la tassazione dei servizi digitali", in *Il Fisco*, 2018, pag. 525.

¹⁰⁶ In sede OCSE infatti - segnatamente nell'ambito di quello che è noto come progetto BEPS ("*Base Erosion and Profit Shifting*") e per la precisione nel contesto dell'*Action 1* ("*Addressing the tax challenges of the digital economy*") - non si è ancora addivenuti all'individuazione di una soluzione (seppure teorica), condivisa (anche in ragione degli orientamenti non coincidenti fra gli Stati in cui più affermata è la presenza delle *web-companies*, da un lato, e quelli che ne rappresentano essenzialmente il mercato di riferimento, dall'altro lato). Tutto ciò fa sì che ad oggi - a livello OCSE - la *digital taxation* formi oggetto solo di un *Interim Report* pubblicato nel 2018 da finalizzare in futuro (entro il 2020). La contrapposizione di interessi sottesa alla *digital economy* che cagiona l'*impasse* risulta efficacemente descritta da Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*", cit., Circolare, n.19/2018, pag. 7 secondo la quale sussiste "(...) una differente prospettiva con cui si guarda alle modalità di formazione della catena del valore. Le società capogruppo delle multinazionali hi-tech (creatrici degli IP) sono residenti, quasi esclusivamente, negli USA mentre larga parte degli altri grandi Paesi (con in testa gli Stati UE) costituiscono solo grandi mercati che - ancorché contribuiscano in forme nuove alla produzione di ricchezza di tali società, attraverso, in particolare, l'apporto (consapevole o inconsapevole) recato dagli utilizzatori alla creazione dei c.d. Big Data (ormai definiti dalla stampa specializzata "il nuovo petrolio"), che le società hi-tech utilizzano o commercializzano a proprio vantaggio - non riescono a ritrarre alcun beneficio in termini di basi imponibili alla luce dei vigenti principi di fiscalità internazionale. E ciò perché le imprese hi-tech riescono a minimizzare (se non ad azzerare) la presenza fisica (e, quindi, l'insediamento di una stabile organizzazione) sui territori da cui traggono ricavi e in cui sono presenti, al più con strutture particolarmente "leggere" soltanto in specifiche giurisdizioni nelle quali, in cambio di qualche investimento, sono riuscite a sfruttare triangolazioni "di comodo" e ad ottenere ruling di particolare favore, per sottrarre a tassazione la parte preminente dei profitti". E ancora, circa la menzionata contrapposizione di interessi e la decisione comunitaria di licenziare in autonomia un pacchetto di misure concernenti l'economia digitale, la menzionata Circolare afferma "(...) Da qui, la svolta UE e la sua decisa presa di posizione rispetto al conflitto latente tra i Paesi dell'OCSE e del G20 impegnati nei lavori dell'*Action 1* del BEPS; conflitto, ripetiamo, tra coloro che non ritengono necessario introdurre criteri di fiscalità internazionale ad hoc per la digital economy e coloro che, invece, reclamano, quantomeno in via temporanea, regole specifiche per risolvere il problema della (non) tassazione delle immense ricchezze che i modelli di business e dell'industria hi-tech riescono a realizzare nelle varie giurisdizioni del mondo senza alcuna presenza fisica".

prima facie astrattamente idoneo a cogliere (e, di conseguenza, a tassare¹⁰⁷) il fenomeno della cosiddetta *web-economy*¹⁰⁸. Si fa, ovviamente, riferimento alla soluzione elaborata a livello comunitario dalla Commissione UE e contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*, la c.d. “*Proposta comprehensive*”, vale a dire *globale* così da differenziare la soluzione in essa prefigurata da quella c.d. “*targeted*” (di immediata applicazione) contenuta nella Proposta (*gemella*) di Direttiva del Consiglio COM(2018)148 *final*. Va evidenziato come il principio di fondo sotteso alla Proposta *comprehensive* (che esprime l’orientamento delle istituzioni comunitarie al riguardo) sia l’apprezzamento della *web-economy* alla stregua di un fenomeno totalmente innovativo e rivoluzionario; una *rivoluzione* rispetto alla quale anche l’approccio *classico* del diritto tributario internazionale (basato di fatto sulla interazione fra il criterio della *residenza* e quello della *territorialità*) andrebbe trasformato valorizzando maggiormente il *mercato di riferimento* (vale a dire la partecipazione degli utenti) che costituisce la vera causa di moltiplicazione esponenziale della ricchezza per le imprese del settore. In altri termini, ad avviso delle istituzioni comunitarie, sarebbe ormai necessario che nella valutazione della ricchezza *digitale* sia riconosciuto adeguato (se non prioritario) valore all’apporto che gli *utenti* garantiscono nella propria qualità di fornitori di *dati* suscettibili di nuovo impiego da parte delle *web-companies*. Si tratta – come si dirà – di un approccio innovativo alla tassazione del reddito transnazionale che ricorre ad una nozione nota (vale a dire il concetto di *stabile organizzazione* declinato *sub specie* di *presenza digitale significativa*) ma ne plasma *ex novo* i contenuti. È perciò un’impostazione che, in definitiva, prende in considerazione non tanto l’ubicazione delle strutture materiali ed umane destinate allo sviluppo dell’interfaccia ed alla produzione dei servizi digitali quanto il luogo in cui si trovano gli utenti finali elevandolo a criterio di collegamento impositivo.

Sotto molti profili quella tracciata dalla Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* parrebbe la *soluzione ideale*: una *soluzione tradizionale, efficace* e contraddistinta da un notevole livello di *analiticità*

¹⁰⁷ Sulle difficoltà della tassazione dei fenomeni digitali, di recente, cfr. A. Uricchio – W. Spinapolice, “*La corsa ad ostacoli della web taxation*”, in *Rass. Trib.*, 2018, pagg. 451 e ss.

¹⁰⁸ Solo per ragioni di ordine definitorio è bene precisare come in realtà il fenomeno della *digital economy* non si esaurisca al solo campo dell’*e-commerce* (che costituisce una *species* del più ampio *genus* sebbene sia senz’altro uno fra i fenomeni che *colpisce* maggiormente l’*immaginario collettivo*). Per ragioni di comprensione del *perimetro* della nozione di *digital economy* può essere quindi interessante menzionare la relativa definizione elaborata nel 2015 dall’*Expert Group on taxation of the Digital economy* operante a livello di Commissione UE. Secondo la ricostruzione tracciata nella relazione finale di tale gruppo di esperti, infatti, la nozione di economia digitale emerge attraverso le caratteristiche ed i modelli di *business* adottati dalle *digital companies* i quali presuppongono “(…) *una intensa innovazione e tendenza ad un maggiore utilizzo di nuove fonti di finanziamento; l’enfasi sulla importanza delle attività immateriali piuttosto che su quelle tradizionali (materiali); l’emergere di nuovi modelli di business basati sugli effetti di rete, sui contenuti generati dagli utenti, sulla raccolta e lo sfruttamento dei dati personali*”. Peraltro, a testimonianza di quanto i *confini* della *web-economy* possano essere *gassosi* e non *intercettare* (necessariamente) il comune sentire dell’opinione pubblica, va precisato come la nozione di *servizio digitale* di cui alla Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* (vale a dire l’*oggetto* di ciò che, secondo le istituzioni comunitarie dovrebbe formare oggetto di tassazione) è quella di un servizio fornito attraverso *internet* o per il mezzo di una rete elettronica la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata richiedendo un intervento umano minimo. Restano perciò esclusi dalla nozione di *servizio digitale* (e, perciò, non costituiscono l’oggetto della Proposta di Direttiva in esame) le ipotesi di semplice vendita di beni o di servizi agevolata dal ricorso ad *internet* o ad una rete elettronica. Ciò sta a significare che il tradizionale canale dell’*e-commerce* per la vendita di *prodotti fisici* (che pure, come detto, è avvertito dalla *communis opinio* come uno dei campi elettivi della *digital-economy*) non è considerato produttivo di *servizi digitali* nell’accezione di cui alla Proposta di Direttiva COM(2018)147 *final*. Rientrano, per converso, nella nozione di *servizio digitale* ivi prefigurata tutti i servizi di fornitura di prodotti digitali ovvero i servizi generati attraverso la rete previa interazione da parte del destinatario degli stessi. Ne deriva, quindi, che mentre la vendita di un bene fisico per il tramite della rete non costituisce *ex se* un *servizio digitale* ai sensi della Proposta di Direttiva COM(2018)147 *final*, al contrario, la fornitura di tutti i servizi di c.d. *post-vendita* (e che possono essere anche particolarmente costosi) generati attraverso *interfaccia* digitale (o attraverso le c.d. *applicazioni*) lo è e perciò rientra nel campo di applicazione della specifica iniziativa normativa di natura comunitaria. Va precisato peraltro che l’esclusione dell’*e-commerce* (che, per quanto detto, è percepito – almeno allo stato – come uno dei principali fenomeni in cui si estrinseca la *digital economy*) dall’ambito applicativo della Proposta di Direttiva in esame non deve stupire. Tale circostanza risponde al *fil rouge* sotteso all’iniziativa che intende valorizzare il *mercato di riferimento* non in quanto tale ma come elemento *integrativo* della *catena del valore* (la c.d. *value chain*). In tale ottica, quindi, il commercio elettronico – non essendo alimentato da *active users* ma risultando null’altro che un canale distributivo alternativo a quello fisico – appare *recessivo* ed è per tale ragione che non viene preso in considerazione. Invero – ancorché in astratto chiara – non v’è dubbio che la menzionata marginalizzazione dell’*e-commerce* rischi di alimentare ulteriori aporie nel già complesso approccio alla materia della tassazione della *digital economy*.

nell'individuazione della ricchezza da assoggettare ad imposizione. *Tradizionale* perché quello della stabile organizzazione costituisce uno degli istituti fondamentali del diritto tributario internazionale su cui l'elaborazione dottrinale internazionale si è esercitata per più tempo¹⁰⁹. *Efficace* perché, le modalità di tassazione del reddito prodotto da soggetti esteri in un determinato ambito territoriale per il tramite di una *presenza fissa* (tale è il nucleo sostanziale della nozione di *stabile organizzazione*) rispondono ormai a logiche *interiorizzate* dal sistema e mirano ad ancorare l'imposizione non a fenomeni contingenti ma ad una ipotesi di partecipazione al processo produttivo (e quindi di produzione del reddito) connotata da stabilità, effettività ed attualità e comunque tale da presupporre il principio di *territorialità* (vale a dire la tassazione nello Stato della presunta *fonte* del reddito) che, in interazione con il criterio della *residenza*, definisce il perimetro entro cui da tempo si esercita la riflessione di quanti si dedicano all'analisi delle tematiche di diritto tributario internazionale. *Analitica* infine perché, come noto, l'imposizione per il tramite della stabile organizzazione implica una individuazione puntuale del reddito dalla stessa prodotto in un determinato ambito territoriale previa contrapposizione di componenti positivi e negativi di reddito e ciò secondo la logica che presiede alla determinazione analitica del reddito d'impresa sulla base delle risultanze contabili.

La soluzione (come prefigurata a regime da parte delle istituzioni comunitarie) della tassazione della *e-ricchezza* per il tramite dell'impiego del tradizionale istituto della stabile organizzazione (pur nella sua innovativa declinazione *digitale* rappresentata dalla nozione di *presenza digitale significativa*) parrebbe dunque la soluzione ottimale, risolvendosi nella (ri)elaborazione (seppure sofisticata) di una nozione basilare e perfettamente nota dell'ordinamento tributario internazionale la quale, come tale, quindi dovrebbe essere soltanto *aggiornata* (una sorta di evoluto *fine tuning*). In realtà – e con ciò si anticipa il *senso* delle sintetiche riflessioni che si intendono condurre in questa sede – v'è motivo di ritenere che la soluzione *a regime* individuata a livello comunitario e cioè la tassazione dell' *e-reddito* attraverso il *filtro* della stabile organizzazione *digitale* (*recte* della *presenza digitale significativa*) sconti notevoli difficoltà applicative e, prima ancora, di natura concettuale; delle difficoltà che tendono perciò a connotarla alla stregua di una opzione recessiva sotto il profilo pragmatico in quanto - al di là delle assonanze nominalistiche (il ricorso alla nozione di *stabile organizzazione*, infatti, veicola l'idea che ci si collochi in un contesto tutto sommato noto) – quella della *digital branch* finisce per apparire, ad un'analisi attenta, una soluzione eccessivamente *artificiale* che rischia di risultare asistemica. Un carattere *artificiale* che, sotto più di un profilo, nega quelle stesse caratteristiche che inducono *prima facie* a configurare il risultato della specifica proposta comunitaria alla stregua di una soluzione *tradizionale*, *efficace* ed *analitica*. Si intende, in altri termini, significare come – ad un esame seppure breve come quello sviluppato in questa sede – il concetto di *presenza digitale significativa* finisca per apparire di fatto *tutto nuovo* e perciò abbastanza estraneo alle linee evolutive della riflessione dottrinale che hanno interessato quello che può oggi (forse) apparire un profilo economico un po' *demodé* qual è la produzione di ricchezza in uno Stato estero attraverso un *ancoraggio* (sia esso *materiale* o *personale*) connotato da *fisicità* e/o *corporeità*. In tale ottica, pertanto, l'elaborazione comunitaria *a regime* di cui alla Proposta di Direttiva *comprehensive* è solo formalmente *tradizionale* perché il nesso relazionale che essa possiede con la nozione (per così dire) *storica* di *stabile organizzazione* è più lessicale che altro. Ma, come si dirà, i limiti intrinseci dell'accezione di *presenza digitale significativa* formulata a livello comunitario

¹⁰⁹ Circa la nozione di stabile organizzazione nella propria accezione *tradizionale*, senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia alle riflessioni di P. Adonnino, “L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza”, in *Riv. dir. trib.*, 1998, pag. 99; E. Ceriana, “Stabile organizzazione e imposizione sul reddito”, in *Dir. prat. trib.*, 1995, pag. 660; E. D'Alfonso, “La nozione di stabile organizzazione nelle imposte sui redditi e nell'IVA”, in *Rass. trib.*, 2003, pag. 1279; T. Di Tanno, “Deposito in Italia di un non residente e stabile organizzazione”, in *Corr. Trib.*, 1982, pag. 400; A. Fantozzi, “L'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni, problematiche e prospettive”, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2002, pag. 9; F. Gallo, “La stabile organizzazione”, in *Rass. trib.*, *Quaderno*, 1986, n. 2; C. Garbarino, “La tassazione del reddito transnazionale”, in *Corr. Trib.*, 2002, pag. 1278 ss.; A. Lovisolo, “Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro le doppie imposizioni”, in *Dir. prat. trib.*, 1983, pag. 1127; A. Manzitti, “Brevi note in tema di stabile organizzazione e mandato gestorio”, in *Riv. dir. trib.*, 2001, pag. 171; S. Mayr, “Società estere con stabile organizzazione in Italia e con partecipazione in società italiane”, in *Boll. trib.*, 2000, pag. 731; M. Piazza, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, pag. 170; P. Boria, “L'individuazione della stabile organizzazione”, in *Riv. dir. trib.*, I, 2014, pag. 7; S.M. Carbone, “Stabile organizzazione e gruppo d'impreses nel diritto internazionale tributario”, in *AA.VV.*, *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale*, Padova, 1981, pag. 431; M. Proietti, “Stabile organizzazione occulta ed imposte dirette: profili critici in punto di soggettività tributaria”, in *Rass. trib.*, 2012, pag. 653; A. De Luca – A. Bampo, *La stabile organizzazione in Italia*, Milano, 2009; M. Pennesi, *Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*, Milano, 2012; G. Melis, “Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni”, in *Dir. prat. trib.*, 2014, pag. 49.

attengono anche a ciò che parrebbe il suo principale *atout*, vale a dire l'*efficacia* (una *efficacia* che dovrebbe essere garantita proprio dalla circostanza tale per cui, trattandosi di una sorta di *aggiornamento evolutivo* di una nozione basilare dell'ordinamento tributario internazionale, le relative dinamiche applicative dovrebbero risultare *rodiate* e perciò stesso *efficaci*). A bene considerare, infatti, proprio il fatto che quella *digitale* sia una *branch* totalmente innovativa nei propri presupposti concettuali e pratici e si allontani perciò da quello che è sempre stato il *focus* della riflessione ed elaborazione al riguardo (vale a dire l'individuazione di un *ancoraggio fisico e/o stabile* dell'impresa estera con il territorio dello Stato estero¹¹⁰) fa sì che tale nozione ponga problemi sinora inesplorati, collocando la riflessione dottrinale in una sorta di *terra incognita* i cui reali confini sono assai difficilmente individuabili (in conclusione una soluzione tutt'altro che connotata da *efficacia*)¹¹¹. Ma quella della *stabile organizzazione digitale* elaborata come soluzione *a regime* in ambito comunitario (in contrapposizione alla soluzione *targeted* di cui alla Proposta di Direttiva *gemella* di quella *comprehensive*) – ad un'analisi più attenta - nega anche l'ulteriore tratto che *prima facie* parrebbe contraddistinguerla: vale a dire il presunto carattere di *analiticità* nell'imposizione della ricchezza prodotta in un determinato ambito territoriale. Se è vero, infatti (ma su questo profilo si tornerà con maggiore approfondimento nel paragrafo successivo) che la determinazione del reddito della stabile organizzazione *vive* strutturalmente di contrapposizione analitica di *costi* e *proventi*, è altrettanto innegabile tuttavia (e le molteplici, seppure *artigianali*, attività ispettive ed accertative che in passato hanno interessato a livello nazionale i soggetti della *web-economy* ne costituiscono la prova) che l'*analiticità* del reddito generato da tale tipologia di contribuenti è influenzato da molteplici fattori *soft* e perciò suscettibili di una discrezionalità valutativa estremamente ampia. L'*immaterialità* dei beni che generano i proventi (ma che al tempo stesso sono produttivi di costi), infatti, ne favorisce l'allocazione *alternativa* (se non talvolta palesemente *strumentale*) con conseguente difficoltà di individuazione del *patrimonio* stesso della innovativa *stabile organizzazione digitale* (quello che, in un'accezione tradizionale, può essere definito il suo *fondo di dotazione*). Non solo. La rilevata *immaterialità* rende anche oggettivamente difficile (e comunque suscettibile di interpretazioni antitetiche) l'individuazione stessa della struttura dei costi (riferiti agli *intangibile* che della *digital-economy* sono il vero e proprio *volano*) nonché l'identificazione puntuale dei proventi realizzati in un determinato ambito territoriale. Si tratta di difficoltà che, proprio per il carattere totalmente innovativo della *digital economy* anche per quanto attiene alle modalità di creazione del valore, non sembrano risolvibili attraverso il mero rinvio – pure presupposto dalla Proposta di Direttiva *de qua* – alle modalità tradizionali di analisi funzionale proprie della materia del *transfer price*, vale a dire all'analisi della natura e delle qualità delle attività svolte dalla nuova configurazione di stabile organizzazione. Le modalità di siffatta analisi funzionale, infatti, dovrebbero comunque essere rielaborate in profondità proprio per apprezzare le modalità, per molti versi *inusuali*, attraverso cui le *digital companies* sono in grado di sviluppare ricchezza trasformando quelle che sono tradizionalmente apprezzate come *attività*

¹¹⁰ Basti considerare come non più di tre lustri fa la soluzione (che allora appariva *originale* e *hi-tech*) alla tassazione dell'economia digitale (invero soprattutto al fenomeno dell'*e-commerce* che invece non è considerato dalla Proposta di Direttiva in esame) era individuata (anche in ambito OCSE) secondo un approccio rigorosamente *fisico* individuando il criterio di collegamento impositivo nella localizzazione del *server* nel territorio dello Stato (che, come tale, integrava la nozione di stabile organizzazione). Nell'attuale contesto un siffatto approccio risulta del tutto *desueto*, prima ancora che in termini concettuali, in un'ottica economica. L'esperienza più recente, infatti, ha dimostrato come la digitalizzazione sia in grado di *spostare* l'indice di produzione della ricchezza dall'unità produttiva al mercato in cui operano gli utenti e si basi pressoché esclusivamente su *intangibile assets* i quali possono anche prescindere da una localizzazione fisica *stabile* (in *terminis* le considerazioni di Assonime, “*Il vero interrogativo non è cosa tassare ma chi può tassare*”, *Position Paper*, n. 1/2018, a cura di I. Vacca). Secondo siffatta direttrice evolutiva, pertanto, il *luogo fisico* (anche solo di collocazione del *server*) finisce per risultare totalmente *recessivo* o comunque *irrilevante* in termini di produzione della ricchezza e questa circostanza rappresenta un mutamento economico fondamentale, sostanzialmente *irreversibile*, che nel nuovo millennio sta subendo un'accelerazione forse impensabile sino alla conclusione del secolo scorso. Rispetto al passato è mutata la natura stessa degli *asset* maggiormente remunerativi per le imprese. In passato, la capacità di profitto era principalmente legata al possesso di elementi fisici (macchinari, risorse naturali, capitale umano *et cetera*), tendenzialmente fissi o comunque amovibili con difficoltà. Oggi le ricchezze maggiori si ritraggono, invece, dagli *intangibile: software*, dati e algoritmi privi di consistenza fisica e, quindi, sprovvisti di legami con un qualsiasi territorio. Una semplice riflessione sulla intrinseca *volatilità* che contraddistingue la fornitura dei servizi digitali, o che caratterizza i fenomeni di distribuzione totalmente digitale, attribuisce palese concretezza alla specifica affermazione e pone in modo evidente la *sfida* posta dalla *digital economy* (anche in ambito fiscale).

¹¹¹ Del resto, che la *digital economy* non sia coerente con un approccio tributario, per così dire, *tradizionale* è da tempo evidenziato dalla dottrina più autorevole. In tal senso ad esempio – e *pluribus* – le considerazioni di F. Gallo, “*Prospettive di tassazione dell'economia digitale*”, in *Dir. mer. tecn.*, n. 1/2016, pagg. 154 e ss.

routinarie e perciò poco remunerative - come ad esempio la *raccolta dati* – in iniziative in grado di sviluppare ricchezza in maniera esponenziale¹¹². L'esito finale di queste difficoltà ermeneutiche (di cui, come rappresentato, si dirà meglio in un ulteriore contributo del presente lavoro destinato ad affrontare in maniera più puntuale il tema della determinazione del reddito della *e-branch*) è quello tale per cui uno dei pregi fondamentali della prefigurata soluzione di tassazione della *web-economy* per il tramite della nozione di *presenza digitale significativa* - vale a dire il carattere *analitico* (e perciò stesso *equo*) della ricchezza assoggettata ad imposizione – rischia di apparire più una petizione di principio che un obiettivo realmente conseguibile. L'*analiticità* nella determinazione del reddito della *digital branch* infatti – se si passano in rassegna le peculiarità delle c.d. “*digital transactions*” (i *servizi digitali* di cui alla definizione contenuta nella Proposta di Direttiva) – assume connotati viepiù *convenzionali* e, perciò, necessariamente *artificiali*. Del resto – come insegna l'esperienza (invero non felicissima) della Proposta di Direttiva in materia di tassazione delle imprese transnazionali a livello UE (la c.d. “*CCCTB Directive*” concernente la determinazione della base imponibile consolidata a livello UE per i soggetti di rilevanti dimensioni operanti *cross border*) – è proprio allorché occorre svincolarsi dall'usuale riferimento *fisico – geografico* per allocare il reddito (una nozione tendenzialmente unitaria ed indistinta) in differenti ambiti territoriali facendo impiego di criteri *distanti* da quelli tradizionali che le varie soluzioni ipotizzabili mostrano palesi limiti¹¹³. Dei limiti non solo di natura concettuale (in quanto gli indicatori di quantificazione del reddito sono sovente *distanti* dall'elaborazione tradizionale della dottrina e della prassi interpretativa delle organizzazioni internazionali) ma anche di natura – per così dire – *politica*. E ciò perché alla *quantificazione* del reddito da ripartire in via territoriale – al di là dei profili tecnici – sono chiaramente sottese decisioni di ordine *politico* (e, quindi, di natura *metagiuridica*) le quali presuppongono (e, in maniera neanche troppo implicita, *realizzano*) ben precisi rapporti di forza propri della politica (economica) internazionale. Per quanto detto, pertanto, la *sfida* posta dalla nozione di *presenza digitale significativa* prefigurata a livello comunitario come fisiologica soluzione per la (corretta ed equa) tassazione della *web- economy*¹¹⁴ risulta un *quid* su cui vale riflettere per coglierne in maniera adeguata i

¹¹² È proprio il contenuto ed il valore di attività che sono di norma considerate a basso valore aggiunto e invece – in ambito *hi tech* – divengono assai rilevanti (in quanto strumentali alla fornitura dei cosiddetti *big-data*) a dovere essere interpretato in maniera nuova. Di che entità possa essere tale sfida interpretativa è ben posto in rilievo da Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018, pag. 88, ove si afferma che “(...) *per determinare la quota di profitti spettante a questa particolare stabile organizzazione non sembrerebbe pertinente, di norma, applicare in modo automatico una modesta percentuale di redditività agli attivi materiali utilizzati secondo i criteri applicativi previsti dal TNMM per le entità (o le stabili organizzazioni) a basso rischio*”. E, sempre restando alle potenziali interazioni con la materia del *transfer price*, la sfida in termini di principio diviene viepiù rilevante ove si consideri che “(...) *Alla luce di questi elementi, ossia tenendo conto che “una parte significativa del valore di un'impresa digitale è creata nel luogo in cui si trovano gli utenti e in cui sono raccolti e trattati i dati” e che le attività di questa nuova figura di stabile organizzazione “contribuiscono in modo unico alla creazione di valore nei modelli d'impresa digitali”, la proposta di direttiva prevede che il metodo di ripartizione dei profitti tra stabile e sede centrale debba essere “di norma” il metodo reddituale plurilaterale, c.d. Profit Split Method che, come è noto, richiede una valutazione comparata dei rischi e degli assets attribuibili economicamente a ciascuna delle parti dell'impresa in base alle funzioni svolte e all'unicità dei rispettivi contributi. Un'impostazione, questa, che anticipa principi già attuali nel dibattito internazionale in coerenza con le nuove modalità di creazione della ricchezza e che appare molto lontana da quella della riforma USA in cui si privilegia il diverso metodo reddituale unilaterale, c.d. TNMM; metodo che in questa riforma finisce quasi per assumere la dignità di principio fondante della fiscalità internazionale e in base al quale, ripetiamo, l'intero extra-profitto eccedente la remunerazione delle attività ordinarie delle consociate del gruppo è di competenza, in definitiva, della ultimate company e della sua giurisdizione di competenza*” (in tal senso sempre Assonime, “*Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale, riguardante il pacchetto di proposte della Commissione per la tassazione dell'economia digitale indetta dal MEF – Dipartimento delle Finanze in data 16 maggio 2018*”, in *Consultazioni*, n. 6/2018, del 20 giugno 2018 - documento liberamente accessibile sul sito www.assonime.it -). Anche sotto questo profilo, quindi, emerge in maniera palese la sostanziale antitesi di interpretazioni ed interessi economici fra gli Stati della UE (almeno quelli più popolosi) e gli USA per quanto concerne la materia della *digital taxation*.

¹¹³ Il fulcro della iniziativa *CCCTB* (i.e. la Direttiva avente ad oggetto la determinazione di una base imponibile consolidata UE delle imprese operanti a livello transnazionale), infatti, è rappresentato dalla ripartizione (c.d. “*apportionment*”) dell'unico imponibile fra i vari Stati UE sulla scorta di più *drivers* di allocazione. Il sistema ipotizzato, quindi, è totalmente innovativo perché in grado di prescindere tanto dalla nozione di *residenza fiscale* quanto da quella di *luogo di produzione* del reddito (il c.d. Stato della fonte individuato sulla scorta del principio di *territorialità*).

¹¹⁴ Nel pacchetto di Proposte della Commissione UE sulla *digital economy* del 21 marzo 2018 (cui afferisce la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* in tema di *presenza digitale significativa*), infatti, figura anche la Raccomandazione C(2018)1650 “*Relating to the corporate taxation of a significant digital presence*”, indirizzata agli

commoda et incommoda. E ciò – si badi bene – non in ragione di una sorta di declinazione impropria di un apodittico *spiritus destruens* rispetto a tutto quanto sia (o possa apparire) *innovazione* (anche giuridica) ma perché una *sfida* così importante come quella posta della tassazione dell'economia digitale, non è totalmente nuova in termini concettuali¹¹⁵ anche se lo è senz'altro per ordine di importanza¹¹⁶ e grandezze in gioco¹¹⁷. Ed è in questa prospettiva di analisi di quello che potrebbe essere il futuro (la tassazione della ricchezza digitale, ossia l'imposizione del reddito scaturente dall'effettuazione di transazioni digitali attraverso il *filtro* di una *digital branch*) alla luce dell'esperienza del passato che vale la pena di riflettere. E questo *passato* è, come detto, rappresentato dalla nozione – per così dire *tradizionale* (ossia come la conosce il vigente ordinamento) – di stabile organizzazione in relazione alla quale, con onestà, è doveroso chiedersi se l'iniziativa comunitaria contenuta nella Direttiva *comprehensive* rappresenti effettivamente una integrazione evolutiva (come prospettato) ovvero finisca per rappresentare *altro*. V'è da dire – richiamando alcune delle riflessioni già condotte in precedenza – come la nozione di *stabile organizzazione* abbia una lunga storia la quale riflette una riflessione maturata essenzialmente nel contesto economico del secondo dopoguerra¹¹⁸. A fronte di un

Stati Membri affinché adottino rapidamente la *Proposta comprehensive* (anche) nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse da ciascuno di essi.

¹¹⁵ Non appare erroneo affermare come la cosiddetta *web-economy* rappresenti l'ultima (e più sofisticata) espressione (almeno allo stato) di quel fenomeno economico (ma ben analizzato anche a livello sociologico e politico) che si è soliti definire con il termine di *globalizzazione*. La sostanziale irrilevanza dell'ambito *territoriale* che la *globalizzazione* presuppone (sia in termini di realizzazione della ricchezza ma anche, sotto altro profilo, di *valori fondanti* della società civile), infatti, costituisce il naturale *milieu* in cui si colloca l'operatività delle *digital companies* che del *tramonto* di uno concetti cardine dello Stato-nazione (vale a dire l'elemento *territoriale*) hanno fatto una vera e propria leva di *business* (sugli effetti della *globalizzazione* sulle dinamiche aziendali si rinvia, ad esempio, alle riflessioni di C. Bianchi, “*Strutture aziendali nel mercato globalizzato*”, Bologna, 2010; per i profili di ordine giuridico, invece, si vedano le considerazioni di N. Irti, “*Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*”, Roma-Bari, 2001; più di recente, invece, cfr. S. Cassese, “*Territori e potere*”, Bologna, 2016). V'è da dire, ad onore del vero, che quello del sopravvenuto *allentamento* (sino alla totale evanescenza) del vincolo relazionale fra *territorio* e *ricchezza* costituisce un fenomeno su cui la dottrina tributaria aveva da tempo iniziato a riflettere sin dal secolo scorso ma che solo con la piena affermazione della *globalizzazione* è divenuto una delle maggiori *issues* della fiscalità del XXI secolo (in tal senso si vedano, e *pluribus*, le riflessioni di V. Tanzi, “*Termites of the State: Why Complexity Leads to Inequality*”, 2017). E così, dall'ipotesi (originaria) che i redditi (almeno talune tipologie reddituali) siano sempre più mobili e tendano perciò a rifuggire dal *territorio* dando vita a situazioni di *Stati senza ricchezza* e di *ricchezza senza nazione* (in tal senso cfr. G. Tremonti, “*Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*”, a cura di F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti, TREU T, Bologna, 1993), si è passati (invero in un arco temporale ristretto) ad un contesto in cui è il reddito stesso ad essere *apolide* o *nomade* (e, al riguardo, si vedano – *ex multis*– le riflessioni di S. Cipollina, “*I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale*”, Milano, 2006). Una situazione sotto molti profili impensabile solo sino all'avanzato XX secolo e nella quale la grandezza *reddito* rischia di risultare pressoché *intassabile* (o comunque suscettibile di tassazione su di una base che, in concreto, non si esita a definire *volontaristica*) in quanto è il contribuente digitale che *decide* quale porzione del reddito globalmente realizzato allocare nei differenti ambiti territoriali in cui opera a livello transnazionale. Su tali profili si vedano le recenti considerazioni di L. Carpentieri, “*La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali*”, in *Riv. dir. trib.*, I, 2018, pagg. 351 e ss. (nonché la dottrina ivi richiamata).

¹¹⁶ È interessante in proposito richiamare un altro dei documenti che compongono il pacchetto di Proposte sulla *digital economy*, vale a dire Commissione Europea, “*Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*”, Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, COM(2018)146 *final*, 21 marzo 2018. In tale documento, infatti, si afferma *ex professo* che “*l'economia digitale sta trasformando il nostro modo di interagire, consumare e svolgere attività imprenditoriali. (...) Tutto ciò genera un immenso valore nell'economia moderna*” e “*(...) le imprese digitali crescono molto più velocemente dell'economia nel suo complesso e quelle di maggiori dimensioni hanno una vastissima base di utenti e clienti all'interno della UE*”.

¹¹⁷ Come del resto osservato a suo tempo da F. Gallo, “*Fisco ed economia digitale*”, in *Dir. e prat. trib.*, I, 2015, pag. 604 (testo riprodotto dell'audizione tenuta presso la Commissione Finanze della Camera dei Deputati il 24 febbraio 2015) per il quale sussiste una “*(...) inidoneità dell'attuale assetto fiscale nazionale e internazionale ad intercettare i redditi prodotti dalle digital enterprises e, quindi, ad assoggettarli a tassazione in applicazione delle vigenti regole e procedure*”.

¹¹⁸ È noto che l'elaborazione di stabile organizzazione rispondeva (principalmente) ad un'idea di tassazione declinata in modo da privilegiare gli operatori economici più forti a livello mondiale (vale a dire le economie occidentali), i quali potevano così svolgere attività d'impresa in una certa area territoriale, liberi da imposizione su quella porzione di ricavi ivi realizzata senza una presenza fisica *in loco* (il c.d. “*fixed place of business*”). Trattandosi di proventi generati in regime di *reddito d'impresa* infatti – sia i regimi fiscali nazionali che le Convenzioni contro le doppie imposizioni – tendono ad

problema di fondo che è il medesimo posto dalla *digital economy* (vale a dire l'esistenza di un contribuente che realizza ricchezza in uno Stato - quello della presunta fonte - diverso da quello della propria residenza fiscale) la soluzione approntata e validata a livello internazionale è stata a suo tempo quella di *correlare* (e al tempo stesso limitare) l'imposizione dello Stato della fonte (o se si preferisce di provenienza *territoriale* del relativo flusso reddituale) al solo caso in cui il soggetto non residente (in detto Stato) vi operasse attraverso un minimo di *collegamento* (essenzialmente *fisico* perché *fisica* era l'economia dell'epoca contraddistinta dal primato dell'impresa manifatturiera che necessitava di grandi dotazioni di *capitale materiale*) che fosse in grado di consentire una *penetrazione* nell'economia di quel territorio. Di qui le declinazioni della nozione di stabile organizzazione (nella sua accezione *materiale* e *personale*) con le quali ci si è confrontati per lungo tempo (anche sotto il profilo empirico) e che rappresentano il *milieu* in cui si innesta la proposta elaborata a livello comunitario di *presenza digitale significativa*¹¹⁹. L'obiettivo veicolato con tale concetto *plasmato* della Proposta di Direttiva *comprehensive* della Commissione UE è intuitivo ed astrattamente condivisibile. Con esso, infatti, si intende superare il carattere recessivo che il settore *digital* inevitabilmente attribuisce alle *determinanti fisiche* del reddito cercando così di individuare una modalità idonea ad intercettare una ricchezza la quale, al di là delle difficoltà di *localizzazione* della stessa, esiste realmente¹²⁰. La direttrice lungo cui muove questo tentativo è (almeno sotto il profilo formale) quello di aggiornare l'istituto della stabile organizzazione (con connessa ripartizione della potestà impositiva tra i diversi Stati); un'iniziativa che dovrebbe rappresentare la *reazione* del *territorio* (*id est* del luogo di produzione della ricchezza) rispetto all'*ipermobilità* ed *immaterialità* delle *digital companies* e, quindi, della *delocalizzazione* del reddito prodotto dalle stesse (il già richiamato fenomeno dei *redditi apolidi*). Un tale obiettivo, come rappresentato, dovrebbe essere conseguito transitando da un approccio (quello tradizionale) di stampo essenzialmente *fisico*¹²¹ alla nozione di stabile organizzazione ad uno (realmente coerente con le modalità stesse di svolgimento dell'economia digitale) di natura *virtuale* (il menzionato concetto di stabile organizzazione *digitale*) in grado di attribuire allo Stato (della fonte) il diritto di tassare quella porzione dei profitti dell'impresa che possa considerarsi realizzata nel proprio territorio sfruttando i *drivers* ivi localizzati (vale a dire quella parte di reddito che possa essere considerata come ivi prodotta per il tramite della stabile organizzazione di matrice digitale di nuova configurazione). Gli indici (alternativi) che secondo la Proposta di Direttiva comunitaria dovrebbero integrare la nozione di *presenza digitale significativa* sono quelli già menzionati in precedenza e che, tuttavia, vale la pena di ribadire; si tratta di: *i*) ricavi derivanti dalla fornitura di *servizi digitali* (€ 7 milioni); *ii*) numero di utenti (100.000); *iii*)

escludere forme di imposizione a livello territoriale. Ciò tanto a livello di imposizione sui redditi (in carenza di una stabile organizzazione localizzata nel proprio territorio, infatti, lo Stato della fonte non è legittimato ad imporre un prelievo a titolo di *corporate tax*) quanto a livello di ritenuta alla fonte sul relativo flusso pecuniario (non essendo i redditi d'impresa, di norma, assoggettati a c.d. "*withholding tax*").

¹¹⁹ Proprio tale *milieu* rappresenta ciò che, secondo il chiaro orientamento delle istituzioni comunitarie, ha consentito alle *digital companies* di sviluppare oltre misura quella che viene avvertita come una condotta *patologica*. Il *vulnus* è ravvisato nella capacità di penetrare grandi mercati senza una presenza fisica *in loco* (o comunque con una presenza del tutto *leggera*) evitando di integrare la nozione *tradizionale* di stabile organizzazione e riuscendo, in tal modo, a generare molta ricchezza senza ivi scontare imposizione né a livello di *corporate tax* né a livello di *withholding tax*.

¹²⁰ Si tratta di superare il problema, unanimemente avvertito in dottrina, secondo cui "(...) *la vigente, obsoleta, nozione di stabile organizzazione collegata alla presenza fisica dell'impresa consente oggi alle imprese multinazionali dell'economia digitale di ridurre, negli Stati in cui sviluppano il loro mercato, l'incidenza della tassazione sui propri profitti, fin quasi ad annullarla: ed è questa una delle principali rivoluzioni del web e dell'economia digitale*" (così ancora Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*", cit., Circolare, n.19/2018, pag. 7).

¹²¹ Tale (ossia *fisico*) era, come rammentato, anche l'approccio proposto a livello internazionale allorché si è iniziato a riflettere sui profili impositivi della (nascente) *web-economy*. L'idea di configurare il *server* quale *stabile organizzazione*, infatti, permaneva all'interno di una linea di pensiero che faceva riferimento ad un supporto *materiale/fisico* (quindi, non digitale) e che di fatto prescindeva dalla natura (realmente) *intangibile* o meno dei prodotti offerti e dalla valorizzazione del mercato di riferimento quale criterio di collegamento territoriale dell'imposizione (laddove, per converso, è proprio la valorizzazione degli *utenti* come indizio di *taxable presence* e, quindi, come indice della sussistenza di una stabile organizzazione ciò che costituisce il *focus* della Proposta di Direttiva in esame). In un'ultima analisi un approccio *tradizionale* che, peraltro, prescindeva dal considerare il fatto che il *server* non costituisce *ex se* una struttura in grado di ricevere e rielaborare/utilizzare i dati raccolti e, quindi, di svolgere quell'*attività* di creazione di valore che dovrebbe costituire il *minimum* concettuale per integrare la nozione di *branch*. Delle riflessioni in qualche maniera fatte proprie anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE nel caso *Welmore* (C-605/12), secondo cui la circostanza che l'attività economica svolta dall'impresa sia di tipo digitale, non può condurre ad un'alterazione del concetto di stabile organizzazione. In particolare, secondo il giudice comunitario, la presenza di un *server* in territorio polacco non sarebbe stata sufficiente ad integrare una stabile organizzazione polacca della società cipriota titolare del medesimo *server*.

contratti conclusi *online* (oltre 3.000). Tutti valori riferiti al singolo periodo d'imposta. E qui s'impone un momento di riflessione che prescinde dalla contingente valutazione qualitativa di *quanto* siano effettivamente significativi gli indici summenzionati¹²². Una riflessione che dà corpo ad un quesito, forse retorico, ma ineludibile. Cosa rappresentano siffatti indicatori che dovrebbero *dare corpo* alla *stabile organizzazione digitale* ipotizzata a livello comunitario? È palese come essi rinviino tutti, in maniera più o meno esplicita, alla nozione di *mercato di riferimento* e finiscano per coincidere in un'ultima analisi con l'accertamento di una *presenza significativa* in un determinato mercato locale. Quindi (semplificando), secondo la Proposta di Direttiva comunitaria, un'impresa possiede una *stabile organizzazione digitale* allorché risulta presente in un determinato ambito territoriale in modo significativo (tanto da realizzarvi un certo *quantum* di proventi ovvero da perfezionarvi un dato numero di contratti). Se tale è, tuttavia, l'*idea forte* sottesa alla nuova configurazione di *digital branch*, è doveroso rilevare come essa non condivida quasi in nulla i confini interpretativi della nozione di stabile organizzazione come si è andata sviluppando sino ad oggi nel diritto tributario internazionale. Secondo l'orientamento tradizionale, infatti, la presenza (pur significativa) in un mercato non è di per sé sinonimo di *stabile organizzazione*. In settori produttivi storici (e, quindi, lontani dalla *web-economy*) non è inusuale che una determinata impresa abbia una presenza massiccia (teoricamente anche di natura monopolistica) in un certo Stato estero senza tuttavia realizzarvi alcun radicamento stabile (il che, come rappresentato, costituisce il nucleo fondamentale della nozione di stabile organizzazione come si è andata configurando nel corso del tempo). Ebbene, in tali situazioni, non si è mai giunti ad ipotizzare (per ciò solo) la configurabilità di una stabile organizzazione e, al contrario, si è sempre fatto in modo di tenere ben distinta la (pur potente) capacità distributiva della impresa (generatrice di *proventi* ma non di *reddito*) dalla sua idoneità produttiva, vale a dire dalla sua capacità di gestire (seppure a livello locale) una *attività d'impresa* (questa sì produttiva di *reddito* e perciò *meritevole* di essere assoggettata ad imposizione nello Stato in cui tale reddito viene prodotto risultando connessa a tale *attività* una serie di *funzioni* e di *rischi*). Senza timori, quindi, occorre affermare con chiarezza che la *presenza digitale significativa* evocata nella Proposta normativa comunitaria non rappresenta a stretto rigore una *evoluzione* della nozione di *stabile organizzazione* come, di contro, formalmente prospettato; la *presenza digitale significativa* non costituisce cioè una *species* del tradizionale concetto di *branch* ma rappresenta, a tutti gli effetti, un *quid* differente che implica una visione completamente diversa del vigente assetto del diritto tributario internazionale. Vale rammentare, infatti, che - anche per ragioni storiche di tutela delle economie più avanzate - il riparto d'imposizione fra vari Stati si basa tuttora sulla tendenziale primazia del *luogo* in cui ha origine il capitale da cui scaturisce il reddito (il che ha condotto alla individuazione della *residenza* quale *criterio principe* dei rapporti impositivi transnazionali). Lo Stato di residenza, perciò, è titolare di una competenza impositiva per così dire *generale* a fronte della quale il *diritto a tassare* degli Stati della fonte (in forza del principio di territorialità) è (o almeno è stato sino ad oggi) *recessivo*, vale a dire limitato ai soli casi in cui un determinato reddito sia *direttamente* ed *immediatamente* localizzabile nel territorio di questi Stati. La Proposta di Direttiva sulla *presenza digitale significativa* tende, invece, a delineare uno scenario differente in cui è come se il *territorio della fonte* (del reddito) maturasse una importante *rivincita concettuale* su quello di *residenza* (del contribuente). È, infatti, ad una sorta di *inversione* del rapporto di forza fra il criterio della *territorialità*, da un lato, e quello della *residenza*, dall'altro lato, che sembra rispondere l'introduzione della nozione di *stabile organizzazione digitale*; ed è una *inversione* ancora più palese se si tiene conto del fatto che l'iniziativa comunitaria¹²³ prevede che il reddito attribuibile alla *presenza digitale significativa* debba essere assoggettato ad imposizione esclusivamente dello Stato in cui sia ravvisabile tale nuova configurazione di *branch* (con il che si esclude ogni forma di imposizione nello Stato di *residenza* della casa madre e viene quindi meno ogni forma di imposizione *concorrente* sulla medesima *ricchezza digitale*; si determina cioè una sorta di *segregazione* ed *esclusività* dell'imposizione locale del tutto analoga a quella riscontrabile in capo ad una società di capitali residente). V'è da dire, tuttavia, che questo concetto (che, come prefigurato nella Proposta di Direttiva in esame, prescinde dalle determinanti *fisiche* della produzione del reddito) ha una struttura *ex se debole e leggera* (il che ha una sua logica essendo esso funzionale ad intercettare la *e-ricchezza* la quale è *ex se dematerializzata*) e ciò pone un ulteriore (non trascurabile) problema (di cui si dirà *amplius* in un differente contributo): vale a dire la *quantificazione* del reddito che possa legittimamente considerarsi prodotto dalla *e-branch* (ossia che - come si suole dire - sia razionalmente

¹²² È intuitivo, infatti, come la fissazione di un determinato *quantum* di *ricavi* ovvero di *utenti* piuttosto che un altro dato numerico risponda (quasi) esclusivamente a scelte di ordine politico le quali poco o nulla hanno a che vedere con ragioni di ordine tecnico-normativo. In tale ottica, quindi, non è tanto la *quantità* degli indicatori della *presenza digitale significativa* quanto la *qualità* degli stessi a dovere interrogare l'interprete.

¹²³ Si veda l'art. 5 del testo della Proposta di Direttiva.

allocabile alla stabile organizzazione). Come noto, infatti, l'impostazione tradizionale del diritto tributario internazionale presuppone una *allocazione* del reddito nel territorio di un certo Stato (il c.d. Stato della *fonte*) in modo proporzionale alle funzioni ed ai rischi imputabili alla *fonte* (di reddito) medesima. Il menzionato carattere *debole e leggero* della nozione di *presenza digitale significativa*, tuttavia, rende difficile identificare in modo puntuale le funzioni ed i rischi ascrivibili alla *stabile organizzazione digitale* in quanto gli indici di esistenza della stessa si sovrappongono alla nozione di mercato di riferimento¹²⁴ e, quindi, sono *lontani* dalle storiche modalità di analisi del fenomeno reddituale. La prevalenza del territorio (principalmente) quale luogo di *consumo* (dei servizi digitali) che emerge dalla Proposta di Direttiva comunitaria, perciò, contribuisce ad *opacizzare* (o, comunque, rende articolato e connotato da eccessiva discrezionalità valutativa) il procedimento di identificazione delle funzioni e dei rischi allocabili alla *stabile organizzazione digitale*. Di talché – come è stato osservato in dottrina – “(...) *si potrà anche sostituire alla stabile organizzazione un concetto attestante una presenza più “debole” nel territorio estero, ma ad essa corrisponderà, inevitabilmente, anche un altrettanto “debole” allocazione dei redditi. Un diverso criterio di tassazione del reddito a livello internazionale richiede, quindi, l’adozione di un sistema concettuale diverso che potrebbe anche riflettersi sulla nozione stessa di reddito*”¹²⁵. In ultima analisi, occorre prendere atto del fatto che il concetto di *presenza digitale significativa* costituisce una *novità* che differisce (sensibilmente) – ponendo problemi del tutto *nuovi* – dall'impostazione propria del diritto tributario internazionale come si è andata evolvendo almeno dal secondo dopoguerra¹²⁶. Si badi bene tale *diversità* non comporta un *giudizio di valore* comparativo ma al tempo stesso la nettezza del ragionamento impone coerenza. E la coerenza vuole che si dica con chiarezza che la *digital branch* di cui alla Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* non costituisce una elaborazione coerente con il concetto di *stabile organizzazione* inteso come centro di imputazione di un'attività organizzata in forma d'impresa. È un *qualcosa* di diverso, l'*indizio* di una *importante presenza* in un certo mercato (da cui scaturiscono senz'altro proventi) ma non è affatto detto che siffatta *presenza* presupponga la capacità di sviluppare in autonomia un'attività d'impresa in quel determinato mercato. Di contro, è proprio lo *svolgimento di attività di impresa* nel territorio dello Stato (un'attività che - proprio perché *d'impresa* - implica che l'imprenditore imprima un'*organizzazione* delle risorse, ulteriore rispetto alla mera titolarità/disponibilità giuridica delle risorse medesime) che da sempre rappresenta il fulcro della interpretazione tradizionale di *stabile organizzazione*. Di qui, quindi, la *flaglia* interpretativa posta dalla nozione di *presenza digitale significativa* evocata dalla specifica iniziativa normativa di natura comunitaria. *Avere utenti* (attivi) italiani, equivale a *fare attività di impresa* in Italia? La risposta che la Proposta di Direttiva *comprehensive* parrebbe volere veicolare (presentando la nozione di *presenza digitale significativa* alla stregua di una “*integrazione dell'attuale concetto di stabile organizzazione*”) è positiva. Da un punto di vista concettuale, tuttavia, v'è motivo di dubitarne. Il salto logico (sebbene comprensibilissimo per ovvie ragioni di tutela della fiscalità di quegli Stati, come quelli più popolosi della UE, che rappresentano fra i principali mercati di riferimento delle *web-companies*) sembra eccessivo o, comunque, prematuro¹²⁷. E lo è perché, come si è detto, è senz'altro vero

¹²⁴ Anche se la *filosofia di fondo* sottesa alla specifica iniziativa comunitaria risulta, invero, più sofisticata. Almeno da un punto di vista teorico infatti – previo rinvio alla nozione di *active user* – il mercato di riferimento in cui sono resi i servizi digitali è valorizzato più che come (mero) luogo di *consumo* quale territorio in grado di contribuire alla generazione di valore. Una *filosofia*, quindi, differente da quella dell'imposizione del consumo *tout court* rispetto alla quale tuttavia risulta difficile – almeno allo stato – individuare tangibili elementi differenziali di carattere più concreto del semplice argomento tale per cui l'*utenza in rete* sarebbe una sorta di *luogo virtuale* in cui si svolge l'attività di *data mining* (in tal senso – e cioè per la valorizzazione dell'*estrazione di dati* quale attività di impresa – parrebbero deporre, ad esempio, le considerazioni di G. Frasoni, “*La proposta estone di una web tax basata sul numero dei clienti: stabile organizzazione virtuale o reale?*”, in *Riv. dir. trib. on line*, - www.rivistadirittotributario.it - pubblicato il 21 settembre 2017).

¹²⁵ Così G. Frasoni, “*Prime considerazioni sulla web tax ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*”, in *Riv. dir. trib. on line* - www.rivistadirittotributario.it - pubblicato il 19 settembre 2017.

¹²⁶ Del resto, è proprio l'accezione *tradizionale* di stabile organizzazione (e di attività d'impresa applicata al settore della *digital economy*) che ha permesso alle *web-companies* di minimizzare l'imposizione sul reddito in quegli Stati che rappresentano il principale mercato di riferimento dell'offerta di servizi digitali. Evitando ogni *ancoraggio* fisico al territorio di tali Stati e/o facendo in modo (ed è forse la circostanza ancora più rilevante sotto il profilo qualitativo) di considerare le attività *in loco* come *routinarie* (e quindi estremamente *snelle* in termini di *rischi* e di *funzioni*), le imprese digitali hanno finito per escludere ogni forma di *collegamento territoriale* ovvero, pur in presenza dello stesso (sotto forma di *branch*), sono riuscite a minimizzare il reddito prodotto ascrivendo la maggior parte di esso all'attività di sfruttamento degli *intangible assets* localizzati (e sfruttati in termini economici) altrove.

¹²⁷ Sotto molti profili è possibile affermare che il *fil rouge* sotteso alla Proposta di Direttiva in esame sia quello di apprezzare la *digital economy* in tutta la propria carica di *innovatività* anche per quanto attiene al profilo dello svolgimento

che nell'attuale contesto una *digital enterprise* è in grado di penetrare nel mercato di uno Stato senza allocarvi alcunché di *fisico* (e tale situazione impone l'esigenza di individuare un *sucedaneo* idoneo a configurare una *taxable presence* in detto Stato), ma è altrettanto vero che avere clienti (ad esempio) italiani non implica che l'impresa debba/voglia condurre un'attività (*business*) in Italia, potendo anche limitarsi ad una mera ricezione (passiva) di dati, che semplicemente *provengono* dall'Italia per essere poi *raccolti* e *rielaborati* (e quindi, *organizzati*) nello Stato in cui l'impresa crea di fatto valore – ovvero, lo Stato in cui l'impresa ha la propria sede o svolge una effettiva attività d'impresa. In tale ottica, perciò, la *presenza digitale significativa* mutua poco dell'elaborazione interpretativa in materia di stabile organizzazione e - più che un'*integrazione* - finisce per qualificarsi come una *appendice* giustapposta la quale risponde, come evidenziato, a logiche profondamente differenti; delle logiche che identificano come criterio di collegamento in grado di giustificare la tassazione il rilievo economico rivestito da una determinata impresa in un certo ambito territoriale ma che sostanzialmente si disinteressano dal fatto che essa vi svolga una *attività* in senso proprio (il che è, invece, il *fulcro* della nozione di stabile organizzazione secondo l'interpretazione tradizionale). Ciò significa, in sintesi, che la *presenza digitale significativa* rinvia più al *luogo in cui determinati servizi (digitali) sono consumati* che a quello di in cui viene svolta un'*effettiva attività d'impresa produttiva dei medesimi servizi digitali* (salvo ipotizzare – come evidenziato – che l'acquisizione stessa di dati attraverso la rete costituisca essa stessa esercizio di attività d'impresa); il che – quando si parla di stabile organizzazione (e di potenziale integrazione evolutiva di tale nozione) – fa la differenza. Se si condivide una tale conclusione le parole possono poi anche risultare *recessive* e si può decidere (anche solo per semplicità espositiva ed adesione ad usuali paradigmi di pensiero) di concludere nel senso che quella proposta dalle istituzioni comunitarie rappresenti una mera integrazione dell'attuale concetto di stabile organizzazione. Al di là della *forma* (lessicale), tuttavia, occorre essere coscienti del fatto che la *sostanza* (giuridica) è differente perché nel caso della Proposta di Direttiva in esame più che ad una *integrazione* si dà luogo all'elaborazione di un concetto totalmente *innovativo*, vale a dire alla fissazione di un criterio di collegamento territoriale *nuovo* e *proprio* delle sole *digital companies* (ben distante dall'elaborazione interpretativa sinora sviluppatasi circa il concetto di stabile organizzazione). E ciò, a tacere d'altro, non è esente da criticità e lo è sotto più di un profilo. In prima istanza perché – e la considerazione appare intuitiva – se a diventare significativa è la *presenza sul mercato* (o, se si preferisce, il *consumo sul mercato* dei servizi offerti) rischia di risultare poco comprensibile la ragione per cui tale profilo sia essenziale (in termini di integrazione della nozione di stabile organizzazione) per le sole *web-companies* e

di un'attività economica. In termini più chiari, ad avviso delle istituzioni comunitarie, proprio il rinnovato ruolo del consumatore digitale (il c.d. "*active user*") nel contesto dell'economia digitale farebbe sì che l'interazione con il medesimo (per quanto possa apparire una attività meramente *passiva* in base ad un approccio tradizionale) costituisca essa stessa una modalità di esercizio di attività d'impresa da parte della *digital company* (e soprattutto tale da non potersi definire come *routinaria* e/o *standardizzata* e, perciò, a *basso valore aggiunto*). Nell'ottica della *web-enterprise*, quindi, la prestazione di *servizi digitali* non costituisce più una mera attività distributiva su di un mercato estero (con conseguente *intangibilità in loco* dei relativi proventi) come potrebbe essere per una entità della *old economy* (un'attività, quindi, tendenzialmente inidonea ad integrare la nozione di stabile organizzazione e ad assumere i connotati dell'esercizio d'impresa in senso compiuto). Al contrario, la prestazione di *servizi digitali* in un determinato mercato di riferimento (e perciò la *presenza significativa* sullo stesso) diviene essa stessa *attività d'impresa* e lo diviene per le peculiarità proprie del settore digitale nel quale l'utente non è mero consumatore ma soggetto in grado (sebbene *ex latere passivo*) di contribuire allo svolgimento dell'attività d'impresa della *digital company*. Ora è indubbio come - per quanto affascinante e sofisticata – siffatta ricostruzione interpretativa (evidentemente sottesa alla Proposta di Direttiva *comprehensive*) si collochi lungo direttrici inesplorate le quali fanno della ipotesi di *presenza digitale significativa* una *monade*. Non si tratta, quindi, di *fare evolvere* la nozione di *stabile organizzazione* integrandola per apprezzare il profilo di novità inevitabilmente sotteso alla *web-economy*; si tratta, al contrario, di dare vita ad un *modulo speciale* di tassazione tipico ed esclusivo della *digital economy* con le evidenti difficoltà definitorie che esso comporta quanto alla nozione di *servizio digitale* (che è poi il presupposto oggettivo del fenomeno impositivo prefigurato dalla Proposta di Direttiva). Un'impostazione, quindi – quella comunitaria - che darebbe vita ad una sorta di *disciplina speciale* di ordine impositivo dell'impresa digitale e che, come rappresentato in precedenza, è alla base delle divergenze interpretative che si sono manifestate al riguardo in ambito internazionale. A fronte della posizione espressa dalle istituzioni comunitarie (e che, come detto, postula l'esigenza di un *approccio speciale* alla *digital economy*) v'è infatti quella delle Autorità USA (Stato di residenza della pressoché totalità delle imprese che realizzano la *catena del valore* dell'economia digitale) le quali non ritengono necessaria una disciplina fiscale *ad hoc* per la *web-economy* trattandosi solo (ad avviso delle medesime Autorità) di un differente modello di *business* il cui sviluppo patologico potrebbe essere efficacemente contrastato previo ricorso alle sole misure elaborate nell'ambito del Progetto BEPS (prescindendo, quindi, da qualsiasi soluzione connotata da *specialità*).

non anche per le (più tradizionali) imprese industriali di stampo manifatturiero¹²⁸. Si viene cioè ad ingenerare un'aporia nelle modalità di tassazione delle imprese operanti a livello transnazionale (a maggiore ragione se si cerca di *costringere* il tutto, ove pure sotto il profilo lessicale, entro il *perimetro* della nozione di *stabile organizzazione*) a seconda della sola tipologia di attività economica esercitata. Da un lato, le sole *digital companies* che (di fatto) risulterebbero tassate sulla scorta del solo luogo di *consumo* dei propri servizi ed a condizione che la presenza su quel mercato possa ritenersi *significativa* (in base a parametri quantitativi elaborati in maniera del tutto discrezionale) senza necessità di accertarne una qualche forma di radicamento stabile (risultando tale radicamento *presunto* in via assoluta per la semplice significatività della rilevata presenza economica in quello specifico ambito territoriale). Dall'altro lato, invece, tutte le altre imprese (quelle che si potrebbero definire come appartenenti alla *old economy*) per le quali, invece, resterebbe ferma l'impostazione tradizionale secondo cui la tassazione in uno Stato differente da quello di residenza non è la conseguenza *immediata e diretta* della forza (commerciale) in quel territorio ma solo l'esito dell'accertato svolgimento nello stesso di un'attività di impresa (e ciò a prescindere dalle modalità di interazione adottate con il cliente finale). Una scelta, quindi, di totale *specialità* di cui occorre avere piena consapevolezza e che ha un preciso impatto politico¹²⁹ (nella misura in cui *sposta* l'asse stesso della tassazione della *e-ricchezza*¹³⁰)

¹²⁸ L'*idea* (sottesa alla Proposta di Direttiva in esame) che la *ratio distintiva* sia ravvisabile nelle modalità con cui la *rete* garantisce lo sviluppo delle sole *digital companies*, infatti, appare affascinante in termini generali ma da verificare in concreto e soprattutto nel corso del tempo. Che lo sviluppo dei *Big Data* costituisca una caratteristica portante della *web-economy*, infatti, è un dato di fatto da cui sembra difficile dissentire. Più disagiata (o comunque più incerta in un'ottica empirica), invece, è la conclusione secondo cui tale situazione rappresenterebbe (o sia destinata a rappresentare in futuro) una caratteristica esclusiva della *digital economy* (non replicabile in alcun modo dai soggetti della *old economy*). In termini più chiari, ciò che va verificato nella propria portata empirica è l'*idea* stessa che sia ravvisabile un sostrato *unico e non replicabile*, esclusivo delle *digital companies* e perciò in grado di giustificare uno *speciale* statuto fiscale delle stesse. La soluzione della *presenza digitale significativa*, infatti, si muove in un ambito di spiccata *specialità* la quale, proprio perché *derogatoria* della disciplina comune, sembra meritevole di una attenta verifica.

¹²⁹ *In terminis* le riflessioni di G. Fransoni, "La web tax: miti, retorica e realtà", in *Riv. dir. trib. on line* (www.rivistadirittotributario.it), 1 aprile 2018, secondo il quale le specifiche iniziative comunitarie in materia di *digital economy* hanno una precisa connotazione *politica* in quanto - nel presupposto che il criterio della *territorialità* rivesta natura *duplicemente subordinata* (in quanto derogatorio rispetto al criterio della *residenza* e perché limitativo della potestà impositiva dello Stato della fonte al solo reddito *effettivamente e direttamente* attribuibile alla fonte medesima) - tendono ad *ampliare* i limiti della potestà impositiva dello Stato della fonte valorizzando al riguardo la circostanza secondo cui il *valore* si creerebbe in siffatto ambito territoriale.

¹³⁰ Non è affatto casuale, quindi, che le *preoccupazioni* suscitate dal fenomeno dei *redditi apolidi* sia declinato in maniera differente a seconda della prospettiva individuale dei singoli Stati. Se gli Stati UE (e a tale *preoccupazione*, come evidenziato, cerca di rispondere la Proposta di Direttiva in esame) sono prioritariamente attenti al fenomeno (avvertito come *predatorio*) delle *digital enterprises* che vendono servizi digitali nel proprio mercato per volumi elevatissimi ivi corrispondendo imposte per importi minimi, al contrario, gli USA (Stato di residenza fiscale delle principali imprese della *web-economy* titolari degli *intangibile assets* su cui si incentra l'economia digitale) avvertono come *patologica* la circostanza che i medesimi soggetti, pur essendo residenti, riescano a minimizzare il carico impositivo statunitense ricorrendo a forme di *erosione* della propria base imponibile alimentate sovente dalle dinamiche del gruppo. Di qui la già richiamata contrapposizione di interessi fra gli Stati UE (interessati all'introduzione di uno *statuto speciale* per la fiscalità delle *digital enterprises* che valorizzi la *taxable presence* nei mercati di vendita dei servizi digitali), da un lato, e gli USA interessati principalmente (secondo un approccio generale valido per la totalità dei contribuenti) ad individuare forme di efficace contrasto alle modalità di erosione della base imponibile (ovviamente da parte dei *propri* contribuenti). In siffatto scenario si colloca la recente riforma fiscale adottata negli USA (in proposito si rinvia alla descrizione compiuta da L. Bernardi, "Trump's tax reform plan: a short overview", in *Riv. dir. fin.*, I, 2017, pag. 282) un cui obiettivo (in particolare attraverso il cosiddetto istituto del *General Intangibles Low Tax Income* (c.d. "GILTI")) è stato proprio quello di tassare la ricchezza prodotta al di fuori degli USA dagli *intangibles* a prescindere dall'effettivo rimpatrio della stessa (un rimpatrio che, in passato, veniva differito *sine die* dalle *web-companies* impedendo così il verificarsi del relativo presupposto impositivo previsto dalla legislazione statunitense). Né occorre trascurare la *carsica* contrapposizione di interessi che caratterizza anche l'ambito UE. All'interno della stessa, infatti, non v'è un perfetto allineamento di interessi. A fronte degli Stati che rappresentano i grandi mercati di riferimento delle *digital companies* (Francia, Italia, Spagna e Germania), infatti, vi sono altri Stati (principalmente Irlanda, Lussemburgo ma in misura minore anche Olanda e Belgio) i quali, almeno in passato, hanno tratto beneficio dalle interazioni con tali entità riuscendo a garantirsi la localizzazione nel proprio territorio di talune *subsidiaries* dei relativi Gruppi grazie alla negoziazione di *rulings ad hoc* (dei *rulings* che, spesso, si sono dimostrati *ex post* particolarmente favorevoli alla parte privata del rapporto impositivo e che hanno formato oggetto anche di iniziative di censura da parte della Commissione UE previa evocazione della nozione di *aiuto di stato*. Su tali profili si rinvia alle considerazioni di F. Pepe, "Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della

nonché un impatto giuridico perché tende a configurare *ex novo* le modalità stesse del diritto di stabilimento (e, quindi, dell'imposizione) come sino ad oggi elaborate nel diritto tributario internazionale¹³¹ e lo fa con esclusivo riguardo alle *digital companies*. Il che implica, in sintesi, che la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* sia tutt'altro che una mera *evoluzione integrativa* della nozione di stabile organizzazione – come formalmente prefigurato – ma costituisca una *novità assoluta* e per di più ispirata ad una logica di totale *specialità*. Ma non v'è solo un problema – per così dire – di *coerenza interna*, v'è anche una tematica di *coerenza esterna* che, pur menzionata, non trova una soluzione nelle iniziative comunitarie in tema di *digital taxation*. L'imposizione delle *web-companies*, infatti, non è un fatto esclusivamente interno alla UE, tutt'altro (anzi – come rappresentato – rappresenta principalmente un tema di politica fiscale internazionale); la fiscalità degli Stati Membri presuppone una vasta rete di rapporti convenzionali in materia di tassazione sui redditi fra cui anche quelli con gli USA (che non sono affatto irrilevanti per il ruolo che essi rivestono in qualità di prima economia mondiale, in generale, e di *patria elettiva* della *digital economy*, in particolare). Ora – come detto – la nozione di *presenza digitale significativa* risulta disomogenea rispetto all'impianto generale sotteso a siffatte Convenzioni le quali, peraltro, sono fonti gerarchicamente sovraordinate alla disciplina di diritto interno (quale sarebbe, se del caso, la disciplina nazionale di implementazione della Proposta di Direttiva *comprehensive*). V'è, quindi, un tema *tecnico* non trascurabile¹³² che rende la soluzione della *e-branch* di cui alla specifica iniziativa comunitaria un *quid* connotato da un certo tasso di velleitarismo (forse più un *segnale* di politica internazionale che una reale iniziativa di stampo tecnico-normativo). Infatti, ove pure fosse rapidamente introdotta a livello interno UE, tale soluzione risulterebbe *disintermediata* nelle relazioni tributarie internazionali (che sono poi quelle che si intenderebbe disciplinare) e, in particolare, nei rapporti con gli USA (le cui Convenzioni contro le doppie imposizioni, al pari peraltro del tradizionale Modello elaborato dall'OCSE, non prevedono una definizione di stabile organizzazione coerente con le indicazioni di cui alla Proposta di Direttiva). La Proposta di Direttiva, infatti, si rivolge alle imprese costituite o stabilite nella UE nonché a quelle residenti in una giurisdizione extra-UE la quale non abbia concluso una Convenzione contro le doppie imposizioni con lo Stato Membro in cui sia localizzata la stabile organizzazione di natura digitale (di talché sono escluse dall'ambito di operatività della Proposta di Direttiva *comprehensive* tutte le relazioni con quelle imprese – e non sfugge come si tratti della vera e propria *sostanza* del fenomeno che si intenderebbe astrattamente disciplinare – le quali siano residenti in giurisdizioni fiscali con le quali lo Stato Membro interessato abbia concluso una Convenzione che non preveda una nozione analoga a quella di *presenza digitale significativa*). Ad onore del vero quello menzionato non è un problema ignorato dalle istituzioni comunitarie. Nel cosiddetto *pacchetto* in tema di *digital taxation* in cui si colloca anche quella in tema di *presenza digitale significativa*, infatti, figura anche una specifica Raccomandazione¹³³ affinché i singoli Stati Membri includano la soluzione di cui alla Proposta di Direttiva *comprehensive* nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate con gli Stati esteri¹³⁴ cercando così di colmare il *gap* di *effettività* da cui tale iniziativa, senz'altro ambiziosa nelle aspirazioni, è connotata sotto il profilo pratico. Una siffatta indicazione, tuttavia, mostra con chiarezza come le stesse istituzioni comunitarie abbiano ben presente come la soluzione della *presenza digitale*

“dottrina Vestager” in materia di *tax rulings* e aiuti di Stato alle imprese multinazionali”, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2017, pagg. 703 e ss.).

¹³¹ Interessanti, al riguardo, le considerazioni di D. Stevanato, “*La web tax piace a tutti, ma ha un problema: è sbagliata*”, in *Il foglio*, 12 settembre 2017 (liberamente accessibile sul sito www.ilfoglio.it) secondo il quale “(...) anzitutto, va osservato che la residenza fiscale, quale *reasonable link* con le pretese impositive di uno stato, non è un incidente di percorso ma un criterio di collegamento collaudato da tempo e oggi privo di alternative: un'impresa è libera di stabilirsi in una certa giurisdizione fiscale e specularmente di non esercitare un analogo diritto con riguardo a un altro territorio. Non basta che la multinazionale faccia affari e venda in un mercato per fare sorgere automaticamente una pretesa impositiva nello stato di vendita dei prodotti. In mancanza di una “stabile organizzazione” in quello stato, cioè di un radicamento qualificato secondo quanto prevedono i trattati contro le doppie imposizioni, non esiste un “giusta quota” di profitti da chiedere in quello stato, dettata dal buon senso comune o da un sentimento di giustizia sociale”.

¹³² Un problema che appare viepiù significativo ove si consideri che la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* prevede (un ulteriore, assai significativo, elemento derogatorio rispetto all'assetto ordinario) che l'utile realizzato dalla *stabile organizzazione digitale* venga assoggetto ad imposizione esclusivamente nello Stato Membro in cui essa è localizzata (con esclusione, quindi, di ogni forma di tassazione concorrente da parte della giurisdizione della *casa madre* della ipotetica *e-branch*).

¹³³ Si tratta della Raccomandazione C(2018)1650 “*Relating to the corporate taxation...*”, *cit.*, 21 marzo 2018.

¹³⁴ Un'attività rispetto alla quale la Commissione UE manifesta la propria disponibilità a supportare i singoli Stati Membri nell'attività di rinegoziazione.

significativa costituisca poco più che un *ballon d'essai*¹³⁵, vale a dire il tentativo di *provocare* la reazione della propria controparte politica (essenzialmente gli USA nel proprio ruolo di giurisdizione fiscale di residenza delle *web-enterprises*) per addivenire a conseguire un risultato più immediato e concreto¹³⁶ (senz'altro meno *sofisticato* ma forse più efficace come l'Imposta sui servizi digitali (c.d. "ISD") di cui alla Proposta di Direttiva *gemella* la quale, configurando a tutti gli effetti come un'imposta di consumo¹³⁷, esclude in radice ogni forma di *antitesi* e *contrasto* con le vigenti Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse nel corso del tempo da parte dei singoli Stati UE¹³⁸). In base a quanto in sintesi esposto sin qui è, pertanto, possibile cercare di trarre rapide conclusioni rinviando (anche) a quanto posto in rilievo in principio di trattazione. E tali conclusioni sono tracciabili nel senso che segue. La Proposta normativa avente ad oggetto la *presenza digitale significativa* si colloca in un ambito di assoluta *specialità*. Essa tende infatti a delinearne uno *statuto* fiscale *ad hoc*, e perciò *speciale*, per le sole *web-enterprises* le quali pertanto – in caso di effettiva implementazione della soluzione ipotizzata – verrebbero a confrontarsi con una nozione (del tutto autonoma) di stabile organizzazione. L'elaborazione del richiamato concetto di *e-branch* – pure formalmente presentato alla stregua di uno sviluppo evolutivo della tradizionale interpretazione in tema di stabile organizzazione – si connota per un approccio totalmente innovativo che mutua poco appunto del passato; in questa prospettiva pertanto – volendo richiamare una riflessione condotta in principio di trattazione – la presenza digitale significativa finisce per emergere come una soluzione tutt'altro che *tradizionale* e lo è (poco *tradizionale*) a maggiore ragione ove si consideri il fatto che essa presuppone l'imposizione esclusiva della giurisdizione in cui è localizzata la stabile organizzazione digitale (con esclusione, quindi, di ogni forma di imposizione *concorrente* da parte dello Stato di residenza fiscale della casa madre). Proprio il carattere di assoluta *novità* della specifica elaborazione nel

¹³⁵ Basti considerare che, come evidenziato, la Proposta di Direttiva *de qua* prevede la tassazione esclusiva del reddito prodotto dalla *stabile organizzazione digitale* nello Stato in cui la stessa risulta localizzata. Una soluzione del tutto eterodossa rispetto allo schema elaborato in ambito OCSE (e di fatto riprodotto, ad esempio, dalla pressoché totalità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dalla Repubblica italiana) in forza del quale sul reddito prodotto dalla stabile organizzazione sussiste una tassazione concorrente fra lo Stato di residenza del contribuente (*id est* della casa madre) e quello di localizzazione della *branch*.

¹³⁶ È l'opinione espressa, con molta chiarezza, da I. Vacca in Assonime, "Il vero interrogativo...", *cit.*, *Position Paper*, n. 1/2018, pag. 4 il quale – facendo riferimento alla Proposta di Direttiva concernente la *presenza digitale significativa* – rileva come "(...) questo approccio è di difficile realizzazione perché presuppone la rinegoziazione delle convenzioni internazionali incardinate sui due tradizionali criteri di collegamento della residenza e della fonte come sopra individuati. È evidente, peraltro, che gli Stati Uniti – proprio in qualità di Paese di residenza della maggior parte delle capogruppo delle multinazionali – non siano disposti a negoziare. Il che determina una difficoltà oggettiva – per lo meno nel breve periodo – di attuare una simile soluzione".

¹³⁷ Pur essendo tecnicamente un'accisa, tuttavia, la Imposta sui servizi digitali potrebbe *recuperare* (o almeno questo parrebbe l'intendimento delle istituzioni comunitarie) talune delle indicazioni sottese alla nozione di *presenza digitale significativa* (finendo per configurarsi come una forma di imposizione *ibrida* tesa ad *intercettare* anche il reddito prodotto dalle *digital companies*). È quanto posto in luce da Assonime, "Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...", *cit.*, *Circolare*, n.19/2018, pag. 89, per la quale "(...) L'ISD è, in verità, un'imposta indiretta del tutto particolare perché è prelevata sui ricavi lordi ma il suo presupposto è la ricchezza creata a vantaggio delle imprese digitali dagli utilizzatori presenti nel territorio dell'UE, mentre i ricavi che queste imprese ottengono in questo ambito territoriale sono una mera proxy, espressiva del valore apportato dagli utilizzatori di qualsiasi giurisdizione UE. Come tale, l'ISD sembra determinare – naturalmente, sotto un profilo economico e non giuridico – effetti che si approssimano a quelli che deriverebbero dall'introduzione di un'imposta netta sui profitti, pur essendo commisurata al prezzo di fornitura dei servizi". Un giudizio critico sul carattere *sucedaneo* che l'ISD potrebbe avere rispetto alla tassazione dei redditi delle *digital enterprises* è quello formulato da D. Stevanato, "La web tax piace a tutti...", *cit.*, in *Il foglio*, 12 settembre 2017, per il quale con tale tipologia di imposizione si avrebbe un "(...) nuovo tributo *spannometrico* sul prodotto lordo, dal carattere *selettivo*, come nei primi tempi dell'industrializzazione, con una evidente sovrapposizione rispetto all'IVA e il rischio di una *traslazione a valle* sui prezzi dei prodotti e dei servizi. Si dirà: se non si conoscono i profitti, si tassino allora i ricavi che sono un'entità percepibile. Peccato che si tornerebbe così alle imposte di patente, sui segni esteriori della ricchezza ed all'abbandono dell'imposta sul reddito determinato contabilmente che comunque le multinazionali dovrebbero continuare a corrispondere negli Stati di radicamento".

¹³⁸ Non è casuale che la stessa Assonime, nella già menzionata "Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale...", *cit.*, in *Consultazioni*, n. 6/2018 abbia evidenziato – *inter alia* – il rischio che rinegoziazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dai singoli Stati Membri, oltre che vischiosa, possa assumere "tempi biblici" con evidente (e ben comprensibile) inefficacia concreta della specifica iniziativa normativa di matrice comunitaria.

contesto del diritto tributario internazionale ne riduce in maniera più che proporzionale la reale *efficacia* concreta. Come evidenziato dalle stesse istituzioni comunitarie, infatti, la Proposta di Direttiva in esame presuppone inevitabilmente una amplissima (in termini quantitativi e qualitativi) rielaborazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni concluse dai singoli Stati Membri (una riformulazione in carenza della quale l'obiettivo di attrarre a tassazione nella giurisdizione fiscale di localizzazione della *e-branch* il reddito ivi asseritamente prodotto appare in concreto non perseguibile). Proprio tale circostanza e l'ineludibile *coté* internazionale della soluzione oggetto della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* fa sì che essa emerga, in realtà, alla stregua di una iniziativa (forse) *velleitaria* e (più che altro) *dimostrativa*. *Velleitaria* per due ordini di ragioni. In prima istanza perché, come rappresentato, la sua concreta ed effettiva implementazione (almeno in un arco temporale che presenti connotati di ragionevolezza) è da escludere in ragione della necessità (perché essa possa connotarsi come una iniziativa realmente efficace) di negoziare la totalità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in essere su basi sensibilmente modificate. In secondo luogo, poi, perché si tratta di un tentativo di introdurre una rilevante innovazione nel contesto del diritto tributario internazionale in maniera di fatto unilaterale e senza alcuna preventiva condivisione. E proprio questa carenza di condivisione generale *ex ante* lascia emergere quella che appare la reale natura dell'iniziativa condotta a livello comunitario con la Proposta di Direttiva in argomento. Una natura essenzialmente *dimostrativa* e *segnalatica* rispetto alle altre giurisdizioni fiscali coinvolte nella gestione del fenomeno della *digital economy* (e quindi in primo luogo gli USA). È abbastanza palese, infatti, come le istituzioni comunitarie abbiano inteso in tal modo *lanciare un segnale*: il segnale che non si intende restare *passivi* rispetto ad un approccio *aggressivo* sia da parte delle *digital companies* (le quali sinora hanno minimizzato il proprio carico impositivo nella UE) che da parte dell'Amministrazione USA (orientate a concedere ben poco in termini di politica fiscale alla UE apprezzata solo in un'ottica *passiva* quale mercato di distribuzione e non certo come luogo di svolgimento di un'attività d'impresa qualificata e perciò produttiva di significativa ricchezza). La proposta d'introdurre la nozione di *presenza digitale significativa* assume perciò più un connotato di ordine *politico* e di *comunicazione* che un reale contenuto tecnico. Anche perché, sotto il profilo squisitamente tecnico, quel requisito di *analiticità* (in termini di determinazione del reddito) che, come detto in principio, parrebbe contraddistinguere il concetto di *e-branch* appare più virtuale che reale. E lo è perché (e lo dimostrano ad esempio i risultati, sovente eterogenei, delle iniziative accertative condotte dall'Amministrazione finanziaria italiana nei confronti delle *digital companies* operanti in Italia) il semplice rinvio alle metodologie sviluppate in materia di *transfer price* è tutt'altro che risolutivo e lascia spazi di discrezionalità valutativa assai ampi. Prima ancora che la individuazione del metodo reddituale da impiegare nella fattispecie concreta¹³⁹ ciò che assume rilievo (ed è un rilievo *critico* e potenzialmente *divisivo*) è l'esatta identificazione dei *rischi imprenditoriali* e delle *funzioni* assolute dalla *presenza digitale significativa*. Ed è proprio il carattere *elastico* e perciò suscettibile di interpretazione divergenti circa il ruolo proprio della stabile organizzazione digitale che determina una potenziale estrema variabilità del reddito ad essa allocabile. Il che – appare intuitivo – contraddice quella caratteristica di *analiticità* in termini di quantificazione dell'imponibile che il concetto di *e-branch* parrebbe evocare. In conclusione come giudicare la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*? Un'iniziativa senz'altro interessante ed a cui va senz'altro tributato il merito di avere posto in maniera strutturale un *tema* (quello di un'analisi, su nuove basi, della *digital taxation*). Che poi la soluzione proposta (*id est* l'introduzione della nozione di *presenza digitale significativa*) sia senz'altro quella più efficace o comunque la più idonea al conseguimento degli obiettivi perseguiti risulta, oggettivamente, opinabile. Non si discute tanto il *valore* in sé della Proposta quanto la sua coerenza intrinseca e la sua efficacia esterna. Dati i limiti qualitativi che la Proposta incontra a tale riguardo, perciò, è utile rammentare l'antico insegnamento (sintomo di saggezza pragmatica) in forza del quale il *meglio è nemico del bene* e nell'attuale contesto il *meglio* è forse rappresentato proprio dalla nozione di *presenza digitale significativa*¹⁴⁰.

3. Modelli impositivi tradizionali e criteri di determinazione della base imponibile della stabile organizzazione digitale

¹³⁹ E in materia emerge chiaramente la contrapposizione fra il metodo reddituale unilaterale (il c.d. "TNMM") a cui mostrano di volere fare riferimento (pressoché esclusivo) le Autorità USA e quello plurilaterale (il c.d. "profit split") che è, invece, fatto proprio dalle istituzioni comunitarie.

¹⁴⁰ Tant'è che il modulo della *withholding* sui ricavi generati dalle *digital companies* è da tempo prefigurato come la soluzione pragmaticamente più efficace (in tal senso si vedano, ad esempio, le considerazioni di E. Della Valle, "Web tax europea, un modello che punta alla ritenuta sui ricavi", in *Il Sole 24 Ore*, 12 settembre 2017).

3.1. Sull'adeguatezza dei profili determinativi contenuti nella Proposta di Direttiva COM(2018)147 final¹⁴¹

Il tema dell'attribuzione (o, meglio, dell'allocazione) degli utili alla c.d. “*presenza digitale significativa*” rappresenta il secondo e più complesso esercizio valutativo dell'impianto impositivo proposto all'interno della Proposta di Direttiva COM(2018)147 final¹⁴², in quanto passaggio obbligato, ma, come vedremo, non univoco - stante i molteplici modelli di *business* digitale interessati – ad assicurare compiutezza e concretezza ai contenuti della stessa. In tale prospettiva, una volta individuata l'esistenza di una “*presenza digitale significativa*” sulla base di criteri di collegamento diversi dalla mera “*presenza fisica*”, l'analisi contenuta nella Proposta di Direttiva si interroga sull'individuazione dei principi che “*dovrebbero permettere di cogliere con maggiore precisione il valore generato da modelli d'impresa digitale che dipendono in larga misura da attività immateriali*”¹⁴³ al fine di addivenire alla determinazione della base imponibile delle diverse attività digitali da assoggettare ad imposizione nei diversi Stati Membri (c.d. “*what to tax*”). Per offrire una risposta soddisfacente e, soprattutto pragmatica, a tale problematica non è possibile prescindere da un'iniziativa comune a tutto il mercato interno così da garantire una declinazione armonizzata ed un'applicazione diretta della fattispecie secondo condizioni di parità e certezza giuridica. Per quanto attiene invece i profili operativi attinenti al c.d. “*how to tax and to what extent*”, gli stessi non sono oggetto della Proposta di Direttiva la quale, non auspicando l'armonizzazione delle aliquote d'imposta all'interno dell'Unione, non limita in alcun modo le scelte dei singoli Stati Membri in termini di politica economica e di composizione delle entrate fiscali¹⁴⁴.

Nonostante la centralità dell'argomento, gli unici riferimenti all'individuazione di comuni principi determinativi della base imponibile della “*presenza digitale significativa*” è possibile rinvenirli all'interno del Considerando n. 7 ed all'art. 5¹⁴⁵ della Proposta di Direttiva. Dalla loro lettura si evince, fin da subito, come l'intento della Proposta di Direttiva sia quello di addivenire a regole adeguate ad assicurare una parità di trattamento tra le imprese che operano a livello transfrontaliero tramite modelli di *business* che prevedono una loro “*presenza fisica*” stabile e quelle che, prive di una presenza fisica, operano mediante un'interfaccia digitale, ricorrendo all'utilizzo preponderante di tecnologie e sistemi automatizzati. La contrapposizione/assimilazione tra “*presenza fisica*” e “*presenza digitale*” costituisce, di fatto, il “*fil rouge*” dell'art. 5 e, più in generale, dell'intero processo impositivo per ciò che attiene agli aspetti determinativi. Le disposizioni previste nella Proposta di Direttiva muovono, infatti, dal regime impositivo proprio delle stabili organizzazioni materiali, tanto per i principi generali di localizzazione del reddito (i.e. *tassazione nel luogo di stabilimento*) quanto per quelli di sua quantificazione, per poi introdurre alcuni accorgimenti volti a tenere conto dei

¹⁴¹ Per una disamina completa delle caratteristiche della Proposta di Direttiva, si veda il Capitolo III del presente volume.

¹⁴² Sulla centralità del tema, si vedano i commenti giunti a valle della *request for input* promossa dalla *Task Force on the Digital Economy* nonché Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018.

¹⁴³ Cfr. Proposta di Direttiva COM(2018)147 final, pag.3.

¹⁴⁴ Anche se, con riferimento a questo aspetto, restano da valutare gli impatti di eventuali strategie anacronistiche di concorrenza fiscale dannosa poste in essere all'interno della UE e che mostrano, oggi come non mai, la loro inutilità all'interno di un contesto in cui gli Stati Uniti sono propensi a tassare comunque gli extra-profitti prodotti dai *top player* dell'economia digitale in forza della *General Intangibles Low Tax Income* (c.d. “**GILTI**”).

¹⁴⁵ Da una lettura attenta delle indicazioni contenute nella Proposta, pare esserci una certa (e condivisibile) volontà di disciplinare ogni possibile manifestazione della “*presenza digitale significativa*”. Pur comprendendone le finalità, il tentativo, sotto questo punto di vista, sembra però mancante di chiarezza. Il dettato comunitario, nello specifico, propone di occuparsi degli “*utili attribuibili alla presenza digitale significativa o in relazione alla presenza digitale significativa*” (sottolineatura aggiunta). Se immediato è il primo riferimento, altrettanto non è il secondo, che necessiterebbe di una ulteriore esplicitazione. La Proposta è silente sul punto né un primo sviluppo del tema si può cogliere all'interno della Relazione. Ad ogni modo l'obiettivo della disposizione parrebbe di facile intuizione: attribuire gli utili ad ogni forma di “*presenza digitale significativa*” in qualsiasi forma e modalità questa possa manifestarsi.

modelli di creazione del valore propri delle imprese operanti nell'economia digitale¹⁴⁶. Il concetto di “*presenza digitale significativa*” integrerebbe quindi, nell'accezione della Proposta di Direttiva, una nuova ipotesi di stabile organizzazione priva di presenza fisica, appositamente costruita sugli specifici modelli di *business* dell'economia digitale, ma che non supera del tutto l'attuale definizione.

La determinazione degli utili attribuibili alla “*presenza digitale significativa*” nell'ambito della Proposta di Direttiva è declinata secondo l'*Authorized OECD approach* (di seguito, “**AOA**”)¹⁴⁷ e si basa su un'analisi funzionale che si vorrebbe adeguatamente ponderata in considerazione delle attività economicamente svolte dalle imprese digitali tramite un'interfaccia digitale (e.g. i *software*, compresi i siti *web* o parte di essi e le applicazioni, anche mobili, accessibili agli utenti). Nonostante attenta dottrina abbia rilevato¹⁴⁸ come la mera invocazione dell'approccio OCSE in tema di attribuzione degli utili alla stabile organizzazione non sia di per sé sufficiente ad esaurire la problematica oggetto di analisi, si ritiene, a conti fatti, che tale approccio rappresenti comunque un passaggio obbligato per addivenire ad una soluzione compiuta sul punto. Del resto, non sarebbe stato auspicabile che le disposizioni in tema di attribuzione degli utili alla “*presenza digitale significativa*” deviassero dal *safe harbour* costituito dai principi e dalle regole in materia di prezzi di trasferimento. A parere di chi scrive, infatti, questi dovrebbero restare centrali per la corretta imposizione delle imprese operanti nell'economia digitale¹⁴⁹. Tuttavia, è altresì evidente come, nell'attuale configurazione, i principi e le regole in materia di prezzi di trasferimento mostrino una certa inadeguatezza (ed insofferenza) rispetto ai modelli di creazione di valore delle imprese nell'economia digitale. La ragione di ciò è da ricercarsi principalmente nel fatto che tali principi, essendo stati pensati e sviluppati per modelli tradizionali di *business*¹⁵⁰, non sono in grado di intercettare in maniera adeguata e soddisfacente il “*what to tax*” dell'imprese operanti nell'economia digitale.

Non potendo un'analisi funzionale tipica delle stabili organizzazioni materiali – con particolare enfasi sulle funzioni rilevanti svolte dal personale in relazione ai rischi assunti e/o sulla proprietà degli *assets* – garantire una corretta ed adeguata attribuzione degli utili riferibili ai *business* digitali, il passaggio per il tramite di un'analisi funzionale *ad hoc* pare, quindi, essere una scelta obbligata, relegando le possibili soluzioni alternative¹⁵¹ a interessanti esercizi di stile di particolare complessità e di difficile

¹⁴⁶ La Commissione Europea nella Comunicazione COM(2018)146 *final*, “*Time to establish...*”, *cit.*, 21 marzo 2018, evidenzia come la Proposta COM(2018)147 *final*, nello stabilire nuove regole per l'attribuzione degli utili alle imprese digitali, debba tenere conto delle particolari modalità con cui le attività digitali producono valore.

¹⁴⁷ Secondo l'AOA, il reddito da attribuire alla stabile organizzazione deve coincidere con il medesimo reddito che sarebbe stato conseguito da un'impresa indipendente ed autonoma che opera alle stesse condizioni, svolgendo le stesse funzioni, assumendo i medesimi rischi e impiegando i medesimi *assets*. L'AOA prevede che la determinazione del reddito da attribuire alla stabile organizzazione debba avvenire in due fasi. La prima fase consiste nel considerare la stabile organizzazione come un'entità separata ed indipendente dalla casa madre che svolge proprie funzioni, assume rischi, utilizza *assets* e conclude affari con soggetti terzi (implica di fatto una “*functional and factual analysis*”), mentre la seconda è volta a determinare il reddito della stabile organizzazione sulla base di un'analisi di comparabilità procedendo alla remunerazione delle operazioni concluse in conformità con i principi e le indicazioni fornite dalle Linee Guida dell'OCSE in materia di *transfer pricing*. Sul punto si vedano S. Zucchetti, A. Tardini e O. Lanfranchi, “*The Italian “Web Tax”: The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishment in Italy*”, in *International Transfer Pricing Journal*, Settembre/Ottobre 2017.

¹⁴⁸ L. Sheppard, “*Digital Permanent Establishment...*”, *cit.*, in *Bull. Int. Tax.*, n. 4/2018. L'autore ritiene che “*mere invocation of the authorized OECD approach to the attribution of profits to PEs is insufficient*”.

¹⁴⁹ Sulla non deviazione dal *framework* internazionale definito in sede OCSE in materia di prezzi di trasferimento si veda Y. Brauner – P. Pistone, “*Adopting Current International...*”, *cit.*, in *Bull. Int. Tax.*, Dicembre 2017. La centralità delle regole in materia di prezzi di trasferimento è altresì rimarcata all'interno delle conclusioni adottate dal Consiglio ECOFIN del 5 dicembre 2017 dove si è ribadito il fatto che “*a globally accepted definition of permanent establishment and the related transfer pricing and profit attribution rules should also remain pivotal when addressing the challenges of taxation of profits of the digital economy*”.

¹⁵⁰ Cfr. Comunicazione COM(2017)547 *final*, “*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*”, adottata dalla Commissione Europea in data 21 settembre 2017.

¹⁵¹ Alcuni contributi di dottrina, come evidenziati anche nell'*Action 1* nell'ambito del Progetto BEPS OCSE/G20, hanno ipotizzato la sostituzione dell'analisi funzionale con un'analisi più completa e complessa basata sulla c.d. “teoria dei

applicazione. In tal senso, la presa di coscienza della Proposta di Direttiva nasce dalla constatazione che per intercettare la creazione di valore all'interno dei modelli d'impresa dell'economia digitale assumono rilievo una serie di attività cosiddette routinarie che – storicamente – sono state ritenute non rilevanti a tal fine quali quelle ancillari ed amministrative. Attività che invece, essendo relative alla raccolta e all'elaborazione dei dati o essendo poste in essere direttamente dagli utenti, divengono centrali nel processo di creazione del valore nell'ambito dei servizi digitali¹⁵².

La Relazione alla Proposta di Direttiva chiarifica ulteriormente il punto notando come l'inadeguatezza di un'analisi funzionale non adattata alle tipicità dell'economia digitale si palesi con evidenza ogniqualvolta “... una presenza digitale significativa opera attraverso un'interfaccia digitale senza presenza fisica in una data giurisdizione, o quando nella giurisdizione della presenza digitale significativa non vengono svolte funzioni rilevanti da parte del personale”. La Relazione prosegue sostenendo che l'analisi funzionale delle attività digitali debba necessariamente considerare quali funzioni “core” le attività di raccolta e trattamento dei dati o di vendita di spazi pubblicitari svolte tramite l'interfaccia digitale: funzioni da remunerare con un'adeguata quota di utili imponibili. Non solo. La soluzione proposta vorrebbe attrarre a tassazione anche la quota di utili derivante dallo “sviluppo, il potenziamento, il mantenimento, la protezione e lo sfruttamento di attivi immateriali nell'esercizio di attività economicamente rilevanti da parte della presenza digitale, anche se queste non sono collegate a funzioni svolte dal personale nello stesso Stato membro”¹⁵³.

Quanto precede non lascia dubbi sul fatto che ciascuna attività economicamente rilevante alla creazione di valore debba essere opportunamente, individuata, analizzata e valorizzata¹⁵⁴ secondo modalità e termini propri dell'economia digitale.

La Proposta di Direttiva pare, per alcuni aspetti, perseguire quanto era già stato ravvisato in sede OCSE nell'ambito del Progetto BEPS, e in particolare con l'Action 1¹⁵⁵, consistente essenzialmente nel considerare e valorizzare, a determinate condizioni, clienti ed utenti quali soggetti svolgenti funzioni “per conto” dell'impresa digitale. Tale principio di determinazione dell'utile si prefigge quale obiettivo la valorizzazione di quelle attività che rivestono una funzione rilevante nel rendere “monetizzabile” il contributo offerto dai dati e dagli utenti in una specifica giurisdizione¹⁵⁶.

In tal senso la Proposta di Direttiva sembra aver compreso le prerogative e le peculiarità dell'economia digitale con riferimento al valore della raccolta e del trattamento dei dati ed al ruolo degli *user* e degli inserzionisti (entrambi “utenti” nel senso di fruitori/fornitori dei servizi), ma rimane aperta la questione se i principi delineati siano di per sé sufficienti a dare concretezza alla questione. La tesi proposta è quella del ricorso al metodo di ripartizione degli utili¹⁵⁷ quale criterio per l'attribuzione dei profitti alla “presenza digitale significativa”. La Proposta di Direttiva in esame si limita però alla mera enunciazione dello stesso, individuando solamente alcuni principi generali,

giochi” che prevede l'allocazione dei profitti secondo uno specifico processo. Si veda sul punto J. Pellefigue, “*Transfer Pricing Economics for the Digital Economy*”, in *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 22, Issue 2, 2015.

¹⁵² Cfr. Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018.

¹⁵³ L'esempio menzionato nella Relazione appare ancora più chiaro: “*attraendo nuovi utenti verso un social network, l'insieme delle attività immateriali che sarebbero attribuibili all'impresa del social network svolge un ruolo chiave nel garantire esternalità positive di rete, vale a dire che gli utenti possano connettersi a numerosi altri utenti. L'ampliamento del network realizzato attraverso la presenza digitale significativa rafforza questo stesso insieme di attività immateriali. Tale insieme di attività immateriali sarebbe ulteriormente rafforzato dal trattamento di dati utente che consentano al social network di vendere a un prezzo maggiorato spazi pubblicitari personalizzati in funzione degli interessi degli utenti*”.

¹⁵⁴ Cfr. Assonime, “*Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale...*”, cit., in *Consultazioni*, n. 6/2018.

¹⁵⁵ OCSE, “*Addressing the Tax Challenges...*”, *Action 1 – Final Report*, cit., 2015.

¹⁵⁶ Cfr. Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018.

¹⁵⁷ Il metodo di ripartizione degli utili si pone quale obiettivo la sterilizzazione degli effetti sugli utili derivanti da, o conseguenti a, condizioni particolari convenute o imposte in una transazione tra imprese associate, determinando la ripartizione secondo gli utili che imprese indipendenti avrebbero previsto di realizzare ponendo in essere la transazione o le transazioni. Per una disamina delle differenti modalità di applicazione delle metodologie del *profit split method* ai modelli di *business* digitali si veda anche A.S. Samari, “*Digital Economy and Profit Allocation: The Application of the Profit Split Method to the Value Created by a “Significant Digital Presence”*”, in *International Transfer Pricing Journal*, (Vol. 26), No. 1, 2019.

mentre nulla (o poco) propone in tema di concreta implementazione. Alcune indicazioni pratiche (per certi versi, alquanto brevi e concise) sono evidenziate all'interno della Relazione e paiono più che altro un espediente teorico per dare maggiore forza e consistenza alla Proposta di Direttiva formulata in sede europea (e.g. individuazione delle chiavi di allocazione da utilizzare nell'ammontare delle spese di ricerca, sviluppo e commercializzazione, nonché nel numero degli utenti attivi in un determinato Stato Membro o dei dati raccolti presso tale Stato Membro).

Stante la preferenza per la metodologia di ripartizione degli utili, la Proposta di Direttiva non preclude il ricorso a metodologie alternative comunemente accettate a livello internazionale, purché sempre e comunque corroborate da un'adeguata analisi funzionale finalizzata ad individuare le attività economicamente rilevanti. Questa scelta è, con evidenza, conseguenza dell'impossibilità di definire e declinare un metodo, certo, efficace ed universalmente valido, di attribuzione degli utili alla "presenza digitale significativa" e potrebbe essere accolta con favore, in quanto nulla sembra essere precluso in tal senso a patto che sia adeguatamente ed opportunamente corroborato.

Nell'applicare il metodo di ripartizione degli utili, non è difficile immaginare talune difficoltà implementative la cui risoluzione è rimessa alla sensibilità dell'interprete. Sebbene si possa facilmente concludere che le attività poste in essere dai fruitori di servizi digitali sofisticati rappresentino le funzioni chiave dal punto di vista dell'analisi in materia di prezzi di trasferimento, allo stesso tempo è di palmare evidenza come non tutti i dati conducano alla creazione di valore e soprattutto in eguale misura. Da qui la difficoltà nel discernere tra i dati generatori di valore aggiunto e quelli privi di tale caratteristica nei differenti modelli di *business* dell'economia digitale e sulla base delle singole fattispecie. Determinati dati potrebbero, di per sé, non rappresentare al momento della raccolta un valore "monetizzabile", divenendo tali solo in un momento successivo a seguito di un processo di selezione, catalogazione ed elaborazione. Ci si domanda inoltre a quale giurisdizione debba competere il diritto di tassazione: a quella da cui i dati originano o a quella in cui tali dati vengono processati e trasformati in informazioni cedibili?

Per quanto attiene all'attribuzione dei rischi alla stabile organizzazione digitale (esercizio necessario ai fini dell'AOA), non si può non notare, come ben evidenziato all'interno della citata *Action I*, che vi sia una pluralità di criteri disponibili secondo cui le imprese digitali potrebbero artificialmente allocare i rischi tra casa madre e stabile organizzazione¹⁵⁸. Come sostenuto in merito¹⁵⁹, i predetti criteri di allocazione dei rischi necessiterebbero di ulteriori accorgimenti tenuto conto dell'elevato tasso di dematerializzazione delle attività nei modelli di *business* dell'economia digitale.

Tanto premesso, volendo compiere nel presente lavoro l'ulteriore sforzo di individuare metodologie alternative al metodo di ripartizione degli utili, non si scorgono immediate soluzioni sul punto. Le metodologie basate sull'applicazione di percentuali di redditività prestabilite agli *assets* utilizzati (come nel caso del metodo del TNMM¹⁶⁰ per le entità o le stabili organizzazioni a basso rischio)

¹⁵⁸ Queste strategie possono comprendere, *inter alia*, (i) l'utilizzo di una entità controllata o di una stabile organizzazione per svolgere attività di *marketing* e supporto tecnico, (ii) una ridotta capitalizzazione dell'entità controllata tale che quest'ultima non sia in grado – da un punto di vista finanziario – di sopportare i rischi potenzialmente assegnabili (iii) una (presunta) separazione tra le attività relative al magazzino e quelle legate all'effettuazione dell'ordine tramite modalità *online*.

¹⁵⁹ A.S. Samari, "Digital Economy and Profit Allocation...", *cit.*, in *International Transfer Pricing Journal*, (Vol. 26) No. 1, 2019.

¹⁶⁰ Il metodo basato sul margine netto della transazione, il c.d. "Transactional Net Margin Method", esamina il margine di utile netto relativo ad una base quantitativa adeguata (ad esempio costi, vendite, attivi) che un'impresa realizza da una transazione controllata. Ciò implica che il margine netto dell'impresa, derivante da una transazione controllata, venga determinato con riferimento al margine netto che la stessa impresa realizzerebbe in transazioni comparabili effettuate sul libero mercato (c.d. "confronto interno") e, se ciò non risultasse possibile, avendo riguardo al margine netto realizzato in transazioni simili da un'impresa indipendente (c.d. "confronto esterno"). Sul punto si veda OCSE, "Transfer Pricing Guidelines...", *cit.*, 2017. In dottrina, P. Valente, "Manuale del Transfer Pricing", IPSOA, 2018.

risultano inappropriate¹⁶¹ per i modelli di *business* dell'economia digitale, mentre i modelli alternativi proposti in sede di *Action 1* non paiono concretamente praticabili¹⁶².

Da ultimo, si prende atto che la Proposta di Direttiva non sembra aver tenuto debitamente in considerazione talune indicazioni rilevanti emerse in seno ai principali attori dei nuovi modelli di impresa digitale per ciò che attiene ai profili determinativi della “*presenza digitale significativa*”¹⁶³. In tal senso, non si scorgono adeguate considerazioni attinenti alla possibilità di ripartire/attribuire le perdite maturate dalla “*presenza digitale significativa*” nel corso dello sviluppo dell'attività internazionale. Il punto sollevato – e non ripreso né nella Proposta di Direttiva né tanto meno nella Relazione – attiene al fatto che i profili determinativi della “*presenza digitale significativa*” dovrebbero prestare la dovuta attenzione non solo agli aspetti relativi agli utili, ma anche (ove ricorrenti) a quelli delle perdite, imponendo una valutazione più ampia sull'operato globale di tali soggetti.

A questo punto, attestata la non esaustività della Proposta di Direttiva in materia di determinazione della base imponibile alla stabile organizzazione digitale, v'è da chiedersi se non valga la pena cogliere l'opportunità di perseguire la strada, impervia, di ipotizzare una modifica del paradigma impositivo ampliando il punto di osservazione rispetto a quello della mera individuazione di una “*presenza digitale significativa*” a cui allocare un utile. Si allude, in particolare, a quanto proposto in sede comunitaria di addivenire ad una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (la c.d. “**CCCTB**”)¹⁶⁴. La proposta è sicuramente quanto di meglio ipotizzabile per intercettare la creazione di valore all'interno dei modelli dell'economia digitale ed è ritenuta dalla

¹⁶¹ Cfr. Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018.

¹⁶² Il riferimento è ai parr. 7.6.2.2. e 7.6.2.3. dell'*Action 1* con particolare riferimento ai metodi del “*fractional apportionment*” e del “*modified deemed profit*”. Il “*fractional apportionment*” prevede la ripartizione dei profitti dell'intera impresa sulla base di una formula predefinita o, alternativamente, di alcune variabili determinate, di volta in volta, a seconda della fattispecie oggetto di indagine. Tale modalità di ripartizione dell'utile d'impresa si compone di tre *step* separati: (1) la definizione della *tax base* da allocare (2) la determinazione dei fattori di allocazione e (3) la quantificazione del peso da assegnare a ciascuno dei fattori individuati. Seppur in linea di principio possa apparire consequenziale, tale metodologia incontra fin da subito una serie di criticità connesse al fatto che molte legislazioni nazionali prevedono un'imposizione degli utili attribuiti alle stabili organizzazioni sulla base dei valori risultanti dalle relative scritture contabili. L'esito del “*fractional apportionment*” potrebbe condurre a risultati diversi a seconda di come un'attività viene organizzata e svolta in un dato Paese, offrendo la possibilità di porre in essere eventualmente politiche fiscali nella localizzazione dei fattori chiave. In sintesi, seppur funzionale da un punto di vista teorico, il “*fractional apportionment*” risulta contraddistinto da alcune limitazioni e criticità rilevanti (anche sotto un profilo antielusivo) che ne limitano l'applicazione operativa. Il “*modified deemed profit*” è, invece, una metodo di attribuzione degli utili su base presuntiva che non tiene in considerazione, in linea di principio, gli utili effettivamente conseguiti dalla stabile organizzazione quali risultanti dalle scritture contabili. La metodologia si basa sul determinare l'utile della stabile organizzazione sulla base del rapporto tra i costi e le spese presunte sostenute dalla stabile organizzazione ed i ricavi effettivi derivanti dalle transazioni concluse nel Paese di riferimento. Tale rapporto deve essere altresì determinato avendo riguardo ad una serie di fattori quali, ad esempio, l'industria di riferimento, il grado di integrazione dell'impresa, la tipologia di prodotto venduto o di servizio fornito. Il “*modified deemed profit*” porta con sé diverse criticità applicative nel caso di Gruppi multinazionali operanti in molteplici settori tramite strutture organizzative complesse. La controindicazione più evidente del metodo deriva dal fatto che, basandosi su fattori presunti, potrebbe far emergere un reddito imponibile a fronte di utili non effettivamente conseguiti dalle singole entità del Gruppo, ponendosi così in aperto contrasto con il principio di capacità contributiva (conseguenza per certi versi paradossale e sicuramente da evitare).

¹⁶³ Si vedano i commenti ricevuti a valle della “*request for input*” promossa dalla *Task Force on the Digital Economy* da *Bla Bla Car*, la più grande piattaforma per il *carpooling* al mondo, e da *Spotify*, leader nello *streaming* musicale con oltre 87 milioni di *subscribers* e 78 mercati serviti.

¹⁶⁴ In tal senso, il Consiglio dell'Unione Europea sta lavorando ad una iniziativa legislativa volta a creare una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società nell'UE. L'iniziativa si compone della Proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea COM(2016)685 *final*, “*Common Corporate Tax Base*” (di seguito, “**CCTB**”), 25 ottobre 2016 e della Proposta di Direttiva del Consiglio dell'Unione Europea COM(2016) 683 *final*, “*Common Consolidated Corporate Tax Base*” (di seguito, “**CCCTB**”), 25 ottobre 2016. L'obiettivo della Direttiva CCTB è di stabilire un insieme unico di norme per il calcolo della base imponibile per l'imposta sulle società nell'Unione Europea mentre la Direttiva CCCTB stabilisce le norme tecniche per il consolidamento degli utili e la ripartizione della base consolidata tra gli Stati Membri coinvolti.

Commissione Europea¹⁶⁵ una delle possibili soluzioni per l'imposizione delle attività digitali. Un modello impositivo globale basato su attività, lavoro e fatturato – come quello proposto dalla CCCTB – dovrebbe tener conto maggiormente del luogo in cui viene creato il valore e conseguentemente da assoggettare ad imposizione. Pur condividendo quanto ritenuto in sede UE¹⁶⁶, la Proposta di Direttiva resta connotata da una serie di criticità che la rendono, allo stato attuale, di difficile attuazione. Si pensi, ad esempio, al fatto che avrebbe un ambito di applicazione limitato (coinvolgendo unicamente le grandi società multinazionali) e che le regole per l'attribuzione degli utili dovrebbero essere adeguatamente riconsiderate in relazione alle attività digitali¹⁶⁷. Su quest'ultimo aspetto, devono essere considerate con un certo favore, le ulteriori modifiche attese alla CCCTB – già anticipate da Assonime¹⁶⁸ – che dovrebbero garantire adeguata rilevanza a nuovi fattori immateriali (come i c.d. “*Big Data*”) in aggiunta a quelli classici quali i ricavi, il costo del personale e gli *asset* materiali.

3.2. Sull'adeguatezza dei profili determinativi contenuti nella Proposta di Direttiva COM(2018)147 final – l'esperienza degli altri Paesi¹⁶⁹

Sulla spinta dell'identificazione dei “*direct tax challenges*” all'interno dell'*Action 1*, diversi Paesi (Europei e non) hanno adottato una serie di misure di politica fiscale rilevanti per i temi dell'economia digitale. Tali misure, la cui valutazione esula dal presente elaborato, sono circoscrivibili principalmente alle seguenti: “(i) *alternative applications of the PE thresholds*; (ii) *withholding taxes*; (iii) *turnover taxes and (iv) specific regime to deal with large MNEs*”.

Seppur le suddette misure si confrontano, direttamente o indirettamente, con la problematica dell'attribuzione degli utili alla “*presenza digitale significativa*”, non giungono a soluzioni particolarmente innovative quanto agli aspetti implementativi e determinativi. Ad esempio, nell'ambito di cui al punto (i) che precede, il contesto legislativo e di prassi adottato da Israele¹⁷⁰ prevede l'attribuzione degli utili alla “*presenza digitale significativa*” secondo regole genericamente basate sull'*arm lenght principle* e sull'analisi delle funzioni svolte, degli *assets* impiegati e dei rischi assunti. Mentre, nel caso dell'India¹⁷¹, la legislazione locale si limita ad indicare che la “*tax base*” della “*presenza digitale significativa*” debba riferirsi agli utili attribuibili alle transazioni e/o agli utenti connessi alla “*presenza digitale significativa*”.

Con riferimento alle misure di cui ai punti (ii) e (iii), diversi Paesi (tra cui anche l'Italia¹⁷²) stanno guardando ad esse quali soluzioni alternative in grado di eludere la problematica relativa ai profili determinativi. In quanto misure basate sull'imposizione dei ricavi rinvenienti da determinate attività

¹⁶⁵ Commissione Europea, Comunicazione COM(2017)547 final, “*A Fair and Efficient Tax System...*”, cit., 21 settembre 2017 e Commissione Europea, Comunicazione COM(2015)302 final, “*Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*”, 17 giugno 2015. Per una disamina delle Proposte di Direttiva per una base imponibile comune si vedano la Proposta di Direttiva COM(2016) 685 final, “*CCTB*”, cit., 25 ottobre 2016 e la Proposta di Direttiva COM(2016) 683 final, “*CCCTB*”, cit., 25 ottobre 2016 e il Documento di Ricerca della Fondazione Nazionale dei Commercialisti, “*L'imposta societaria nella UE – Il Framework normativo per una tax good governance*” del 26 ottobre 2018.

¹⁶⁶ Ovvero che la CCCTB rappresenti la “*la soluzione ottimale per garantire una tassazione societaria più equa ed efficiente nell'UE*”, cfr. Relazione alla Proposta di Direttiva COM(2018)147 final.

¹⁶⁷ L'ambito di applicazione delle Proposte dovrebbe riguardare i soli Gruppi di imprese con un fatturato consolidato superiore a € 750 milioni nell'esercizio finanziario.

¹⁶⁸ Cfr. Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018.

¹⁶⁹ Il presente paragrafo si basa sulle risultanze emerse in occasione dell'*Interim Report 2018 – Tax Challenges Arising from Digitalisation*.

¹⁷⁰ La posizione israeliana è corroborata anche dall'interpretazione fornita dell'Amministrazione finanziaria locale nella Circolare n. 04/2016 dell'11 aprile 2016.

¹⁷¹ OCSE, “*Tax Challenges Arising from Digitalisation...*”, cit., 2018., Box 4.2..

¹⁷² Sul punto si rimanda al Capitolo VI del presente Volume.

digitali¹⁷³, prescindono, infatti, dall'identificazione di una “*presenza digitale significativa*” e conseguentemente dall'identificazione di criteri di attribuzione degli utili alla stessa.

Per quanto attiene i regimi richiamati al punto (iv), si citano le norme antielusive volte a contrastare l'erosione della base imponibile adottate in altri Paesi (UE ed Extra UE) (e.g. la “*Diverted Profits Tax*” implementata nel Regno Unito, la “*Multinational Anti-Avoidance Law*” e la “*Diverted Profits Tax*” australiana e la “*Base Erosion and Anti-Abuse Tax*” americana) che - seppur non direttamente collegate con l'imposizione delle imprese digitali – hanno la finalità di evitare forme di erosione della base imponibile da parte delle grandi multinazionali, ivi incluse quelle della *digital economy*. Tali regimi si basano essenzialmente su un regime di collaborazione tra Amministrazione e contribuente, volto ad incrementare il livello di *compliance* delle entità multinazionali, e non hanno una valenza precettiva universale.

In senso opposto rispetto alle spinte riformistiche della Commissione Europea in tema di *digital economy*, l'esperienza americana porta con sé anche l'introduzione dell'istituto del *General Intangibles Low Tax Income* (il c.d. “**GILTI**”) secondo il quale tutti gli utili realizzati in Paesi diversi dagli Stati Uniti che eccedono la remunerazione delle attività routinarie ivi svolte, sarebbero da riferirsi agli *intangibles* e da ricondurre ad imposizione negli Stati Uniti presso la capogruppo¹⁷⁴.

3.3. Note conclusive

La determinazione di una equa e soddisfacente imposizione della ricchezza globalmente generata dagli attori operanti nell'economia digitale su base multinazionale è tema di grande rilevanza ed attualità nell'odierno scenario politico ed economico¹⁷⁵.

I modelli d'impresa attraverso cui operano e creano valore le imprese digitali hanno, infatti, fin da subito mostrato l'inadeguatezza degli strumenti impositivi ordinari – tradizionalmente basati sull'esistenza di una “*presenza fisica*” stabile e di un criterio di allocazione degli utili alla stessa riferibili – ad individuare un presupposto impositivo, un criterio di applicazione dell'imposta, ma soprattutto una chiave di ripartizione secondo criteri convincenti della potestà impositiva tra i diversi Paesi coinvolti dalle attività digitali¹⁷⁶. Infatti, gli ordinamenti fiscali internazionali sono stati in origine pensati, e successivamente sviluppati, avendo quale riferimento attività imprenditoriali basate sullo scambio fisico di beni e prestazione di servizi svolte in *loco*.

L'imposizione degli utili nel territorio in cui sono generati costituisce un principio impositivo cardine riconosciuto a livello internazionale che, nell'odierno contesto economico digitale, le norme fiscali dei singoli ordinamenti non riescono più a mettere in atto in modo adeguato¹⁷⁷. Nel mondo digitale

¹⁷³ Si veda anche la misura introdotta dall'India come “*equalisation levy*” relativa ai servizi di pubblicità *online*, quella introdotta dall'Ungheria in tema di “*advertisement time or space*” e quella introdotta dalla Francia sull' “*online and physical distribution of audio visual content*” (la c.d. “*YouTube tax*”).

¹⁷⁴ Assonime, “*Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale...*”, cit., in *Consultazioni*, n. 6/2018 definisce l'istituto del GILTI come una sorta di “*super-CFC*”.

¹⁷⁵ Tra queste, si vedano, da ultimo, le discussioni in sede di Consiglio ECOFIN del 4 dicembre 2018 e la procedura pubblica di consultazione nazionale indetta il 16 maggio 2018 dal MEF – Dipartimento delle Finanze riguardante il pacchetto di proposte della Commissione Europea per la tassazione dell'economia digitale. Sul tema, inoltre, si vedano Assonime, “*Prime considerazioni sulla web tax “transitoria”*”, Circolare n. 21, 4 agosto 2017; Assonime, “*Il vero interrogativo...*”, cit., *Position Paper*, n. 1/2018; Assonime, “*Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale...*”, cit., in *Consultazioni*, n. 6/2018; Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018.

¹⁷⁶ Cfr. Assonime, “*Il vero interrogativo...*”, cit., *Position Paper*, n. 1/2018. In tale sede è stata sollevata la questione che il problema non è solo quello di individuare “cosa tassare” né “come tassarlo” quanto piuttosto “chi può tassare”. Tale approccio è stato ribadito e successivamente ampliato da Assonime, “*Risposta alla procedura...*”, cit., in *Consultazioni*, n. 6/2018 dove si è evidenziato come: “*la sfida non è solo come riuscire a tassare i profitti di questi grandi gruppi che finora erano in gran parte considerati “apolidi” e non tassati; ma stabilire chi debba farlo e in che misura*” (sottolineatura aggiunta).

¹⁷⁷ Commissione Europea, Comunicazione COM(2018)146 final, “*Time to establish...*”, cit., 21 marzo 2018 e Commissione Europea, Comunicazione COM(2017)547 final, “*A Fair and Efficient Tax System...*”, cit., 21 settembre

non è, infatti, facilmente individuabile quale sia il valore, dove venga creato e come debba essere misurato.

La necessità di limitare i contesti di non coincidenza tra luogo in cui l'impresa digitale crea valore e luogo in cui i conseguenti redditi sono attratti ad imposizione, rende necessaria una revisione a livello internazionale dei vigenti regimi impositivi con il fine di adeguarli alle attività digitali transfrontaliere che sono caratterizzate dall'assenza di una presenza fisica, a vantaggio di rilevanti *intangibile* rappresentati da contenuti digitali generati dai clienti e dalla capacità dell'impresa digitale di raccogliere, conservare e processare i dati raccolti.

La Proposta di Direttiva è da accogliere con favore in quanto compie un primo passo verso l'individuazione e l'analisi della problematica principale, ovvero l'inadeguatezza delle ordinarie regole in materia di prezzi di trasferimento ad assicurare una convincente allocazione, tra i vari Paesi, dei profitti generati dalle imprese con *business* digitali multinazionali.

Essa si limita però ad offrire indicazioni generiche, mancando di completezza quanto ai profili determinativi.

Pur individuando le attività economicamente rilevanti e le potenziali chiavi di allocazione alla base del metodo di ripartizione degli utili, la Proposta di Direttiva enuncia principi la cui implementazione non potrebbe essere *sic et simpliciter* demandata in alcun modo agli operatori economici.

I modelli di *business* con cui si crea valore all'interno dell'economia digitale sono, infatti, molteplici e questo aspetto richiede l'individuazione di regole specifiche.

L'esperienza degli altri Paesi (in particolare Extra UE) sul punto, ci induce, inoltre, a ritenere che il tema relativo all'attribuzione degli utili alla "*presenza digitale significativa*" risulta lungi dall'essere stato adeguatamente considerato e declinato, anche in contesti ove sono state implementate misure fiscali similari a quella oggetto della Proposta di Direttiva.

Al contempo, vi sono evidenze di soluzioni *ad interim* connotate da minori criticità pratiche, ma che non si configurano come soluzioni di sistema.

Una valida soluzione alternativa a quella della Proposta di Direttiva in esame, potrebbe rinvenirsi nell'ambito della Proposta Europea della CCCTB che, seppur di non immediata implementazione, pare utopisticamente rappresentare una delle soluzioni più convincenti a disciplinare l'imposizione dell'economia digitale all'interno dell'Unione Europea.

Va da sé, però, che il tema ha assunto una dimensione e rilevanza tale per cui, le soluzioni non possono che essere concertate a più ampio raggio e non solamente Europeo.

4. Limiti di operatività esterna della disciplina sulla stabile organizzazione digitale proposta dall'UE

Nei precedenti paragrafi sono state già esposte le principali criticità relative all'individuazione della stabile organizzazione digitale e alla determinazione del relativo reddito. In questo paragrafo, invece, si intendono brevemente delineare i principali scenari potenzialmente configurabili in caso di implementazione della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* per mettere in evidenza come alcune problematiche di coerenza esterna potrebbero finire con il frustrarne l'efficacia.

Come ampiamente esposto in precedenza¹⁷⁸, il problema relativo alla tassazione di un soggetto che realizza ricchezza in uno Stato (*i.e.* Stato della fonte) diverso da quello della propria residenza fiscale è stato risolto a livello internazionale dall'OCSE con la creazione, nelle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, della "*stabile organizzazione*", concetto che correla la potestà impositiva dello Stato della fonte al solo caso in cui il soggetto non residente in detto Stato vi operi attraverso una presenza fisica. Al fine di superare il limite "fisico" di tale nozione così da imbrigliare nelle maglie della tassazione anche la *digital*

2017. In particolare nella Comunicazione COM(2017) 547 *final*, la Commissione Europea ha esortato l'Unione Europea ad adottare una posizione forte ed ambiziosa sui temi della tassazione dell'economia digitale.

¹⁷⁸ Cfr. Capitolo IV, par. 2.

economy, la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* introduce una nozione di stabile organizzazione “digitale” che, come già evidenziato¹⁷⁹, forgia un criterio di collegamento territoriale del tutto nuovo e proprio delle sole *digital companies*. Al riguardo, giova ricordare in questa sede che la Proposta di Direttiva in esame prevede, infatti, non solo specifiche disposizioni relative alla qualificazione della stabile organizzazione digitale ma anche specifici criteri di determinazione del relativo reddito imponibile e, conseguentemente, di allocazione di tale reddito tra i diversi Stati.

Tuttavia, come sottolineato nei paragrafi precedenti¹⁸⁰, pretendere di innovare una soluzione raggiunta a livello internazionale – quale è quella della stabile organizzazione “convenzionale” – con una iniziativa unilaterale e non previamente condivisa a livello internazionale – quale è quella della stabile organizzazione digitale in esame – senza modificare le Convenzioni contro la doppia imposizione esistenti non può che rendere la Proposta in esame un mero esercizio di stile con evidenti limiti applicativi.

Tali limiti emergono con prepotenza se si analizzano i possibili scenari, ricavabili dall’art. 2 della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*, in cui la Direttiva in esame dovrebbe dispiegare i suoi effetti. Infatti, come diffusamente illustrato in precedenza¹⁸¹, se per effetto del par. 1 della menzionata disposizione, la Direttiva sembra interessare le entità operanti nella *digital economy* ovunque residenti ai fini fiscali, il successivo par. 2, invece, ne ristabilisce i confini operativi, prevedendo, nel caso di entità residenti ai fini fiscali in Paesi terzi con cui un determinato Stato Membro ha stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione, l’applicazione della Direttiva solo se tale Convenzione include una nozione di stabile organizzazione digitale simile a quella contenuta nella Proposta oggetto del presente contributo.

A ben vedere, dunque, la normativa sulla stabile organizzazione digitale contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* interesserebbe soltanto le entità che svolgono attività digitali:

- all’interno dell’Unione Europea;
- tra uno Stato Membro ed uno Stato terzo con cui il primo non ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni;
- tra uno Stato Membro UE ed uno Stato terzo con cui il primo ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni contenente una nozione di stabile organizzazione digitale simile a quella contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*. Tuttavia, tale scenario risulta al momento solo vagamente immaginabile dato che allo stato nessuna Convenzione contro le doppie imposizioni contiene una previsione simile¹⁸².

Nel prosieguo si avrà modo di evidenziare, con riguardo ai principali scenari potenzialmente configurabili, le criticità applicative che la nozione di stabile organizzazione digitale in esame, una volta introdotta nell’ordinamento italiano, potrebbe evidenziare specialmente alla luce dei vincoli derivanti dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni e dall’ordinamento comunitario.

4.1. Scenario *intra* UE

¹⁷⁹ Cfr. Capitolo IV, par. 2.

¹⁸⁰ Cfr. Capitolo IV, par. 2.

¹⁸¹ Cfr. Capitolo III, par. 1.2.

¹⁸² Del tutto peculiare appare la situazione dell’India che con la Legge di bilancio 2018 ha innovato la disciplina della stabile organizzazione ricostruendola intorno alla figura della “*significativa presenza economica*” con il chiaro obiettivo di ricomprendervi le attività in senso lato digitali. In questo caso emergerebbe un conflitto fra la disciplina pattizia – ispirata al Modello OCSE tradizionale - che non include questa estensione del concetto di stabile organizzazione e la disciplina interna che invece lo prevede e che sarebbe in qualche misura coerente con la Proposta UE in commento. Il prevalere della norma indiana interna – quantomeno nei rapporti con Paesi UE – avrebbe in questo caso una qualche legittimazione pur risolvendosi, in ogni caso, in una forma tipica di “*tax treaty overriding*”. Sul punto vedi F. Ciani – A. Lanotte, “*L’economia digitale e l’azione del progetto BEPS. La stabile organizzazione «virtuale» e il commercio elettronico: introduzione del concetto di «significativa presenza economica»*”, in *Boll. Trib.*, 2018, pag 1364.

In uno scenario esclusivamente *intra* UE dove un'entità fiscalmente residente in uno Stato Membro (di seguito, “**Stato Membro A**”) svolge attività digitali in Italia, la Direttiva, una volta implementata, troverebbe senza dubbio applicazione alla luce dell'art. 2 della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* e, dunque, al ricorrere dei presupposti elencati dal successivo art. 4 della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*, per tale entità si configurerebbe una stabile organizzazione digitale in Italia. Al riguardo, giova ricordare che - come già in precedenza evidenziato¹⁸³ - la Proposta *de qua*, innovando rispetto a quanto previsto dalle Convenzioni internazionali in materia di stabile organizzazione, stabilisce l'assoggettamento ad imposizione del reddito attribuibile alla stabile organizzazione digitale esclusivamente nello Stato in cui quest'ultima risulta configurabile.

In linea generale l'interazione tra l'ordinamento fiscale dello Stato Membro A (*i.e.* lo Stato della residenza) e l'ordinamento fiscale dell'Italia (*i.e.* lo Stato della fonte), prevedendo criteri di collegamento diversi, darebbe luogo ad una doppia imposizione giuridica dei ricavi attribuibili alla stabile organizzazione digitale. Ed infatti, mentre l'Italia pretenderebbe di tassare l'entità per i redditi prodotti in Italia (*i.e.* quelli attribuibili alla stabile organizzazione digitale presente in Italia), lo Stato Membro A comunque pretenderebbe di tassare l'entità in relazione a tutti i redditi ovunque prodotti da quest'ultima (compresi quelli attribuibili alla stabile organizzazione digitale).

In tale scenario, a seconda di come la Proposta di Direttiva in esame verrà implementata in Italia, ci si potrebbe trovare dinanzi alla coesistenza di norme che prevedono due distinti criteri di ripartizione della potestà impositiva tra lo Stato Membro A e l'Italia. In particolare, da un lato, le norme che recepiscono la Convenzione bilaterale tra lo Stato Membro A e l'Italia riconoscerebbero la potestà impositiva esclusiva allo Stato Membro A dal momento che, secondo tali norme, non sarebbe configurabile in Italia alcuna stabile organizzazione come definita dalla Convenzione¹⁸⁴; mentre, dall'altro lato, le norme interne che implementano la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* riconoscerebbero la potestà impositiva esclusiva (e non concorrente come avverrebbe in presenza di una stabile organizzazione convenzionale) all'Italia in virtù della sussistenza della stabile organizzazione digitale¹⁸⁵.

Peraltro, la criticità sopra illustrata assumerebbe ancor più rilevanza nel caso dell'Italia se si considera che nell'ambito dell'ordinamento italiano il principio della prevalenza del diritto convenzionale è sancito dall'art. 75 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, ai sensi del quale “*nell'applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi, sono fatti salvi accordi internazionali resi esecutivi in Italia*” e dall'art. 169 del TUIR secondo cui le disposizioni ivi contenute “*si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione*”, implicitamente consente l'applicazione delle disposizioni contenute nelle Convenzioni laddove queste ultime siano più favorevoli rispetto a quelle del TUIR.

Chiaramente, laddove fosse possibile per il contribuente scegliere tra le summenzionate norme l'applicazione della norma a lui più favorevole in termini di convenienza fiscale (norma convenzionale o norma che implementa la Direttiva in esame), l'efficacia della Direttiva *de qua* verrebbe irrimediabilmente inficiata. In tal caso, infatti, il contribuente sceglierebbe di applicare la norma che implementa la Proposta in esame soltanto

¹⁸³ Cfr. Capitolo IV, par. 2.

¹⁸⁴ Tutte le Convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti sono ancorate ad una nozione obsoleta di stabile organizzazione che non contempla la fattispecie della stabile organizzazione digitale. Nello specifico, tali convenzioni si ispirano, principalmente, al Modello di Convenzione elaborato in sede OCSE (“**Modello OCSE**”) il cui art. 7, comma 1, stabilisce che i redditi di una impresa residente in uno Stato contraente sono imponibili *soltanto* in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. In tale ultimo caso, la medesima disposizione stabilisce che i redditi dell'impresa possono essere assoggettati a tassazione nell'altro Stato ma soltanto nella misura in cui detti redditi sono attribuibili alla stabile organizzazione. I criteri per verificare la sussistenza o meno di una stabile organizzazione sono dettati dall'art. 5 del Modello OCSE, il quale allo stato non ricomprende l'elemento della presenza digitale significativa.

¹⁸⁵ Sul punto giova ricordare che l'art. 5, par. 1, della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* stabilisce che i redditi attribuibili ad una presenza digitale significativa in uno Stato Membro devono essere assoggettati a tassazione esclusivamente in detto Stato Membro.

laddove lo Stato Membro in cui si configura una stabile organizzazione digitale prevedesse una tassazione sui redditi inferiore rispetto a quella prevista nello Stato Membro di residenza.

Che il rischio di incentivare nuove pianificazioni fiscali aggressive non sia così remoto sembra peraltro essere confermato dall'*Explanatory Memorandum* alla Proposta di Direttiva il quale, proprio al fine di impedire il ricorso alle Convenzioni bilaterali esistenti, tiene a precisare che la Direttiva “*una volta recepita nella legislazione nazionale degli Stati Membri, si applicherà alle attività digitali transfrontaliere poste in essere all'interno dell'Unione, anche se le applicabili convenzioni contro la doppia imposizione tra gli Stati Membri non sono state modificate di conseguenza*”.

È dunque proprio alla luce di questo quadro normativo complesso che si pone la necessità di comprendere, con specifico riferimento alla normativa italiana, il rapporto intercorrente tra le norme che introducono nell'ordinamento interno le Convenzioni contro le doppie imposizioni e la normativa interna che implementerebbe la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*.

In generale, *il procedimento adottato per l'adattamento del diritto interno al diritto delle Convenzioni contro le doppie imposizioni* è quello speciale che si concretizza nella produzione di un atto normativo contenente la ratifica della Convenzione e l'ordine di esecuzione, con il richiamo per *relationem* alla Convenzione. Trattandosi di legge ordinaria, il rango delle norme prodotte mediante l'ordine di esecuzione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni è di pari grado, con riguardo alla gerarchia delle norme dell'ordinamento interno, rispetto alle norme interne emanate con atto legislativo della medesima natura.

Invece, *il procedimento generalmente adottato per l'adattamento del diritto interno agli atti dell'UE non completi (quali sono le Direttive UE)* è quello ordinario che consiste nella produzione delle specifiche norme interne necessarie per dare attuazione alle disposizioni dettate dagli atti dell'UE. Tali norme, come quelle previste per il recepimento delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, hanno forza e valore di leggi ordinarie.

Peraltro, le modifiche apportate dalla L. 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge Loggia) all'art. 117, comma 1, della Costituzione sembra abbiano conferito una forza superiore rispetto a quella della legge ordinaria sia alle norme che recepiscono le Direttive dell'UE quanto alle norme che introducono nel nostro ordinamento le Convenzioni contro le doppie imposizioni. Al riguardo si osserva, infatti, che l'art. 117, comma 1, della Costituzione vincola la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto, *inter alia*, dei “*vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”. Tutto quanto sopra dunque sembrerebbe far propendere per la eguaglianza, in termini di forza e valore legali, delle norme che introducono nel nostro ordinamento le Convenzioni internazionali e di quelle che implementano nell'ordinamento interno le Direttive UE.

In caso di conflitto tra norme interne di pari rango che regolano la stessa materia, il conflitto è in generale risolto mediante il ricorso al criterio *lex posterior derogat legi priori* di cui all'art. 15 delle Preleggi¹⁸⁶. Tuttavia, con specifico riferimento alle norme che introducono nel nostro ordinamento le Convenzioni contro le doppie imposizioni, la giurisprudenza di legittimità si è espressa in più occasioni a favore della supremazia della norma pattizia rispetto a quella di diritto interno. In particolare, con riguardo alla Convenzione contro la doppia imposizione stipulata tra l'Italia e l'Irlanda “*ratificata e resa esecutiva con L. 9 ottobre 1974, n. 583*”, la Corte di Cassazione ha affermato il principio generale per cui tale Convenzione “*per il carattere di specialità del suo ambito di formazione, così come le altre norme internazionali pattizie - prevale sulle corrispondenti*

¹⁸⁶ C. Sacchetto, “*Le fonti del diritto internazionale tributario*”, in *Diritto tributario internazionale* (a cura di V. Uckmar), CEDAM, Milano, 2005, pag. 57.

*norme nazionali, dovendo la potestà legislativa essere esercitata nei vincoli derivanti, tra l'altro, dagli obblighi internazionali (art. 117 Cost., comma 1, nel testo di cui alla L. Cost. 18 ottobre 2001, n. 3, art. 3)*¹⁸⁷.

La specialità delle norme che introducono nell'ordinamento interno le Convenzioni contro le doppie imposizioni rispetto alle norme ordinarie è stata affermata anche da autorevole dottrina che ha rilevato che *“la legge che contiene l'ordine di esecuzione, garantendo l'osservanza delle norme internazionali tributarie pattizie o decisionali, rivela una specialità singolare, un contenuto particolare, perché disciplina una materia più specifica”*¹⁸⁸. Di conseguenza una norma interna prodotta posteriormente in tanto prevarrebbe in quanto esplicitamente proceda al formale ripudio degli impegni assunti con la Convenzione internazionale.

Di tale avviso sembrerebbe anche il Conforti che, in linea con quanto stabilito dalla giurisprudenza *ante* modifica dell'art. 117 sopra menzionato, ritiene necessario *“convincersi del fatto che il trattato, una volta acquistata in qualsiasi modo validità formale all'interno dello Stato, finisce con l'essere sorretto nell'ambito dell'ordinamento interno da una duplice volontà normativa: da un lato la volontà che certi rapporti siano disciplinati così come li disciplina la norma internazionale, dall'altro la volontà che gli impegni assunti verso altri Stati siano rispettati”*¹⁸⁹. Sulla base di ciò – continua il Conforti – occorre *“per far prevalere una legge posteriore, che entrambe le volontà siano annullate; occorre che la norma posteriore riveli non solo e non tanto la volontà di disciplinare in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali già contratti. Ne consegue che una abrogazione o modifica delle norme di adattamento al trattato per semplice incompatibilità con una legge posteriore non è ammissibile”*¹⁹⁰.

Tornando al caso di specie, il conflitto che potrebbe generarsi tra la norma interna che recepisce la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* e la norma che introduce nell'ordinamento interno una Convenzione contro le doppie imposizioni stipulata tra l'Italia e un altro Stato Membro potrebbe essere risolto sulla base di due ragionamenti. In primo luogo, si potrebbe sostenere la prevalenza della norma interna che recepisce la Direttiva in esame sulla norma che introduce una determinata Convenzione tra l'Italia e un altro Stato Membro. Tale ipotesi sarebbe basata sulla considerazione che la prima promana da una Direttiva che racchiude la volontà di tutti gli Stati Membri di disciplinare l'istituto della stabile organizzazione in modo diverso da quanto previsto dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate e di modificare l'impegno internazionale contratto con gli artt. 7 e 5 di tali Convenzioni al ricorrere dei presupposti che configurano la nuova fattispecie di stabile organizzazione digitale. In alternativa, si potrebbe sostenere che, in realtà, nessun conflitto sussiste tra le norme interne che recepiscono la Direttiva *de qua* e le norme che introducono nell'ordinamento interno una Convenzione contro la doppia imposizione in quanto le prime opererebbero nel senso di determinare, insieme con le seconde (le quali contemplanò la nozione ordinaria di stabile organizzazione), una disciplina complessiva e complementare relativa alla stabile organizzazione.

Tale ragionamento rievocerebbe il ragionamento seguito dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 27111 del 28 dicembre 2016 nell'ambito della quale i giudici di legittimità hanno risolto un presunto conflitto tra Direttiva Madre-Figlia e Convenzioni contro le doppie imposizioni, escludendo che il recepimento della

¹⁸⁷ Cass. civ. Sez. V, Sent., (ud. 03-12-2008) 19-01-2009, n. 1138. In aggiunta, si segnala che la specialità delle norme convenzionali rispetto alle norme interne è stata affermata anche dalla giurisprudenza di merito. In tal senso, si veda la Commissione Tributaria Regionale, Milano, Sez. XXXIII, sentenza n. 3174 del 25 maggio 2016 secondo cui *“l'apparente antinomia fra convenzione internazionale e normativa interna può dunque essere risolta in via interpretativa, assumendo il carattere sovraordinato e di specialità della norma della Convenzione [contro la doppia imposizione]. Invero, si deve ritenere che le disposizioni contenute in una convenzione internazionale, in quanto destinate a disciplinare in via esclusiva i rapporti tra i soggetti appartenenti ad uno Stato estero ed i soggetti appartenenti allo Stato italiano, ovvero i rapporti tra uno stato estero e l'Italia, assumano il carattere di specialità e quindi assumano rilievo rispetto alle normative nazionali quali, nella fattispecie, il TUIR”*.

¹⁸⁸ A. Amatucci, *“La normativa comunitaria”*, in *Diritto tributario internazionale* (a cura di V. Uckmar), CEDAM, Milano, 2005, pag. 1172; in senso conforme, si veda anche C. Garbarino, *“Manuale di tassazione internazionale”*, IPSOA, Milano, 2008, pagg. 155 e ss.

¹⁸⁹ Conforti B., *“L'applicazione delle norme internazionali”*, in *Diritto Internazionale, Ed. Scient.*, Napoli, 2006, pag. 293.

¹⁹⁰ Cfr. *supra*.

Direttiva 90/435, come successivamente sostituita e modificata (c.d. “**Madre – Figlia**”) operante in materia di distribuzione dei dividendi potesse produrre il superamento di una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni. Al riguardo, infatti, i Giudici di legittimità, premettendo che “*la direttiva 90/435 (c.d. madre-figlia) - recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. n. 136 del 1993 e l'introduzione del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 27 bis ancorché adottata successivamente alla ratifica della menzionata convenzione italo-francese, non comporta, contrariamente a quanto richiederebbe l'ordinaria regola dell'effetto abrogativo prodotto dalla legge posteriore su quella previgente (lex posterior derogat priori), il superamento della convenzione bilaterale*” hanno chiarito che “*essa opera invece nel senso di determinare, con quest'ultima, una disciplina complessiva e complementare di contrasto della doppia imposizione secondo un regime opzionale di alternatività*”.

4.2. Scenario Stato Membro-Stato Terzo con Convenzione

La Direttiva, una volta implementata, non troverebbe applicazione invece nel caso in cui un'entità fiscalmente residente in uno Stato non appartenente all'UE (es. USA) svolgesse attività digitali in Italia, ossia uno Stato con cui gli USA hanno stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione.

Tale limite operativo della disciplina contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* emerge chiaramente dall'art. 2 della Proposta medesima. Tale previsione infatti stabilisce che, nel caso di entità residenti ai fini fiscali in Paesi terzi con cui un determinato Stato Membro ha stipulato una Convenzione contro la doppia imposizione, la Direttiva si applica solo se tale Convenzione include una nozione di stabile organizzazione digitale simile a quella contenuta nella Proposta oggetto del presente contributo.

Tale scelta, pressoché obbligata, è espressamente spiegata nell'*Explanatory Memorandum* alla Proposta di Direttiva in esame che chiarisce come l'esclusione *de qua* si sia resa necessaria per evitare la violazione di impegni internazionali già contratti con Stati extra UE attraverso la stipula di Convenzioni contro le doppie imposizioni (i quali appunto non prevedono una nozione di stabile organizzazione digitale).

Nel caso di specie, dunque, laddove sussistessero in Italia i presupposti elencati all'art. 4 della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*, la Convenzione contro la doppia imposizione in vigore tra l'Italia e gli USA riconoscerebbe, con riguardo ai redditi d'impresa generati dall'entità in questione, la potestà impositiva esclusiva degli USA (*i.e.* Stato della residenza) essendo detta Convenzione ancorata ad una nozione di stabile organizzazione che non prevede la c.d. presenza digitale significativa.

Da quanto sopra emerge dunque la profonda fragilità della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* la quale, non potendo dispiegare i suoi effetti nelle transazioni digitali transfrontaliere che vedono coinvolti Paesi come gli Stati Uniti e la Cina, non risulta in grado di imbrigliare il cuore pulsante della *digital economy* per scalfirne le relative distorsioni. Peraltro, che il cuore pulsante della *digital economy* sia altrove è riscontrabile anche dal recente *briefing* sulla *corporate taxation of a significant digital presence* pubblicato dal Parlamento Europeo¹⁹¹. Tale documento, infatti, nel rilevare che tra le prime 20 società con la più alta capitalizzazione di mercato rientrano ben nove imprese operanti nella *digital economy*, rimanda alla classifica delle 100 società con la più alta capitalizzazione di mercato stilata da *Bloomberg* e *PricewaterhouseCoopers* al 31 marzo 2017¹⁹² dalla quale è possibile estrapolare un dato ancora più importante, ossia che di tali società sei sono residenti negli USA, due in Cina ed una in Taiwan.

¹⁹¹Parlamento Europeo, EPRS, “*Corporate taxation of a significant digital presence*”, *Briefing*, Dicembre 2018 ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623571/EPRS_BRI\(2018\)623571_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/623571/EPRS_BRI(2018)623571_EN.pdf)).

¹⁹² <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2017-final.pdf>

The risers – the 20 Global Top 100 companies with the largest absolute increase in market cap

Company name	Nationality	Industry	Change in market cap 2016-2017 (\$bn)		Market cap 2017 (\$bn)	Market cap 2016 (\$bn)
1 Apple	United States	Technology	149	25%	754	604
2 Amazon.com	United States	Consumer Services	144	51%	423	280
3 Bank of America	United States	Financials	97	69%	236	140
4 JPMorgan Chase	United States	Financials	96	44%	314	217
5 Samsung Electronics	South Korea	Consumer Goods	93	56%	259	167
6 Facebook	United States	Technology	86	26%	411	325
7 Tencent	China	Technology	80	41%	272	192
8 Charter Communications	United States	Consumer Services	78	345%	101	23
9 Alibaba	China	Consumer Services	73	38%	269	196
10 Microsoft	United States	Technology	72	17%	509	437
11 Alphabet	United States	Technology	62	12%	579	518
12 Berkshire Hathaway	United States	Financials	61	17%	411	350
13 Citigroup	United States	Financials	43	35%	165	123
14 China Construction	China	Financials	41	26%	202	161
15 Johnson & Johnson	United States	Health Care	39	13%	338	298
16 HSBC	United Kingdom	Financials	39	31%	162	123
17 Unitedhealth Group	United States	Health Care	35	29%	158	123
18 Wells Fargo	United States	Financials	34	14%	279	245
19 TSMC	Taiwan	Technology	31	24%	161	130
20 Comcast	United States	Consumer Services	29	19%	178	149

Immagine tratta da: *Global Top 100 Companies by market capitalization - 31 March 2017 update, Bloomberg e PricewaterhouseCoopers, slide 18.*

Si segnala a tal proposito che, al fine di porre rimedio agli evidenti limiti di operatività esterna della Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final*, la Commissione Europea ha emanato la Raccomandazione C(2018)1650 del 21 marzo 2018 con cui ha invitato gli Stati Membri ad inserire la nozione di stabile organizzazione digitale contenuta nella Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* all'interno delle Convenzioni in materia di doppia imposizione concluse con Stati non appartenenti all'UE. Ma risulta evidente come anche la scelta di utilizzare una Raccomandazione, ossia un atto dell'UE non vincolante, per spronare gli Stati Membri ad intervenire su migliaia di Convenzioni bilaterali esistenti non sembra all'altezza della reale sfida posta dall'economia digitale a livello internazionale.

4.3. Scenario Stato Membro-Stato Terzo senza Convenzione

L'unico scenario in cui la Proposta di Direttiva del Consiglio COM(2018)147 *final* sembrerebbe operare senza significative problematiche sembra essere quello in cui un'entità svolge attività digitale tra l'Italia ed uno Stato terzo con cui il primo non ha stipulato una Convenzione contro le doppie imposizioni. In tal caso infatti non si porrebbero le criticità emerse negli scenari sopra menzionati, non potendosi verificare né un'ipotesi di conflitto tra norme interne che introducono nel nostro ordinamento le Convenzioni contro le doppie imposizioni e la norma interna che implementa la Proposta in esame né violazioni di impegni internazionali già contratti in materia. Al riguardo, tuttavia, non si può non rilevare come gli Stati terzi con cui l'Italia non ha stipulato Convenzioni contro la doppia imposizione siano davvero pochi e come, per di più, si tratti di Stati di scarso appeal per lo sviluppo della *digital economy*.

V. Appropriatelyzza della Proposta in sede UE di una *Interim Web Tax*

1. Caratteri introduttivi

La Commissione Europea, come dettagliato nei capitoli che precedono, è intervenuta - con un certo apprezzabile pragmatismo - nel dibattito internazionale in atto in tema di tassazione dell'economia digitale, presentando due distinte Proposte di Direttiva (la **Proposta** COM(2018)147 *final* e la **Proposta** COM(2018)148 *final*), che prevedono, rispettivamente: (i) un **intervento di natura strutturale** relativamente alle regole afferenti l'individuazione e la tassazione della stabile organizzazione, con l'introduzione del concetto di "*presenza digitale significativa*"; (ii) un **intervento di tipo congiunturale e temporaneo**, attraverso l'introduzione di una "**Interim Web Tax**" sui ricavi di taluni servizi digitali da corrispondere nel Paese in cui detti servizi vengono fruiti.

Secondo quanto già si è avuto modo di osservare nei capitoli che precedono, le due Proposte citate sollevano una serie di criticità, la cui comune matrice può essere imputata, in termini del tutto generali, al fatto che il valore generato dai servizi digitali è in massima parte procurato dagli utenti, ossia da coloro (consumatori finali o imprese) che partecipano ad una attività digitale (accedono, navigano e utilizzano interfacce digitali quali siti *web*, *social network* e applicazioni in genere), indipendentemente dal fatto che essi paghino o meno un corrispettivo per accedere all'interfaccia digitale. L'innovatività di una tale prospettiva, che vede l'utente "creare" il valore dei servizi *web* di cui fruisce, altro non è che la naturale conseguenza del fatto che l'economia digitale - e quindi i ricavi dalla stessa promananti - si basa su attività immateriali, costituite *anche* (e, si potrebbe dire, addirittura in misura crescente) dai dati in qualche modo *originati* dagli utenti e da metodi avanzati di raccolta e trattamento dell'insieme di informazioni che il comportamento in rete dell'utente produce. Conseguenza che, sotto il profilo fiscale ed in virtù della "immaterialità" dei servizi forniti, ad assumere rilievo centrale è non tanto l'ubicazione delle strutture fisiche e/o umane dell'impresa fornitrice della prestazione - dedicate alla produzione dei servizi digitali o al mantenimento dell'interfaccia digitale cui accedono gli utenti - quanto invece, paradossalmente, il luogo in cui sono ubicati gli utenti stessi¹⁹³. Rileva, cioè, per utilizzare un linguaggio più proprio dell'IVA che delle imposte sul reddito, "il luogo in cui il servizio è fruito" (che corrisponde, perlopiù, a quello in cui si trova l'utente) piuttosto che quello in cui il prestatore è basato, elemento fondante ai fini dell'imposizione reddituale.

Diviene dunque di imprescindibile importanza delineare criteri comprensibili ed efficaci, che siano idonei da un lato ad individuare il luogo in cui gli utenti sono collocati quando accedono alla (si mettono in collegamento con la) interfaccia digitale; dall'altro a consentire la corretta allocazione territoriale del profitto dell'impresa (in funzione, ad esempio, di parametri quali il numero degli utenti, il grado di intensità e le modalità di accesso alla interfaccia digitale).

Come è facile intuire, la risoluzione delle problematiche cui si è fatto un rapido cenno è di non poco momento, considerate (i) le accentuatamente mutevoli modalità con cui il servizio viene offerto o prestato; (ii) l'estensione geografica del mercato digitale; (iii) l'impressionante numero di utenti che si servono dei servizi *web*; (iv) il conseguente coinvolgimento di interessi politici ed economici "sovrani" degli Stati. Problematiche, queste, la cui complessità è vieppiù accentuata dall'esigenza di predisporre una disciplina normativa in tempi il più possibile brevi, al fine di regolamentare un fenomeno in incessante espansione e porre fine quanto prima alle degenerazioni imputabili al vuoto normativo esistente¹⁹⁴ (di cui peraltro si è dato abbondantemente conto nei capitoli precedenti).

¹⁹³ Cfr. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, "*La fiscalità nell'economia digitale. Problematiche e scenari possibili*", maggio 2018. Anche Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*", cit., Circolare, n.19/2018, pagg. 91-92, sottolinea, con una certa meraviglia, che il *focus* dell'imposta è incentrato sul luogo in cui l'utente attiva il suo mezzo di comunicazione ("*device*") piuttosto che sulla residenza del prestatore del servizio o, al limite, dell'utente stesso.

¹⁹⁴ Se possibile di recente addirittura enfatizzate dalla dichiarazione congiunta di Francia e Germania del 4 dicembre 2018 che, constatata la ritrosia con cui un certo numero di Paesi UE hanno accolto la Proposta della Commissione, hanno lanciato una sorta di *ultimatum* che si traduce: (i) nella proposta di limitare l'applicazione dell'imposta ai soli servizi pubblicitari; (ii) nell'accettazione temporanea di soluzioni anche individuali di singoli Stati Membri; (iii) nell'accettazione della proposta con ambito di applicazione dell'imposta così ridotta entro marzo 2019; (iv) nell'entrata in vigore dell'imposta Comunitaria entro il 1 gennaio 2021.

Le ragioni, dunque, che hanno portato alla pubblicazione delle due Proposte di Direttiva in commento originano dal timore (che si approssima sempre più alla certezza) che la sostenibilità di interi settori del sistema economico tradizionale, a partire da quello finanziario, possa essere in tempi molto rapidi compromessa in modo irrimediabile dai livelli di crescita delle grandi multinazionali digitali, mettendo in pericolo addirittura lo stesso quadro democratico¹⁹⁵.

Ebbene, la Proposta europea COM(2018)148 *final* di una *Interim Web Tax* appare strettamente connessa alla necessità, sopra accennata, di fornire una risposta quanto più immediata e rapida alle criticità di cui si è detto, in attesa del raggiungimento di un'intesa "strutturata" e "strutturale", di sistema, a livello internazionale. È del resto la stessa Commissione ad aver ammesso che la *Interim Web Tax* deve essere considerata come una soluzione **solo temporanea**, se si vuole congiunturale, la cui predisposizione viene a porsi come necessaria a fronte della volontà espressa da più Stati Membri di procedere, altrimenti, per conto proprio, prescindendo da un raccordo di matrice unionale¹⁹⁶. È evidente come una tale deriva sarebbe, probabilmente, la peggiore possibile, posta la compromissione che in tal modo si determinerebbe all'unicità del mercato europeo, dando luogo ad una frammentazione inaccettabile ed incontrovertibile dello stesso¹⁹⁷. Non può non osservarsi quindi come la Proposta della Commissione si venga a collocare in un clima di grave incertezza sul piano internazionale, la cui pubblicazione risulta esser stata occasionata, quanto meno in termini di tempistica, dalla necessità di "prevenire" ed anticipare l'iniziativa – concreta o meramente paventata che sia – di un certo numero di Stati Membri¹⁹⁸.

Dei caratteri peculiari e delle previsioni analitiche della Proposta di Direttiva si è diffusamente dato conto nei capitoli che precedono, cui pertanto si rimanda quanto agli aspetti di maggiore dettaglio. Al fine tuttavia di esaminare in un'ottica critica/costruttiva le connotazioni della Proposta, occorre in questa sede richiamarne alcuni tratti salienti, sì da delinearne le aree di maggiore problematicità teorica ed anche applicativa.

La Proposta, come si diceva, è volta ad introdurre l'**imposta sui servizi digitali** ("**Digital Service Tax**" o, per brevità, "**DST**"), sul presupposto che si tratti di un'imposta indiretta – e non quindi di un'imposta sul reddito – e nell'intesa che sia compatibile, in ossequio alla sua provenienza, con l'IVA, tributo comunitario per eccellenza. La Commissione, conscia della delicatezza di tale questione, appare essere cauta rispetto alla qualificazione della DST, limitandosi a puntualizzare come la stessa sia dotata del potere di proporre una

¹⁹⁵ È quanto evidenziato nell'intervento del Commissario alla concorrenza Margrethe Vestager al *Web Summit* di Lisbona del 7 novembre 2017. Più di recente vedi anche la netta posizione assunta dal Ministro dell'Economia francese B. Le Maire, "*L'urgenza di tassare...*", *cit.*, in *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2018, pag. 32.

¹⁹⁶ Secondo quanto riportato dalla Commissione, sono infatti circa 10 (in particolare, Ungheria, Gran Bretagna, Francia, Germania, Romania, Croazia, Portogallo, Belgio, Repubblica Ceca ed Italia) gli Stati Membri che hanno già implementato, o si accingono a farlo, misure unilaterali di tassazione dei servizi digitali. Fra di essi si colloca, come noto, l'Italia che ha varato un'autonoma forma di imposizione sulle "*prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici*" con l'art. 1, comma 1010 e ss., della L. 27 dicembre 2017, n. 205. Su quest'ultimo punto, vedi i commenti dell'Ufficio Parlamentare di Bilancio, *Flash*, n. 9/2017; T. Di Tanno, "*Così la web tax diventa inutile*", in *Lavoce.info*, 8 gennaio 2018; P. Ludovici, "*Per la digital economy una tassazione concordata a livello internazionale*", in *Quotidiano del Fisco*, del 16 marzo 2018; A. Bisioli – A. Zullo, "*Web tax: una lettura in chiave comunitaria*", in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 1032 e ss. Ma vi è da aggiungere che la Commissione, in un separato documento denominato "*Impact Assessment*" [SWD(2018)81 *final* del 21 marzo 2018, pagg. 53-55] presenta una tabella riepilogativa delle iniziative già assunte od in corso che coinvolgono non solo i detti 10 Stati Membri ma anche India, Canada, Brasile e - udite, udite - Stati Uniti cui viene attribuita una "*Levy on access to digital content and streaming services*".

¹⁹⁷ Commissione Europea, "*Time to establish...*", *cit.*, Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, COM(2018)146 *final*, 21 marzo 2018 ove si precisa infatti che "*A multiplicity of different approaches to the taxation of the digital economy risks further fragmenting the EU single market, creating additional barriers and legal uncertainty for companies and distorting competition in the Single Market. It may also result in the creation of new loopholes that could facilitate tax avoidance. All of this would be damaging for EU competitiveness and tax fairness*".

¹⁹⁸ Timori, purtroppo, confermati nelle fasi che hanno seguito la pubblicazione della proposta e che hanno spinto il Presidente (austriaco) del Consiglio Europeo, Hartwig Loger, ad avanzare addirittura una proposta di compromesso il 29 novembre scorso (identificabile così: 7420/18 FISC 151 Ecofin 277 DIGIT 48 IA 78). Essa contiene una scrematura nella previsione delle prestazioni tassabili ed alcune semplificazioni di ordine amministrativo. Pospone, altresì, i termini di applicazione del nuovo regime al 1 gennaio 2022. Il successivo comunicato stampa circa gli esiti della riunione n. 3659 del Consiglio – emanato il 4 dicembre 2018 – dà conto, però, che la proposta compromissoria non è stata accettata.

soluzione fra quelle previste ai sensi dell'art. 113 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (di seguito, “TFUE”) posto, in ogni caso, che sia il Consiglio ad essere investito del potere di implementare misure volte all'armonizzazione della legislazione degli Stati Membri ad altri tipi di imposte indirette¹⁹⁹, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale europeo.

Tanto osservato in termini preliminari, la DST, vuoi per la sua spiccata peculiarità, vuoi per la presunta emergenzialità che la connota, si configura come imposta “ibrida” (non è un'imposta sul reddito; non lo è sui consumi; è un'imposta temporanea anche se non ne è definita la scadenza; è, forse, un'imposta sostitutiva. Ma di che cosa?)²⁰⁰. Tale circostanza emerge con evidenza sol che si ponga attenzione al suo **ambito di applicazione**, rappresentato esclusivamente da quei servizi digitali nei quali assume preminenza il ruolo svolto dall'utilizzatore (il c.d. “*user value creation*”). Servizi digitali che diverranno, peraltro, concretamente imponibili solo nella misura in cui – come descritto nelle pagine che precedono e come si approfondirà in quelle che seguono – vengano soddisfatte determinate soglie dimensionali in capo ai soggetti tassabili. Il presupposto dell'imposta proposta dalla Commissione, dunque, è individuato non guardando (o, almeno, non tanto guardando) all'attività svolta dal soggetto passivo d'imposta, quanto piuttosto a ciò che lo circonda e lo valorizza, ovvero al ruolo assunto dall'utilizzatore²⁰¹.

2. I soggetti passivi dell'imposta

Osservato quanto precede in merito alla individuazione del presupposto di applicazione della DST, occorre procedere all'identificazione del **soggetto passivo d'imposta** (c.d. “*Taxable Person*”). In primo luogo, rileva evidenziare come il par. 1 dell'art. 10, a tal proposito, imponga ad ogni *Taxable Person* di autodenunciarsi come soggetto tassabile ai sensi della DST, identificandosi presso l'autorità nazionale in cui opera per la prima volta (par. 2). Coerentemente con l'immaterialità che connota i servizi digitali, non assume quindi rilevanza l'individuazione della residenza fiscale o della nazionalità del prestatore del servizio; non rileva, in altri termini, la localizzazione dell'impresa in questione, o del Gruppo operante, che può, infatti, essere istituita in un Paese extra-europeo, e finanche esercitare la propria attività senza alcun contatto fisico (o materiale) con il territorio dell'Unione²⁰². Ciò detto, ai fini dell'applicazione della DST, è richiesta, come si diceva, l'integrazione di una doppia soglia dimensionale. Più in particolare, in capo al prestatore del servizio digitale considerato devono essere verificati: (i) un fatturato mondiale annuo superiore a € 750 milioni e (ii) un fatturato derivante dai *Taxable Services* (quelli cioè considerati tali in base alla Proposta), realizzato nei vari Stati Membri dell'Unione, superiore a € 50 milioni. Occorre riferire i motivi che hanno spinto la Commissione UE a fissare una soglia tanto elevata alla volontà di sottoporre ad imposizione – così come ai molteplici adempimenti di carattere procedurale che ne derivano – esclusivamente quelle imprese che, proprio grazie ed in virtù della loro dimensione, possono fare affidamento su una discreta organizzazione interna ed operare in una prospettiva internazionale, in tal modo gestendo, ragionevolmente, un ammontare di dati consistente. Tali caratteristiche, infatti, si presuppongono le rendano potenzialmente idonee a “sfruttare”, per così dire, le interazioni originate dal rilevante numero di dati cui hanno accesso, potendo conseguentemente tramutare in valore, appropriandosene od asservendole, le attività diciamo così “di consumo” svolte dagli utilizzatori (ossia gli

¹⁹⁹ Si legge infatti nel paragrafo dedicato all'individuazione della “*Legal basis*” del tributo: “*The proposed Directive is based on article 113 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). This provision enables the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament and the European Economic and Social Committee, to adopt provisions for the harmonisation of Member States' legislation concerning other forms of indirect taxation to the extent that such harmonisation is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market and to avoid distortion of competition*”.

²⁰⁰ È evidente che ci si trova al cospetto di qualcosa di davvero nuovo sul fronte dell'inquadramento tributario. Significativo che l'Assonime, nel tentativo di fornirne un inquadramento sistematico, tenda ad assimilarla, se possibile, all'IRAP (Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018, pag. 89).

²⁰¹ Per un esame della Proposta di Direttiva DST vedi M. Nieminen, “*The scope of the Commission's Digital Tax Proposals*”, in *Bull. Int. Tax.*, n. 11/2018; L. Sheppard, “*Digital Permanent Establishment...*”, cit., in *Bull. Int. Tax.*, n. 4/2018; T. Di Tanno, “*La Web tax europea...*”, cit., in *Corr. Trib.*, 2018, pagg. 1531 e ss.; A. Tomassini – A. Sandalo, “*L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale*”, in *Corr. Trib.*, 2018, pagg. 1395 e ss.

²⁰² Nell'*Explanatory Memorandum* si legge testualmente: “*Whether established in a Member State or in a non-Union jurisdiction, a business meeting both conditions above would qualify as a taxable person.*”

“end-users”)²⁰³. Ulteriore *ratio* che fonda la scelta di fissare soglie dimensionali tanto alte è rinvenibile nell’intenzione – che appare, in linea di principio, quanto mai condivisibile – di non penalizzare le imprese di nuova creazione, quanto meno nella fase genetica e di primo sviluppo, per evitare, in tal modo, di comprometterne le capacità espansive nell’ambito del mercato digitale e di bloccare, per questo tramite, il potenziale contributo allo sviluppo della rete e dei servizi nella stessa – e grazie alla stessa – erogati²⁰⁴. Una volta indagate le ragioni, peraltro lodevoli, che hanno portato la Commissione UE alla fissazione delle modalità di determinazione delle *Taxable persons*, si pone la necessità di effettivamente identificarle. Compito, questo, che presenta complessità ed incertezze tutt’altro che marginali²⁰⁵. Per quanto attiene al primo requisito (€ 750 milioni di fatturato mondiale annuo), la prima questione da affrontare è l’individuazione di quale sia il soggetto preposto all’accertamento della sussistenza dello stesso e di quali siano i mezzi di cui dispone a questo fine. Il fatturato in questione viene indicato dall’art. 4, par. 1, della Proposta di Direttiva come “*worldwide revenues reported by the entity for the relevant financial year*”. Se questa enunciazione è di per sé chiara rispetto al momento cui la rilevazione va riferita, appare meno univoca quanto al criterio contabile tramite il quale occorre identificare il predetto importo di € 750 milioni. Solo l’art. 2 sembra occuparsi dell’argomento indicando, al punto 2, che i dati di bilancio dei Gruppi devono emergere da un rendiconto redatto secondo gli *International Financial Reporting Standards* (di seguito, “**IFRS**”). Se però questa prescrizione vale per i Gruppi, nessuna indicazione è fornita per le imprese che tale organizzazione – di gruppo, appunto – non hanno. La faccenda è poi resa ancor più problematica in considerazione del fatto che i Gruppi – e, quindi, tanto più le imprese singole – possono scegliere di utilizzare, al posto degli IFRS, un eventuale “*national financial reporting system*”, secondo la precisazione contenuta nel par. 2 dell’art. 2 in parola. Tale questione non è di secondaria importanza, in quanto è ben possibile che alcuni prestatori di servizi digitali imponibili, potenzialmente assoggettabili a DST, siano localizzati in Paradisi fiscali o comunque in Paesi che adottano criteri assai diversi da quelli vigenti nell’Unione (leggasi: Cina, Corea del Sud, India, Brasile, Sud Africa, Israele). Potrebbe trattarsi di operatori non soggetti a regole particolarmente stringenti in tema di formazione del proprio bilancio, o non soggetti ad oneri di deposito o di pubblicità di quest’ultimo, o trattarsi ancora di imprese, ad esempio, che redigono i propri conti escludendo alcune o tutte le società controllate o includendole con sistemi di consolidamento assai personalizzati e comunque lontani dai conosciuti criteri IFRS. Ebbene, di fronte a queste osservazioni – che appaiono essere più che legittime – la Proposta della Commissione tace, lasciando privi di risposta molteplici interrogativi, non da ultimo quello relativo a quale sia l’Autorità comunitaria – o se del caso, nazionale – in possesso del potere di verificare e intervenire. La volontarietà di queste omissioni appare confermata dal fatto che la Commissione ricollega espressamente il requisito dimensionale ad altre iniziative in corso, come prima fra tutte quella relativa alla *Common Consolidated Corporate Tax Base* (c.d. “**CCCTB**”). Ma va rilevato che i progressi sul punto sembrano, al momento, ancora piuttosto modesti²⁰⁶.

²⁰³ Come infatti indicato nei Considerando n.23 e 24 della Proposta di Direttiva, le due condizioni dovrebbero limitare l’applicazione dell’imposta a imprese che, grazie alla loro dimensione, riescono a creare valore sfruttando il c.d. “effetto rete” e monetizzando il contributo dei singoli utenti. In senso critico, Confindustria, nel contributo pubblicato in risposta alla consultazione pubblica riguardante il pacchetto di Proposte della Commissione per la tassazione dell’economia digitale, avviata il 16 maggio 2018 dal Ministero dell’Economia e delle Finanze (di seguito, “**MeF**”), ha evidenziato come gli obiettivi dichiarati rischiano di essere soltanto parzialmente conseguiti, non soltanto per effetto di una paventata inadeguatezza e di una carente ponderazione delle predette soglie dimensionali, ma altresì a causa della scelta del legislatore europeo di verificare il rispetto di queste ultime con riferimento ad un unico esercizio finanziario. A parere di Confindustria, infatti, più opportuno sarebbe stato il riferimento a valori medi calcolati su più esercizi, sì da evitare che oscillazioni di ricavi determinino di volta in volta la fuoriuscita – ovvero l’inclusione – nel novero dei soggetti ricompresi nell’ambito applicativo della DST.

²⁰⁴ Si consideri, peraltro, la soglia tanto elevata appare strettamente connessa altresì all’intenzione di assoggettare ad imposizione quelle imprese che a causa della loro dimensione più facilmente possono realizzare pianificazioni fiscali aggressive. Si veda sul punto M. Nieminen, “*The scope of the...*”, *cit.*, in *Bull. Int. Tax.*, n. 11/2018. Si aggiunga che l’*Impact assessment* della Commissione UE di accompagnamento alla Proposta di Direttiva SWD(2018)81 *final* del 21 marzo 2018 stima che un’eventuale riduzione della soglia a € 500 milioni avrebbe pressoché raddoppiato il numero di imprese ricomprese nell’ambito applicativo della DST.

²⁰⁵ Come rileva il documento inviato dalla Fondazione Bruno Visentini il 24 giugno 2018 all’Agenzia delle Entrate nell’ambito della consultazione da essa disposta in relazione alla Proposta. Vi si legge: “*Se la ratio di tale scelta appare chiara, l’identificazione dei detti parametri richiede la prefigurazione preventiva di strumenti di accertamento sui quali la proposta di direttiva nulla dispone*”.

²⁰⁶ Lo rileva T. Di Tanno, “*La Web tax europea...*”, *cit.*, in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 1535.

Ulteriore problematica di carattere operativo connessa ai requisiti dimensionali fissati dalla Proposta di Direttiva è quella afferente l'**identificazione del superamento del parametro dimensionale** all'interno dell'Unione, pari, come già evidenziato, a € 50 milioni di *Taxable Revenues*. Infatti, posta la *ratio*, di cui si è detto, alla base della fissazione della soglia in oggetto – finalizzata, unitamente a quella di € 750 milioni, a contribuire, da un lato, a conferire certezza alle Autorità fiscali e alle imprese e, dall'altro, ad escludere le piccole imprese e le *start-up* dall'ambito di applicazione della DST – la verifica dell'avvenuto supero della soglia di € 50 milioni presta il fianco ad alcune potenziali criticità. In merito, occorre rilevare che con l'art. 9, par. 2, la Proposta di Direttiva conferisce il diritto ad operare il prelievo allo Stato Membro in cui viene erogata la prestazione imponibile, salvo precisare, all'art. 18, par. 4, che il predetto potere possa potenzialmente competere a più di un solo Stato Membro nella misura in cui, all'evidenza, il servizio digitale in questione sia reso in una pluralità di Paesi dell'Unione. È peraltro ammessa espressamente la facoltà per la *Taxable Person* di domiciliarsi presso un solo Stato Membro, sì da assolvervi tutte le funzioni connesse alla DST - ivi incluso il computo e versamento dell'imposta (il c.d. *One Stop Shop* o "**OSS**")²⁰⁷; sarà poi incombenza dello Stato Membro in questione, procedere alla ripartizione dell'imposta, nell'ambito dell'Unione, secondo le indicazioni che la medesima *Taxable Person* ha fornito allo Stato Membro designato, ai sensi del combinato disposto degli artt. 16, par. 1, e 22, par. 1. Se quindi, da una parte, il descritto meccanismo strutturale ed applicativo della DST contribuisce al rafforzamento della posizione delle *Taxable Person* come effettivi soggetti passivi dell'imposta - tanto sotto il profilo economico quanto sotto quello giuridico - dall'altra, e allo stesso tempo, lo stesso può potenzialmente comportare complessità applicative e criticità in termini di efficacia dei controlli sulle informazioni che devono essere oggetto di dichiarazione da parte delle imprese. Informazioni – in particolare quelle relative alla localizzazione degli utenti in funzione degli accessi – che possono in concreto essere controllate soltanto dalle stesse *Taxable Persons*²⁰⁸. Dei meccanismi di collaborazione fra Stati Membri necessari per agevolare ed efficientare il flusso di informazioni rilevanti ai fini della DST si occupano poi gli artt. da 20 a 23; in merito, gli artt. 18, par. 2, e 24, par. 1, attribuiscono alla Commissione stessa poteri di coordinamento, anch'essi finalizzati a perseguire i medesimi obiettivi di razionalizzazione e applicazione omogenea dell'imposta. A questo fine, tuttavia, la Proposta non designa un centro di raccolta dei dati riferibili alle attività svolte nell'Unione da potenziali *Taxable Person*, che non si siano tuttavia spontaneamente identificate come tali. Si pensi, ad esempio, al caso di soggetti non residenti nell'Unione, operanti nell'ambito della stessa senza stabile organizzazione, oppure al caso di soggetti che pur avendovi insediato una o più entità (società o filiali) controllate, le utilizzino per attività marginali realizzando però la grande parte dei propri introiti con clientela europea da insediamenti extra-europei. Ebbene, i soggetti predetti ben potrebbero, legittimamente, essere privi di documentazione idonea a comprovare i *Taxable Revenues* realizzati nell'Unione Europea, potendosi trattare infatti, a titolo esemplificativo, di soggetti non obbligati a redigere un conto consolidato delle proprie attività europee.

Se anche, come del resto è presumibile, le *Taxable Person* hanno a disposizione i dati in parola, è altresì assai probabile che l'organizzazione di tali dati e la relativa rappresentazione abbia scopi differenti, potendo essere finalizzata allo svolgimento di attività commerciali o anche al controllo di gestione. Non già, però, alla redazione di un rendiconto da presentare e discutere in qualche sede e con qualche autorità comunitaria. Peraltro, seppure esistente, un rendiconto di tal fatta potrebbe non essere agevolmente adattabile ed utilizzabile ai fini dell'applicazione della DST. Si pensi ad esempio ad un rendiconto che non sia stato "depurato" dei rapporti *intercompany* o di un rendiconto dal quale siano state espunte tali relazioni infragruppo sulla scorta, tuttavia, di criteri gestionali insuscettibili di essere ricondotti, in perfetta aderenza, ai risultati tipici di un ordinario bilancio "consolidato". L'identificazione delle *Taxable Revenues*, in aggiunta, rappresenta certamente un "di cui" oggi non posseduto in modo "isolato", come informazione autonoma nei conti delle *Taxable Persons*. È all'evidenza, questa, una criticità che appare essere in qualche misura connaturata al carattere innovativo della DST e che solleva molteplici dubbi, non soltanto in merito all'individuazione dell'autorità, nazionale o comunitaria, dotata della potestà di procedere a verifiche (e contestazioni) al riguardo – poste le potenziali difficoltà di accedere a siti estranei all'area dell'Unione. Peraltro, ipotizzando che l'area di accesso esistesse nel territorio dell'Unione, si porrebbe in ogni caso il problema di determinare l'autorità nazionale competente in relazione alle verifiche e alle eventuali contestazioni ad esse connesse.

²⁰⁷ Lo Stato Membro in cui la *Taxable Person* assume la detta posizione è, normalmente, quello in cui è emersa per la prima volta la soggezione alla DST. Pertanto, ove la *Taxable Person* operi sin dall'inizio in più Stati Membri può scegliere, a sua discrezione, quello presso il quale intende domiciliarsi.

²⁰⁸ Cfr. Assonime, "*Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale...*", cit., in *Consultazioni*, n. 6/2018.

Da queste considerazioni è possibile cogliere la rilevanza di affrontare, e, auspicabilmente, risolvere, la tematica concernente l'individuazione di un **organismo comune** in possesso dei poteri e delle prerogative necessarie per intervenire nei casi in cui la *Taxable Person* ometta di identificarsi, secondo quanto previsto dall'art. 10 della Proposta di Direttiva. Sul punto il testo della Proposta nulla dice; le disposizioni dedicate alla illustrazione degli obblighi gravanti sulle *Taxable Person*, di cui agli artt. 9-19, partono infatti dal presupposto che queste ultime abbiano in effetti proceduto spontaneamente, senza "sollecitazioni", ad identificarsi come tali, instaurando un rapporto, diciamo così, "amministrativo" almeno con una entità dell'Unione. Nessuna indicazione è rinvenibile nella Proposta di Direttiva in merito alle conseguenze derivanti dal mancato assolvimento dell'onere di identificazione²⁰⁹.

Di fatto, quindi, gli Stati Membri sono del tutto sprovvisti, a causa della lacuna rinvenibile nella Proposta di Direttiva, della strumentazione necessaria non soltanto a prevenire, ma per di più a combattere, pratiche e condotte potenzialmente lesive della potestà impositiva spettante, appunto, agli Stati Membri. Questi ultimi sono infatti privi di "armi" che rendano possibile accertare anche solo la semplice *esistenza* di una *Taxable Person*, che come visto, indipendentemente dal ruolo svolto e dall'importanza rivestita in ambito internazionale, è concretamente incisa dalla DST nella misura in cui realizzi in uno o più Stati Membri un volume di transazioni – ricomprese nell'ambito applicativo dell'imposta – "sopra soglia". Anche in questo caso, purtroppo, a questa criticità potenziale – che a bocce ferme appare tuttavia quanto mai concreta – se ne accompagna di pari passo un'altra, riferibile alla medesima matrice, che può essere argomentata come segue. Ogni Stato Membro, in virtù dell'art. 18, par. 1, conserva integri i propri poteri di regolamentare le modalità di contabilizzazione, di tenuta delle scritture contabili e di stabilire le altre regole procedurali volte a consentire l'esatto calcolo della DST e a garantirne l'assolvimento. Il successivo par. 3 attribuisce poi a ciascuno Stato Membro la facoltà di adottare norme nazionali precipuamente indirizzate a contrastare meccanismi di evasione o anche solo elusivi riferibili alla DST. Tale previsione, seppur coerente con la scelta di preservare la strumentazione amministrativa di cui ciascuno Stato Membro è dotato, potrebbe potenzialmente consentire a chi volesse "evitare" l'imposta un facile compito, a fronte della rigidità e forse inadeguatezza delle procedure di accertamento proprie delle Amministrazioni finanziarie chiamate in causa nel caso concreto. Seppure infatti l'art. 19 obblighi, effettivamente, gli Stati Membri a designare l'Autorità statale competente per risolvere in contraddittorio con la corrispondente Autorità di altri Stati Membri le questioni derivanti dall'applicazione della DST, tuttavia non può non osservarsi come una tale procedura troverebbe la propria collocazione in una fase già "patologica", ponendosi "a valle" di un'identificazione già emersa, non interessando la fase precedente, di "omessa" identificazione.

3. L'oggetto dell'imposta

Dalla mera lettura dell'art. 3, par. 1, della Proposta, ove sono indicate le prestazioni rilevanti ai fini della DST, è già possibile desumere le criticità applicative che la caratterizzano. La descrizione dei **servizi imponibili** ("*Taxable Services*") è infatti particolarmente impegnativa e di certo ardua per quanti non hanno dimestichezza con le modalità con cui in concreto tali prestazioni vengono rese sul circuito digitale. Cercando, quindi, di decodificare il linguaggio necessariamente specialistico con cui la Proposta enumera i servizi digitali tramite il ricorso ad una terminologia volutamente più semplicistica ed atecnica, ma per ciò stesso di maggiore comprensibilità, può indicarsi che soggetti a DST – ove siano integrati anche i requisiti soggettivi di natura dimensionale – sono: (i) la gestione, dietro corrispettivo, di un'interfaccia digitale avente l'obiettivo di sollecitarne l'utilizzo da parte di altri utilizzatori; (ii) la messa a disposizione (e la gestione) di piattaforme digitali che consentono agli utilizzatori di entrare in contatto con altri utilizzatori tanto allo scopo di scambiarsi beni e servizi quanto a quello di scambiarsi altre utilità; (iii) la cessione di dati (profilati o meno) raccolti sugli utilizzatori in base alle attività che hanno già posto in essere ed alle informazioni che questi hanno (consapevolmente o meno) fornito attraverso l'uso di piattaforme digitali. La gamma di servizi digitali imponibili ai fini della DST è quindi circoscritta e per ciò stesso tassativa, in considerazione del fatto che,

²⁰⁹ Evidente la debolezza implicita in questa mancata precisazione. Essa, peraltro, porta acqua alla tesi, spesso richiamata nel capitolo precedente, di una sorta di alone politico piuttosto che tecnico-tributario che accompagna le Proposte di Direttive qui commentate.

come opportunamente esplicitato dalla Commissione²¹⁰, sono proprio i modelli di *business* che forniscono i predetti servizi ad essere caratterizzati dalla presenza del più ampio *gap* tra creazione del valore, da una parte, e capacità impositiva degli Stati membri, dall'altra, nonché dal ruolo preponderante degli utenti nel processo di creazione del valore²¹¹.

Questa preponderanza di ruolo degli utenti si avverte poco nella fase enunciativa del presupposto oggettivo (art. 3, par. 1). La si ritrova, però, meglio affermata nelle numerose eccezioni e specificazioni in cui la norma si articola nei paragrafi successivi.

Ad esempio, la mera riconducibilità del servizio digitale considerato all'interno delle categorie di prestazioni imponibili menzionate non è di per sé sufficiente ai fini della concreta applicazione della DST. A tal fine, il par. 3 dell'art. 3 citato richiede non soltanto che il servizio dia effettivamente luogo ad un corrispettivo ("*Taxable Revenue*"), ma altresì che il percettore del corrispettivo stesso si identifichi con l'impresa che gestisce la piattaforma o interfaccia digitale (nell'intesa che non rileva che l'abbia anche creata o che la posseda). Non è necessario che questi sia una sola impresa, essendo ben possibile che l'interfaccia si interfacci, a sua volta, con un'ulteriore interfaccia e quest'ultima con una terza interfaccia e così via, nell'intesa, però, che ognuno di questi soggetti riceva in effetti un *Taxable Revenue* a fronte dell'apporto reso nel processo descritto. È indifferente, nell'economia dell'imposta, chi paga il corrispettivo in questione (che deve esserci, perché se non c'è corrispettivo non c'è *Taxable Revenue*): che lo paghi, cioè, lo stesso utilizzatore del servizio fruito od un terzo che non compare, dal momento che possono verificarsi ipotesi in cui il servizio va a beneficio di una pluralità di parti (l'utilizzatore – o gli utilizzatori – e il soggetto economico che rende la prestazione all'utilizzatore).

E ancora: non rientrano nell'ambito di applicazione dell'imposta (parr. 4, 5 e 6) i servizi che si risolvono nel mettere a disposizione degli utenti contenuti digitali (film, musica, etc.), servizi di comunicazione (*Whatsapp*) e di pagamento (*PayPal*), come pure *e-commerce* e servizi di raccolta o altre operazioni finanziarie sottoposte a vigilanza (*crowdfunding*). La ragione di tale esclusione sta, infatti, proprio nel ruolo sostanzialmente passivo che in questo caso recita l'utente²¹².

Tratto che merita una riflessione *ad hoc* è quello per cui il corrispettivo in questione rileva, a fini DST, al lordo di qualsivoglia costo, ad eccezione soltanto dell'IVA o di un'imposta analoga (par. 2). Questa enunciazione di principio è, da un lato, giustamente netta e stentorea; dall'altro pare, però, poco meditata. Sul punto, non può non rilevarsi come una tassazione al lordo dei costi riconosciuti a piattaforme messe in serie da soggetti non facenti parte dello stesso Gruppo ha l'effetto di accentuare il costo della DST, con un potenziale effetto di "moltiplicazione" della base imponibile in presenza della medesima operazione. Di tale potenziale duplicazione la Commissione appare essere ben conscia; peccato, però, che si preoccupi di disciplinare la sterilizzazione dei relativi effetti soltanto ove le prestazioni siano rese nell'ambito di un Gruppo di società, ai parr. 7 e 8 dell'art. 4 in esame. Ma la consapevolezza della problematica non pare altrettanto ben affrontata nei rapporti fra possibili catene di piattaforme indipendenti.

4. L'emersione e la determinazione della base imponibile

Si è detto, finora, delle problematiche connesse alla verifica dell'esistenza di una *Taxable Person* e di quelle riconducibili all'effettuazione di operazioni imponibili ai fini della DST, in quanto tali idonee a produrre *Taxable Revenues*. Altro tema da scandagliare è adesso quello afferente i **meccanismi di applicazione** dell'imposta che ci occupa. Occorre in merito richiamare il disposto dell'art. 4, par. 5, che pone una sorta di principio di competenza, laddove afferma che l'operazione imponibile si considera realizzata nel momento in

²¹⁰ Si veda Commissione Europea, "*Time to establish...*", *cit.*, Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, COM(2018)146 *final*, 21 marzo 2018, par.4.

²¹¹ Per un contributo critico rispetto alla presunzione, in virtù della quale i servizi digitali predetti sarebbero quelli che denotano una più rilevante partecipazione degli utenti alla creazione del valore, si rimanda ad A. Tomassini– A. Sandalo, "*L'iniziativa della Commissione UE...*", *cit.*, in *Corr. Trib.*, 2018. Sul contributo degli utenti nella creazione di valore Assonime (in Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*", *cit.*, Circolare, n.19/2018, pag. 89) sottolinea, invece, che esso costituisce tutt'altro che "*una "bizzarria" delle istituzioni europee ed anzi il principio risulta affermato con chiarezza nell'Interim Report della Action 1 (dell'OCSE) pubblicato il 16 marzo 2018*" E ciò, in particolare, nel Cap. 6 dell'*Interim Report – 2018 ("Interim measures to address the tax challenges arising from digitalisation")*.

²¹² Tant'è che il Considerando n. 17 espressamente afferma: "*DST should therefore not be a tax on the collection of data, or the use of data collected by a business for internal purposes of that business, or the sharing of data collected by a business with other parties for no consideration. What DST should target is the generation of revenues from the transmission of data obtained from a very specific activity (user's activities on digital interfaces).*"

cui il relativo corrispettivo “*si considera dovuto*”²¹³; ciò a prescindere dal fatto che lo stesso sia stato effettivamente pagato. Ebbene, la norma contenuta nella Proposta di Direttiva omette del tutto di considerare il fatto che, in concreto, la determinazione del momento in cui il corrispettivo deve considerarsi dovuto è questione tutto fuorché pacifica. Appare quindi logico, a fronte della predetta reticenza, ragionare per analogia. Quanto all’IVA – per restare nell’ambito delle imposte armonizzate, e per di più indirette – le prestazioni di servizi si considerano effettuate nei molteplici momenti puntualmente indicati e disciplinati ai sensi dei commi 3 e seguenti dell’art. 6 del DPR n. 633/1972. Accanto a queste disposizioni di dettaglio, la regola generale vuole che la prestazione si consideri eseguita nel momento in cui il corrispettivo viene pagato, o, se precedente, all’atto di emissione della fattura²¹⁴. Ai fini IVA, pertanto, non è riconosciuta rilevanza alcuna al momento nel quale viene in essere il credito del prestatore del servizio nei confronti del committente. Per altro verso, nell’ambito delle imposte sul reddito – che invece, come noto, armonizzate non sono – i corrispettivi delle prestazioni di servizi si considerano conseguiti, quantomeno in Italia, al momento di ultimazione della prestazione effettuata ovvero alla data di maturazione per quelle caratterizzate da corrispettivi periodici (art. 109, comma 2, lett. b), TUIR). Essi divengono tassabili, ai sensi dell’art. 83 del TUIR, in base alle risultanze del bilancio redatto a fini civilistici, nell’intesa che queste ultime traggono la propria ragion d’essere dalle disposizioni contrattuali ovvero, più in generale, dalle norme in materia di adempimento dell’obbligazione stabilite dagli artt. 1176 e seguenti del Codice civile. Anche a fronte di un rapido riscontro con il quadro normativo italiano, risulta con chiarezza come la Proposta di Direttiva affronti forse in modo eccessivamente leggero il tema in questione, afferente, appunto, l’individuazione del momento in cui considerare effettivamente realizzato il servizio digitale imponibile. Prescrizioni di maggior dettaglio, che consentissero un più puntuale recepimento del principio sancito dalla Proposta di Direttiva – comprensibile, in linea di massima, ma difficilmente trasformabile, *rebus sic stantibus*, in regola (comune) cogente – tutelerebbero dal rischio di incorrere in potenziali duplicazioni di computo della base imponibile, con conseguenti quote di imposta versata da rimborsare, o anche alterazioni nell’individuazione del supero della soglia dimensionale. Non secondaria importanza assume poi la questione concernente l’identificazione del **luogo di emersione della base imponibile**; sol che si ponga mente alla caratteristica preponderante delle prestazioni soggette a DST, ossia l’immaterialità, è dato cogliere le difficoltà concettuali che si incontrano nella determinazione stessa del luogo di emersione. La Commissione UE è ben conscia di tale criticità, e per l’effetto non tenta di “mappare” la singola operazione considerata, né attribuisce rilevanza alla residenza fiscale della *Taxable Person* o, in alternativa, a quella dell’utilizzatore del servizio digitale imponibile. In considerazione, tuttavia, del ruolo determinante dello *end-user* ed in ossequio, pertanto, al principio dello “*user value creation*” di cui si è detto, l’operazione si considera compiuta nello Stato Membro ove l’apparecchio (il *device*) di cui lo *end-user* si avvale per accedere alla - o beneficiare della - prestazione imponibile viene concretamente attivato. Preme sottolineare che a nulla rileva il fatto che l’utilizzatore dell’apparecchio, per il tramite della prestazione di cui fruisce, in effetti acquisti qualcosa oppure no; subisca un esborso oppure no. Così come non rileva, ai fini della localizzazione della base imponibile rilevante ai fini della DST, il luogo di consegna del bene che sia stato eventualmente acquistato o di messa a disposizione del servizio richiesto, o il posto dal quale viene remunerato il servizio tassabile. Il luogo di emersione della base imponibile corrisponde, semplicemente, a quello di attivazione dello strumento tecnico impiegato dall’utilizzatore, con la precisazione che il luogo in cui opera il *device* viene individuato sulla base dell’indirizzo indicato nell’indirizzo IP. Le caratteristiche di detto indirizzo non appaiono, quantomeno a prima vista, così indiscutibili come, invece, sarebbe lecito pretendere, poste le conseguenze, anche in termini impositivi, che ne discendono²¹⁵. Si tratta di un indirizzo convenzionale

²¹³ La norma letteralmente afferma che: “*Taxable revenues shall be recognised for the purposes of this Directive as having been obtained at the time when they fall due, irrespective of whether the relevant amounts have actually been paid*”.

²¹⁴ Ai sensi dell’art. 63 della Direttiva 2006/112/CE, istitutiva dell’IVA, si afferma sul punto che “*il fatto generatore dell’imposta si verifica e l’imposta diventa esigibile nel momento in cui è effettuata la cessione di beni o la prestazione di servizi*”. Agli artt. 64 e successivi vengono poi individuati i singoli momenti in cui le prestazioni di servizi si considerano effettuate e in cui l’imposta diviene esigibile.

²¹⁵ Invero, occorre rilevare che non è rinvenibile nella legislazione europea una definizione della nozione di indirizzo IP. È quindi peculiare il fatto che la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, prima con la sentenza del 24 novembre 2011 (Causa C-70/10) e, poi, con la sentenza del 19 ottobre 2016 (causa C-582/14), abbia attribuito all’indirizzo IP natura di dato personale ai sensi dell’art. 2, lett. a) della Direttiva 95/46/CE (relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali), in considerazione della sua idoneità ad identificare gli utenti del *web*. Può, al riguardo, aggiungersi che, nelle conclusioni rese il 12 maggio 2016 in relazione alla causa C-582/14 da ultimo citata, l’Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona ha definito l’indirizzo IP come “*a sequence of binary numbers which, when allocated*

comunemente utilizzato per determinare la localizzazione dell'utilizzatore, della cui affidabilità, tuttavia, appare lecito dubitare²¹⁶. Ed è proprio a causa della presa di coscienza, da parte della Commissione UE, del carattere forse non sufficientemente "affidabile" dell'IP quale mezzo di identificazione del luogo di localizzazione dell'apparecchio, che ad esso viene accostato, ai sensi dell'art. 5, par. 5, un criterio residuale, in virtù della quale è possibile ai fini dell'identificazione del luogo di emersione dell'imponibile prescindere dall'IP e fare riferimento ad altro mezzo di geolocalizzazione dell'apparecchio, nell'intesa che quest'ultimo sia maggiormente accurato in confronto al primo²¹⁷.

Se quindi, da una parte, sembra meritevole il tentativo della Commissione di conferire più accentuata stabilità alla struttura della DST, l'aggiunta di una clausola come quella di cui si è poc'anzi detto corre il rischio di produrre l'effetto nocivo – di certo non voluto – di privare di concretezza il meccanismo applicativo dell'imposta; effetto che si manifesta nel momento in cui, in concreto, occorre determinare la "territorialità" della prestazione. In termini generali, può osservarsi come siano molteplici le modalità che si offrono per determinare il luogo nel quale è erogata una certa prestazione; può, a tale fine, farsi riferimento sia ad un procedimento di carattere fisico (materiale o effettivo, che dir si voglia) sia ad uno di matrice convenzionale. Ove si scegliesse quest'ultimo, viene in rilievo l'effetto proprio della *convenzione*, cioè a dire quello di trasformare un evento di per sé spoglio di significato univoco, in una verità giuridica. Sotto questo angolo visuale, quindi, appare di certo agevole, oltre che possibile, attribuire all'indirizzo IP la funzione di determinare – per l'appunto, convenzionalmente – quale sia lo Stato Membro presso il quale si verifica l'accesso alla prestazione digitale imponibile. Specularmente, ed in base al medesimo approccio logico e argomentativo, la scelta di ancorare la determinazione dell'identificazione "geografica" che ci occupa ad un criterio "impalpabile" quale quello della "*migliore localizzazione*" da parte del contribuente, appare invece foriera di incertezze e di innegabili difficoltà gestorie. In primo luogo, perché non si può pretendere dalla *Taxable Person* la ricerca di una localizzazione "migliore" rispetto a quella che gli è stata convenzionalmente attribuita. Secondariamente, in quanto non è dato capire se, in ossequio ad un tale criterio di territorialità, all'utilizzatore del servizio digitale sia imposto l'obbligo di rendere nota la propria posizione ogni qualvolta si colleghi ad una piattaforma digitale per il cui tramite è veicolato il servizio digitale – adempimento che sembrerebbe ben strano, posto che ad oggi gli utenti hanno la possibilità di scegliere se e quali informazioni afferenti la propria geolocalizzazione far pervenire alle piattaforme digitali. Ultima ma non meno rilevante criticità connessa al criterio "residuale" della "*migliore localizzazione*" attiene proprio al significato da attribuire all'aggettivo "migliore", nell'ottica di un approccio, come si diceva, di natura convenzionale. Si può di certo verificare l'eventualità che si verifichi uno "scollamento" fra lo Stato Membro in cui è registrato l'apparecchio dello *end-user* e quello in cui il medesimo *end-user* opera *online*. Tuttavia, laddove si attribuisca rilevanza al predetto disallineamento, sarà compito delle Amministrazioni finanziarie dei singoli Stati Membri coordinarsi fra loro ed eventualmente assegnare autoritativamente un indirizzo IP diverso da quello risultante, ovvero, in alternativa, preservare quello esistente salvo accordarsi sul riparto del gettito riferibile, in ultima analisi, all'apparecchio in questione. Onere, questo, particolarmente gravoso e necessariamente implicante una "cooperazione" fra le autorità degli Stati Membri interessati; onere, tuttavia, che risulta certamente irrazionale – ed improprio – far gravare sulla *Taxable Person* considerata.

5. Le modalità applicative

Decisamente più dettagliata e rigorosa, per quanto anch'essa problematica, è invece la descrizione del concreto operare del meccanismo applicativo della DST all'interno del territorio unionale. In merito, la Proposta di Direttiva pone a carico della *Taxable Person* l'onere di identificarsi come tale di fronte all'Amministrazione dello Stato Membro ove la medesima ritenga di aver realizzato il primo periodo d'imposta imponibile.

to a device (a computer, a tablet or a smartphone), identifies it and allows it to access that electronic communications network" (par. 1). Davvero un po' troppo poco per considerare affidabile questa identificazione.

²¹⁶ Si veda il documento inviato dalla Fondazione Bruno Visentini all'Agenzia delle Entrate del 14 giugno 2018 ove si afferma: "Va rilevato, al riguardo, che i riferimenti all'IP address derivano da pure e semplici pratiche commerciali e che, quindi, un'identificazione del luogo in cui un Taxable Service è reso, basata su di esso, si presenta come assai discutibile".

²¹⁷ Nell'*Explanatory Memorandum* alla Proposta di Direttiva, a pag. 12, si legge: "The IP address is a simple and effective proxy for determining the user location. Moreover, if the taxable person is aware by other means of geolocation that the user is not located in the Member State where the IP address indicates, that taxable person would still be able to rely on that other means of geolocation to determine the place of taxation".

Diversamente, nell'eventualità in cui il presupposto di applicazione della DST si sia verificato in più Paesi dell'Unione, l'onere identificativo dovrà essere assolto innanzi all'Amministrazione dello Stato Membro prescelto, in base al disposto degli artt. 9, comma 2, e 10, commi 1 e 3, lett. b). L'Amministrazione "naturale" o prescelta – divenuta automaticamente, in entrambi i casi, quella di riferimento per gli adempimenti successivi – è quindi tenuta alla svolgimento di tutta una serie di mansioni collaterali, quali (i) l'attribuzione, ai sensi dell'art. 11, di un numero di identificazione; (ii) la ricezione delle dichiarazioni rilevanti ai fini della DST, sia per le attività realizzate nel proprio Paese che per quelle attribuibili a diversi Stati Membri, ai sensi dell'art. 14; (iii) la condivisione e lo scambio di flussi informativi con le altre Amministrazioni, ai sensi dall'art. 15; (iv) la ricezione, prevista dall'art. 16, par. 1, dei pagamenti delle eventuali pluralità di DST nazionali e (v) il correlato "ribaltamento" delle stesse, *pro quota*, allo Stato Membro di competenza, ai sensi dell'art. 22, par. 1. La Proposta di Direttiva tratteggia quindi un complesso "ingranaggio" applicativo dell'imposta che risulta, quanto meno all'apparenza, assai meticoloso, come d'altronde non poteva che essere, data la natura sopranazionale dell'imposta e la necessità, che ne discende, di articolare un raccordo ragionato fra Amministrazioni finanziarie. Il complesso meccanismo di applicazione della DST messo in piedi dalla Commissione, che presuppone una spiccata capacità di dialogo e di reciproca collaborazione fra Stati Membri, appare però minato nella sua struttura in considerazione del disposto dell'art. 18. Ai sensi di tale ultima norma, infatti, è stabilito, per un verso, che la "spettanza" del gettito dipenda dalla localizzazione dell'apparecchio dal quale origina la prestazione imponibile; e si è già detto delle criticità connesse ad una identificazione che possa dirsi univoca del luogo di emersione dell'imponibile. Per altro verso, però, l'art. 18 in questione tiene fermi, ad un tempo, tanto i poteri accertativi spettanti all'Amministrazione dello Stato Membro ove si realizza il presupposto impositivo, anche nell'eventualità in cui quest'ultimo differisca da quello di identificazione; tanto i meccanismi strettamente connessi all'emersione di base imponibile, come, ad esempio, quelli afferenti la tenuta delle scritture contabili, o quelli riferibili alle modalità di determinazione dell'importo conclusivamente dovuto per imposta, interessi e penalità. Ancora: i meccanismi di costruzione e gestione del contenzioso, di modalità di riscossione coattiva, nonché, chiaramente, i meccanismi concernenti la tempistica con cui i descritti passaggi devono realizzarsi. Ebbene, vale sottolineare come una maggiore coerenza ed uniformità applicativa avrebbero di certo giovato, in considerazione non soltanto del fatto che la DST può essere efficacemente prelevata solo in presenza di un coordinamento fra Amministrazioni finanziarie, che oltre a dover essere stretto deve essere anche bilanciato; ma altresì in considerazione dello spirito di leale collaborazione cui deve essere improntato il rapporto fra singole Amministrazioni e contribuenti.

Un ulteriore profilo, non meno rilevante di quelli finora affrontati, merita di essere trattato. Come già rilevato nelle pagine che precedono, la Proposta di Direttiva qualifica la DST, espressamente, come "imposta indiretta"²¹⁸. Tale qualificazione, oltre ad escludere eventuali contrasti con i Trattati contro le doppie imposizioni - con l'evidente vantaggio, per i singoli Stati Membri, di non dover procedere ad alcuna modifica o rinegoziazione delle norme convenzionali²¹⁹ - comporterebbe altresì, implicitamente, la **deducibilità della DST dalle imposte sul reddito** dovute dalla *Taxable Person* che - per principio - deve essere un'impresa, per di più di grandi dimensioni. In questo senso, il diritto alla deduzione originerebbe dal fatto che la DST rappresenterebbe un "costo di produzione del reddito". È quest'ultimo un ambito, però, che afferendo la fiscalità diretta, è di esclusiva spettanza dei legislatori di ciascuno Stato Membro e che, di conseguenza, non può formare oggetto di diretta regolamentazione all'interno della Proposta di Direttiva. La Commissione, evidentemente avendo ben chiaro questo punto, e seppur nel rispetto delle reciproche attribuzioni, rivolge agli Stati Membri, peraltro in modo per nulla velato²²⁰, l'invito a prevedere la piena deducibilità dalla base imponibile dei relativi redditi imprenditoriali in sede di implementazione della DST in ambito nazionale. Un esempio numerico può forse dare un'idea della rilevanza che, in termini fiscali, avrebbe per le *Taxable Persons* la possibilità di dedurre la DST dal proprio reddito imponibile. Fatto pari a 100 il volume d'affari di una *Taxable Person* ed ipotizzando che esso derivi per intero da *Taxable Revenues* imponibili, emergerebbe un costo a titolo di DST pari a 3. Qualora il profitto al lordo della sola imposta fosse pari a 20 (con una redditività, quindi, media) si avrebbe un carico fiscale di 5,58 cui si aggiungerebbe l'importo di 3 a titolo di DST. Ne deriverebbe un carico fiscale complessivo pari a 8,58, cioè a dire un'imposizione effettiva pari al 42,9%. Se,

²¹⁸ Il riferimento è contenuto nell'*Explanatory memorandum* alla Proposta di Direttiva, par. 2.

²¹⁹ Si rimanda a quanto più volte ribadito in Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*", cit., Circolare, n.19/2018.

²²⁰ Si legge nel Considerando n.27 della Proposta: "*In order to alleviate possible cases of double taxation where the same revenues are subject to corporate income tax and DST, it is expected that Member States will allow businesses to deduct the DST paid as a cost from the corporate income tax base in their territory, irrespective of whether both taxes are paid in the same Member State or in different ones*".

invece, la DST fosse deducibile, il carico fiscale complessivo sarebbe pari a 7,74 e l'imposizione effettiva dell'ordine del 38,7%, con un "risparmio" d'imposta pari a ben 4,2 punti percentuali. È quindi possibile osservare chiaramente che se la DST dovuta e il relativo reddito fossero conseguiti nel medesimo ordinamento unionale, l'accesso alla possibilità di dedurre la DST alleggerirebbe, e non di poco, il costo fiscale complessivo, senza determinare un aggravio eccessivo per lo Stato Membro coinvolto. Si ponga tuttavia mente al caso in cui tutta, o soltanto parte, della DST fosse dovuta da una *Taxable Person* domiciliata nello Stato Membro 1 allo Stato Membro 2 (in cui, per ipotesi, siano stati attivati i *devices* che realizzano la territorialità dell'imposta). Ebbene, in questa eventualità la deducibilità del costo da DST penalizzerebbe lo Stato Membro 1, a pieno beneficio dello Stato Membro 2²²¹. È questa una distorsione rispetto alla quale la Commissione non ha armi, almeno sul piano giuridico²²²; ma è ragionevole ritenere che il Consiglio, in sede di adozione della Direttiva, accompagni la stessa con una raccomandazione finalizzata ad escludere l'emergere di questa problematica ovvero soltanto a contenerne gli effetti²²³. Per altro verso, v'è un altro profilo che si pone, legato a doppio filo al tema della deducibilità dal reddito della DST. Si tratta della potenziale discriminazione che potrebbe determinarsi tra *Taxable Person* che, oltre a svolgere prestazioni digitali imponibili, pongono in essere anche un'attività materiale in uno Stato Membro - e che quindi sono ivi assoggettate a imposte sui redditi-, e *Taxable Person* extra comunitarie che non scontano imposta sui redditi in uno Stato Membro, soggette in ogni caso a DST relativamente ai servizi digitali resi agli *end-users* che ne fruiscono (*rectius*, che "si collegano") dal territorio dell'Unione Europea. In questo scenario, la distorsione sarebbe rappresentata dal fatto che la possibilità di dedurre la DST comporterebbe un vantaggio evidente per le *Taxable Persons* unionali (nonché per quelle extraeuropee con presenza stabile nel territorio comunitario), cui sarebbe infatti riconosciuta una sorta di "recupero parziale" della DST versata.

Vista la molteplicità delle complesse questioni sollevate dalla DST, operare una valutazione conclusiva e sintetica del lavoro svolto dalla Commissione UE appare assai arduo. Bilanciare pregi e difetti della Proposta di Direttiva, compensando gli uni con gli altri si da stabilire quale sia l'aspetto prevalente lo è di più. Il contributo della Commissione al dibattito internazionale finalizzato, in ultima analisi, a strutturare una risposta efficace, efficiente e calibrata alle sfide derivanti dalla digitalizzazione dell'economia è di certo lodevole e pregiata appare la costruzione teorica della DST elaborata in seno all'Unione. Non può tacersi però che la Proposta di Direttiva dipinge un quadro applicativo la cui complessità - e forse eccessiva astrattezza - rischiano di minare alle radici la possibilità stessa di garantire la concreta implementazione della DST, che - è bene ricordarlo - nelle intenzioni della Commissione avrebbe dovuto rappresentare una misura emergenziale, suscettibile di immediata implementazione nonché "*di facile attuazione*"²²⁴.

²²¹ Lo rileva T. Di Tanno, "*La Web tax europea:...*", *cit.*, *Corr.Trib.*, 2018.

²²² Anche se la qualificazione della DST come "imposta indiretta" potrebbe lasciare qualche spazio al riguardo ed essere coordinata con la Proposta di Direttiva COM(2016)683 *final*, "*CCCTB*", *cit.*, 25 ottobre 2016.

²²³ Più "estremista" (e forse di dubbia praticabilità) appare essere la posizione fatta propria da Assonime, "*Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale...*", *cit.*, in *Consultazioni*, n. 6/2018, laddove suggerisce, proprio al fine di consentire la deduzione della DST dalla base imponibile dell'imposta sul reddito, di "*inserire una specifica disposizione anche nel testo della direttiva o, qualora si intenda far regolare il tema con norme di fonte domestica (...) chiarire che gli Stati membri sono obbligati a consentire la deducibilità*" della DST.

²²⁴ Cfr. Considerando n.7 della Proposta.

VI. L'imposta italiana sui servizi digitali

1. Caratteri introduttivi

La Legge di bilancio 2019 (L. 30 dicembre 2018, n. 145) abroga le disposizioni contenute nella Legge di bilancio 2018 (commi da 1011 a 1019 dell'art. 1 della L. 27 dicembre 2017, n. 205) reimpostando, in modo fortemente innovativo, l'imposta sui servizi digitali (art. 1, commi da 35 a 50). La riscrittura era, in realtà, attesa (visto che non era stato formulato il decreto attuativo della L. 205/2017 previsto per il 30 aprile 2018) e del tutto prevedibile considerato l'intervento – lo scorso 21 marzo – della Proposta di Direttiva UE sulla medesima materia che ne caratterizzava i contenuti come imposta Comunitaria e ne prevedeva l'istituzione a partire dal 1 gennaio 2020. Detta Proposta di Direttiva, per la cui analisi si rinvia ai capitoli precedenti, rompeva l'immobilismo che ha caratterizzato gli anni più recenti nel fronteggiare un fenomeno di fin troppo evidente disparità di trattamento fra multinazionali del settore digitale ed imprese di diverso settore. Le prime, come è noto, operando in tutto il mondo e, quindi, anche in territorio UE, vi prelevano cospicue ricchezze ma, con sfacciata disinvoltura, giocano a nascondino con il Fisco dei Paesi più onerosi e si riservano di pagare le imposte sul reddito in quelli più accondiscendenti. Le seconde restano, invece, soggette a più o meno onerosi regimi ordinari. E questo per il solo fatto che le prime possono operare in svariati contesti territoriali senza necessitare di costituirvi strutture fisiche tangibili; le seconde sono costrette, invece, dalla natura stessa del proprio *business*, ad insediamenti caratterizzati da inevitabili presenze fisiche. Il che, tradotto in termini tributari, significa assenza dei presupposti per l'identificazione di una stabile organizzazione nel primo caso; inevitabile presenza degli stessi nel secondo²²⁵. La questione, peraltro, è sul tavolo dell'OCSE che dibatte ormai già da tempo non sul "se" ma sul "come" aggiornare un concetto ormai obsoleto come quello di "stabile organizzazione"²²⁶.

Per questo la Commissione UE, nel formulare la Proposta di Direttiva – presentata, peraltro, significativamente e forse anche strumentalmente insieme a quella di introduzione unilaterale del concetto di stabile organizzazione via "significativa presenza digitale"²²⁷ – per l'istituzione dell'Imposta sui Servizi Digitali (*Digital Service Tax* o "DST"), esplicitava innanzitutto la consapevolezza del suo carattere transitorio ribadendo che restava comunque preferibile, laddove realizzata, l'adozione di un più adeguato concetto di stabile organizzazione²²⁸. Ne sottolineava, però, l'irrinunciabile necessità di intervenire in un'area che si stava traducendo in una inaccettabile franchigia fiscale per gli operatori del settore. Giustificava, poi, la bontà dell'intervento in quanto volto ad evitare l'affastellarsi di normative di Paesi Membri – magari anche appropriate ad affrontare la medesima problematica - ma del tutto scoordinate fra loro e, quindi, potenzialmente lesive del formarsi di un mercato digitale unico²²⁹. Proponeva, insomma, una sorta di armistizio fra posizioni fortemente divergenti e tutto incentrato sulla tutela del mercato unico (o meglio: dello "*Union Digital Single Market*")²³⁰. La Proposta di Direttiva ha incontrato un certo favore presso la maggioranza di Paesi

²²⁵ Sul punto vedi le considerazioni di Assonime, "*Il vero interrogativo...*", cit., *Position Paper*, n. 1/2018.

²²⁶ Cfr. OCSE, "*Tax Challenge...*", cit., 2018.

²²⁷ Opinione in qualche modo emergente dal documento Assonime, "*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*", cit., Circolare, n.19/2018 e condiviso nei capitoli precedenti di questo lavoro.

²²⁸ Vedi, al riguardo, il documento del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, "*La fiscalità nell'economia digitale...*", cit., maggio 2018; M. Nieminen, "*The scope of the...*", cit., in *Bull. Int. Tax.*, n. 11/2018; L. Sheppard, "*Digital Permanent Establishment...*", cit., in *Bull. Int. Tax.*, n. 4/2018; T. Di Tanno, "*La Web tax europea...*", cit., in *Corr. Trib.*, 2018, pagg. 1531 e ss.

²²⁹ Nell'*Explanatory Memorandum* che accompagna la Proposta di Direttiva si legge: "*In the wait of the comprehensive solution, which may take time to adopt and implement, Member States face pressure to act on this issue, given the risk that their corporate tax bases are significantly eroded over time, and also due to the perceived unfairness of the situation. While measures are in place or are concretely planned in 10 Member States for addressing this problem in a limited way, the trend has been increasing and measures adopted are very diverse in terms of scope and their rationale. Such uncoordinated measures taken by Member States individually risk further fragmenting the Single Market and distort competition, hampering the development of new digital solutions and the Union's competitiveness as a whole*".

²³⁰ Armistizio che si va logorando considerato il messaggio poco incoraggiante portato dalla pubblicazione della proposta del Presidente del Consiglio Europeo, l'austriaco Hartwig Loger, che avanza addirittura una proposta di compromesso (il 29 novembre scorso. Proposta identificabile così: 7420/18 FISC 151 Ecofin 277 DIGIT 48 IA 78). La proposta riduce le prestazioni tassabili ed introduce alcune semplificazioni di ordine amministrativo. Pospone, altresì, i termini di applicazione del nuovo regime al 1 gennaio 2022. Il successivo comunicato stampa circa gli esiti della riunione n. 3659 del Consiglio – emanato il 4 dicembre 2018 – dà conto, però, che la proposta compromissoria non è stata accettata.

Comunitari²³¹ ma, come era facile attendersi, anche la seria opposizione di quelli che ne hanno da subito contestato sia l'opportunità che la ragionevolezza (vedi Irlanda, Olanda, Lussemburgo, etc.)²³².

Il legislatore italiano, che si era già espresso – con la L. 205/2017 - a favore dell'introduzione di una nuova imposta, ha dunque semplicemente tenuto conto di questa evoluzione storica ed ha, conseguentemente, allineato la formulazione del proprio testo a quello di fonte Comunitaria manifestando così un sostegno pieno all'iniziativa della Commissione UE²³³. Iniziativa che, da un lato, sceglie, sia pure per ragioni dichiaratamente solo contingenti, di trattare il mondo dell'economia digitale come un mondo fiscalmente separato²³⁴. Dall'altro, incentra questa separatezza nella valorizzazione del ruolo dell'utente – cioè di un soggetto perlopiù terzo rispetto alle parti economiche del rapporto, tali essendo il prestatore del servizio ed il suo beneficiario effettivo - che fornisce la materia prima (i dati) il cui utilizzo consente la trasformazione dell'informazione (i dati) in valore.

La nuova normativa italiana è incentrata, così come la Direttiva, sulla risposta alle tre domande classiche in materia: “*who to tax?*” (chi tassare?); “*what to tax?*” (che cosa tassare?); “*where to tax?*” (dove tassare?). Pare, quindi, opportuno seguire proprio un simile approccio nel commentarla.

2. I soggetti passivi d'imposta (chi tassare)

Come per tutte le forme di imposizione, il primo tema che si pone sta nell'individuazione del soggetto passivo d'imposta. Questa tematica è, nel caso specifico, forse la più semplice da delineare. Sono soggette alla nuova Imposta sui Servizi Digitali (di seguito, “**ISD**”) le imprese, residenti o non residenti, che presentano determinate caratteristiche dimensionali e che cioè realizzino congiuntamente in un periodo d'imposta (individuato nell'anno solare):

- a) un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzati non inferiore a € 750 milioni;
- b) un ammontare derivante da ricavi derivanti da specifici servizi digitali, realizzati in Italia, non inferiore a € 5.500.000.

Questa connotazione dimensionale è facilmente riconducibile alla citata Proposta di Direttiva. Essa individua, infatti, il primo requisito nel realizzo di un volume d'affari – da qualsivoglia territorio e fonte imprenditoriale derivante – superiore a € 750 milioni. Determina il secondo sulla base di una mera equazione: essendo il contributo Italiano al PIL Europeo pari a circa il 11% del medesimo, una analoga percentuale di volume d'affari derivante da servizi digitali deve essere realizzata nel nostro Paese. Posto dunque che la Direttiva individua il volume di transazioni digitali rilevanti in ambito UE in € 50 milioni, l'11% di detto importo è pari, appunto, a € 5.500.000²³⁵.

L'individuazione delle imprese in questione, tuttavia, se vista più da vicino, si presta a qualche incertezza. Esse, infatti, rientrano fra i soggetti passivi d'imposta sia qualora realizzino i volumi sopraindicati

²³¹ La Spagna sta procedendo al varo di un testo fortemente ispirato alla Direttiva. E' stato depositato presso la Camera dei Deputati nella seduta del 25 gennaio scorso il disegno di legge che lo prevede. Iniziative analoghe sono in corso in Francia ed Austria. Nel Regno Unito è stata aperta una pubblica consultazione su un testo analogo che si concluderà alla fine di febbraio 2019.

²³² Vedi, al riguardo, la dichiarazione ufficiale del Vice Presidente della Commissione UE V. Dombrovskis resa a commento della Comunicazione COM(2017)547 final, “*A Fair and Efficient Tax System...*”, cit., emanata a seguito dell'Ecofin tenutosi a Tallinn il 21 settembre 2017; vedi, poi, le contestazioni sollevate da Margrethe Vestager, Commissario Europeo alla concorrenza, ad alcune strutture tributarie utilizzate da *Apple* e *Google*. Su tali profili si rinvia alle considerazioni di F. Pepe, “*Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità...*”, cit., in *Riv. trim. dir. trib.*, 2017, pagg. 703 e ss.

²³³ Così T. Di Tanno, “*L'imposta sui servizi digitali si allinea alla proposta di Direttiva UE*”, in *Il Fisco*, 2019, pag. 326.

²³⁴ Si vedano, al riguardo, le riflessioni di G. Frasoni, “*La web tax...*”, cit., in *Riv. dir. trib. on line*, 1 aprile 2018. Vedi pure le considerazioni contenute in Assonime, “*Fiscaltà internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018, pagg. 76-77 ove si dà conto del timore che le attuali imprese del settore digitale possano fagocitare le altre e rendere inutile, conseguentemente, il tentativo, cui si lavora in sede OCSE, di identificare entro il 2020 un criterio di tassazione che non discrimini l'economia digitale rispetto a quella tradizionale.

²³⁵ Che sia questo lo schema di ragionamento seguito è confermato dal disegno di legge in corso di approvazione in Spagna (vedi nota 7) dove la somma di prestazioni rilevanti da realizzare in territorio spagnolo è fissata in 3 milioni di euro: cioè computando l'incidenza del PIL spagnolo sul PIL europeo complessivo.

singolarmente; sia qualora vi pervengano “a livello di Gruppo”. Questa dicitura è certo assai (ma forse volutamente) imprecisa e mostra un’evidente esigenza di cautelarsi contro possibili maliziose interpretazioni di parte. Essa appare addirittura più ampia di quella utilizzata dalla Direttiva dove si individua il “Gruppo” nell’ambito circoscritto di un bilancio consolidato (di gruppo)²³⁶. Se, dunque, debole appariva la formulazione Comunitaria, discutibile – ma anche suscettibile di arricchimento via decreto attuativo – appare quella adottata dal legislatore nostrano.

Discutibile perché, pur potendo scegliere, non ci si rifà ad una già nota concezione di “Gruppo”: non si richiamano gli artt. 2359 o 2497 del codice civile né gli artt. 25 e seguenti del D.Lgs. 127/1991. Né si fa cenno, per restare in ambito tributario, alle disposizioni dell’art. 117 e seguenti del TUIR ovvero a quelle dell’art. 70-*bis* del Decreto IVA. La prudenza è normalmente una dote; ma una legge opera bene quando si fanno delle scelte e queste agiscono da spartiacque fra ciò che rientra in una disciplina e ciò che ne segue un’altra. E qui le scelte appaiono, almeno al momento, palesemente carenti.

La necessità che i due requisiti dimensionali soprarichiamati si presentino congiuntamente obbliga l’Amministrazione Italiana a raccogliere informazioni che possono essere non disponibili – o quantomeno non prontamente disponibili – complicandone non poco le funzioni accertative. Quale titolo ha, infatti, l’Agenzia delle Entrate per richiedere ad un operatore non residente e privo di stabile organizzazione in Italia informazioni sul Gruppo di appartenenza? Quale potere coercitivo può esercitare per costringere detto soggetto ad una sia pur minimale collaborazione? Certo, il comma 43 prevede, al terzo periodo, la solidarietà fra soggetti residenti e soggetti non residenti “che appartengono allo stesso Gruppo” nel pagamento della ISD. Ma questa solidarietà è tutta interna ad un processo di accertamento già ultimato e ormai pervenuto alla fase riscossiva e basato, perdipiù, sull’esistenza dichiarata di una ancorché minimale presenza del Gruppo in questione sul territorio italiano.

Vale la pena domandarsi se non sarebbe preferibile partire da ciò che è accertabile in Italia (volume d’affari quivi realizzato) e far seguire a questo accertamento la presunzione – beninteso: solo relativa - di soggezione alla ISD; invitare il contribuente in questione a dichiarare l’appartenenza o meno ad un Gruppo soprastante; obbligarlo, in tale ultimo caso, a presentare il bilancio consolidato di gruppo per verificare se i presupposti dimensionali d’imposta si concretizzano o meno.

Occorre, infine, domandarsi quale rilievo temporale assume il supero della soglia dimensionale.

La norma sembrerebbe richiedere una sorta di coincidenza temporale fra il supero della soglia e la soggezione all’imposta. Non si richiede, infatti, come perlopiù avviene, che il supero della soglia in un periodo determini la soggezione all’imposta nel periodo successivo. Vi è, invece, almeno all’apparenza, una piena coincidenza fra supero della soglia e soggezione all’imposta. Nulla di male se ne derivasse l’obbligo di versamento in un momento successivo alla chiusura del periodo d’imposta (che viene fatto coincidere con l’anno solare). Senonché il comma 42, che pure prevede la presentazione di una dichiarazione annuale entro il quarto mese successivo alla chiusura del periodo d’imposta, richiede altresì il versamento dell’imposta “entro il mese successivo a ciascun trimestre”. Il che comporta una sorta di obbligatoria previsione dei ricavi realizzabili nel corso del periodo d’imposta e la necessità di cominciare a versare la ISD anche qualora non sia del tutto assodato che di essa si sarà, alla conclusione del periodo d’imposta, effettivi soggetti passivi.

3. L’oggetto dell’imposta (che cosa tassare)

I commi dal 37 al 40 si occupano di definire quali specifiche prestazioni rientrano nel campo di applicazione della ISD. La delimitazione che ne emerge è perlopiù ispirata a quella indicata dalla Proposta di Direttiva. Mentre, tuttavia, quest’ultima si sforza di sottolineare il ruolo dell’utente così da delimitare il proprio campo applicativo a quelle prestazioni in cui più è evidente il coinvolgimento dell’utente quale autonomo – ancorché

²³⁶ Il cui art. 4, par. 6, dispone: “*If the entity referred to in paragraph 1 belongs to a consolidated group for financial accounting purposes, that paragraph shall be applied instead to the worldwide revenues reported by, and taxable revenues obtained within the Union by, the group as a whole*”.

inconsapevole – “creatore di valore”²³⁷, la legge in commento pare prescindere da detto coinvolgimento limitandosi ad enumerare, specificandole, quelle attività che ritiene suscettibili di creare ricchezza imponibile. Si tratta, certo, di un atteggiamento più diretto e indubitabilmente preferibile per l’utente del diritto: ma che potrebbe manifestare un qualche conflitto con la Direttiva proposta se la sottolineatura del ruolo dell’utente dovesse essere ivi meglio formulata rispetto ai termini oggi conosciuti. La Direttiva, peraltro, accanto all’individuazione delle prestazioni tassabili in modo del tutto analogo a quello fatto proprio dalla legge italiana, introduce delle eccezioni (art. 3, parr. 3, 4 e 5) tendenti a sottolineare la prevalenza o carenza del ruolo dell’utente che mancano, invece, del tutto nella norma nostrana (e che non credo possano essere introdotte con il decreto attuativo di cui al comma 45)²³⁸.

Nel merito rientrano fra i servizi rilevanti quelli sottodescritti che sarà bene, nei limiti del possibile, delineare con un linguaggio più atecnico per i (numerosi) *digital non skilled people* sempreché resi dietro corrispettivo:

- 1) prestazioni pubblicitarie;
- 2) accesso ad un circuito digitale che consente lo scambio informazioni, beni o servizi fra gli utilizzatori di detto circuito;
- 3) fornitura di dati raccolti sui movimenti di utenti sul circuito digitale con o senza rielaborazione degli stessi.

Si tratta, com’è facile percepire, di prestazioni riconducibili, sostanzialmente, alla pubblicità ed alla intermediazione in senso generale. Le descrizioni sono assai sommarie, legate a modi di agire piuttosto che a categorie giuridiche e sui cui contenuti non è difficile prevedere disparità di vedute. Se si sceglie, infatti, di non tassare tutte le prestazioni realizzate sul circuito digitale ma solo alcune di esse, diventa indispensabile descriverne i caratteri: ma anche assoggettarsi al rischio che la variazione di alcuni di questi – significativi o meno – si traduca nell’ingresso o nella fuoriuscita dall’ambito di applicazione dell’imposta²³⁹. Non a caso la Direttiva codifica l’uso di certe espressioni attribuendo ad esse un preciso significato convenzionale²⁴⁰. La legge italiana manca di queste precisazioni che, tuttavia, potranno ben essere adottate dal decreto ministeriale previsto al comma 45. Ma ai fini del prosieguo di questa illustrazione vale forse la pena richiamarne alcune come risultanti dalla Direttiva. Le parole chiave minime sono in questo caso “interfaccia digitale” e “utente”. Con la prima espressione (“*digital interface*”) si intende una strumentazione informatica - cioè *software*, musica, video, testi, giochi – idonea ad essere utilizzata attraverso un apparecchio fisico (“*device*”), tale essendo un computer, un telefono cellulare, un *iPad* o altro mezzo simile purché idoneo ad accedere al circuito digitale. Con la seconda (“*user*”) si intendono sia persone fisiche che imprese (costituite quali persone giuridiche o meno).

Ma proviamo, ora, a decodificare il testo vagamente criptico delle descrizioni sopraccennate.

²³⁷ Nel Considerando n. 9 si legge: “*DST should be applied to revenues resulting from the provision of certain digital services only. The digital services should be ones that are largely reliant to user value creation where the difference between the place where the profits are taxed and the place where the users are established is typically greatest. It is the revenues obtained from the processing of the user input that should be taxed, not the user participation in itself*”. Anche l’*Explanatory Memorandum* è assai esplicito al riguardo affermando: “*DST is a tax with targeted scope, levied on the revenues resulting from the supply of certain digital services characterized by user value creation. The services falling within the scope of DST are those where the participation of a user in a digital activity constitutes an essential input for the business carrying out that activity and which enable that business to obtain revenues therefrom*”.

²³⁸ Ne è consapevole, peraltro, anche il legislatore tant’è che le Commissioni Affari Costituzionali e Lavori Pubblici del Senato, riunite in seduta congiunta il giorno 25 gennaio 2019, in sede di esame del testo di conversione in legge del D.L. 14 dicembre 2018 n. 135, recante “*disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*”, hanno integrato le norme in questione inserendo, dopo il comma 40, il comma 40-*bis* che porta le specificazioni contenute nella Direttiva e non recepite nel testo appena varato. L’emendamento è stato, tuttavia, successivamente ritirato al momento della presentazione in aula vista la scarsa coerenza dello stesso col Decreto oggetto di conversione.

²³⁹ Si schierano apertamente contro la trattazione tributaria isolata del mondo digitale M.F. De Wilde, “*Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in*”, in *Intertax*, 6-7/2018, pag. 472; L. Spinoza – V. Chand, “*A Long-Term Solution for Taxing Digitalized business Models: should the Permanent Establishment Definition Be modified to Resolve the Issue or should the Focus be on Shared Taxing Rights Mechanism?*”, in *Intertax*, 6-7/2018, pag. 493. La Direttiva e financo l’*Interim Report* sull’*Action 1* del marzo 2018 dell’OCSE sottolineano, invece, come inevitabile (o difficilmente evitabile) un intervento *ad hoc*.

²⁴⁰ Vedi l’art. 2 che contiene alcune specifiche definizioni.

Le prestazioni pubblicitarie paiono essere quelle meno difficili da individuare nei loro contenuti. Esse si traducono nella percezione di un corrispettivo a fronte dell'apparizione di un messaggio pubblicitario *mirato* nell'apparecchio che un utente consapevolmente o meno la attiva. Il corrispettivo prescinde dalla natura dell'utente (impresa o consumatore finale) ed anche dal seguito che questi ha dato all'apparizione del messaggio pubblicitario. Esso sarà, infatti, corrisposto da colui che intende presentare il proprio prodotto al gestore del servizio, cioè a colui che gestisce l'interfaccia su cui la pubblicità è veicolata. Da notare che la Direttiva si perita di precisare (art. 3, par. 3) che, qualora proprietario dell'interfaccia e gestore della stessa (o di parte della stessa) siano soggetti giuridici diversi, è solo il gestore dell'interfaccia ad essere soggetto all'imposta e non anche il proprietario/locatore della stessa. Va infine considerato che le prestazioni della specie possono dare luogo (anzi: normalmente danno luogo) alla fornitura di dati che, opportunamente raccolti ed ordinati, si traducono in un aggregato (c.d. *Big Data*) a sua volta rivendibile su un diverso e più ampio mercato di cui si occupa però la lett. c) che segue (trasmissione di dati).

Anche le prestazioni di accesso ad un circuito digitale di cui alla lett. b), del comma 37, non sembrano così difficili da individuare. Il circuito digitale in questione – definito dalla norma come “interfaccia digitale multilaterale” - si concretizza in una sorta di piazza commerciale dove ciascuno si presenta con una sua esigenza: trovare un bene (tosaerba) da vendere o da comprare, offrire o richiedere un servizio (servizi veterinari in una determinata area), accedere ad un *club* di amici virtuali (*social network*). L'interfaccia digitale multilaterale, ovviamente, non nasce in natura ed è evidente che chi l'ha predisposta, la aggiorna e manutene di giorno in giorno è come se allestisse e lucidasse la sua vetrina. L'ingresso in questa vetrina (o meglio l'accesso alla stessa per usare un linguaggio più adeguato e “digitale”) avviene perlopiù a pagamento se da esso non derivano conseguenze commerciali (partecipazione a *social network*). Sarà invece caratterizzato dal successo dell'accesso stesso se ne deriveranno transazioni commerciali o quantomeno informazioni di un qualche rilievo su transazioni commerciali. La formulazione della norma italiana manifesta qui qualche potenziale conflitto con la disciplina proposta nella Direttiva. Mentre la prima pare applicarsi senza eccezione alcuna, la Direttiva esclude dal suo campo di applicazione l'accesso a contenuti digitali o anche a servizi di mera comunicazione (art. 3, par. 4, lett. a)). L'oggetto da assoggettare a tassazione, si badi bene, è il corrispettivo dell'accesso e non quello della transazione conclusa, qualora inclusiva dello stesso. L'utente che, ad esempio, acquista il godimento di una stanza in albergo parigino paga 100; ma detto importo è poi scomposto in 75 che vanno all'albergatore e 25 che vanno, per dire, a *Booking.com* oppure tutto a *Booking.com* con l'obbligo di quest'ultimo di riversarne il 75% all'albergatore ovvero ancora tutto ad un intermediario finanziario terzo che tratterrà 2 per i suoi servizi e verserà 24 a *Booking.com* e 74 all'albergatore. La prestazione rilevante per la ISD è solo il servizio reso da *Booking.com* e non anche l'ammontare corrisposto al prestatore dell'oggetto acquisito. Se, invece, il corrispettivo è pagato per il mero accesso – per un certo periodo di tempo – all'interfaccia digitale vi dovrebbe essere una sola prestazione (la facoltà di accedere, quindi un obbligo di permettere) e l'intero importo corrisposto a tale titolo dovrebbe rientrare nel campo di applicazione della IST. Un esempio di esistenza della prestazione in discorso è il mero accesso - a pagamento - ad un *social network*. Più discutibile è, invece, l'ipotesi dell'accesso ad una sorta di banca dati. La Direttiva si preoccupa, infatti, di separare l'oggetto da acquisire e la prestazione digitale. Anche in questo caso potrebbe, infatti, esservi un oggetto sottostante (ad esempio: i film contenuti in una cineteca) che può essere fruito mediante accesso alla interfaccia digitale. Similmente a quanto visto sopra per l'acquisto del soggiorno parigino, occorrerebbe qui separare il valore d'uso della cineteca rispetto alla prestazione di intermediazione in cui si concreta la facoltà di accedervi²⁴¹.

Le prestazioni di trasmissione dei dati di cui alla lett. c) del comma 37, lasciano, invece, un po' di più a desiderare circa i loro effettivi contenuti. Il presupposto delle stesse è che vi sia un soggetto che raccoglie, aggrega secondo certe logiche, trasmette e vende dati e informazioni sugli utenti che utilizzano interfacce digitali. Questi dati altro non sono che i movimenti – e quindi le tracce - che ciascun utente lascia nel corso della sua attività digitale. Variano dagli articoli che legge sui giornali digitali alle ricerche sui film in proiezione; dalle tariffe aeree e ferroviarie consultate per un (ipotetico o effettivo) viaggio alle ricette per piatti

²⁴¹ Da notare che M. Nieminen, “*The scope of the...*”, cit., in *Bull. Int. Tax.*, n. 11/2018, sottolinea come la Direttiva richieda, per questa tipologia di servizi, che vi sia comunque una piattaforma che consente innanzitutto agli utenti di trovare altri utenti; e consenta, altresì, a detti utenti di interagire fra loro. Questa sottolineatura porta a concludere che nell'esempio riferito alla cineteca non dovrebbero ricorrere i presupposti per l'applicazione dell'imposta visto che manca lo scambio fra utenti che starebbe, invece, secondo la filosofia della Direttiva, alla base dell'applicazione dell'imposta.

della cucina basca; dalla musica che ascolta, dalle foto che fa o riceve, agli esercizi di yoga per svegliarsi meglio al mattino. Insomma, ogni persona dal momento in cui accende il proprio apparecchio al momento in cui lo dismette, fornisce un'enorme quantità di elementi conoscitivi (*Big Data*) da accumulare, ordinare e trasformare in profilature che delineano personalità, propensione ed anche stati d'animo dell'utente in questione. Questo insieme di elementi presenta, all'evidenza, una grande utilità non solo nella creazione di un nuovo prodotto: ma anche nella definizione della relativa presentazione commerciale ed altresì dei potenziali destinatari della stessa, destinatari che sarà più facile e possibile raggiungere anche attraverso il circuito digitale. Sennonché chi raccoglie i dati in questione può farne inevitabilmente un uso limitato ed a sua volta può trovare utile ricevere dati da altri raccoglitori che operano in contesti spaziali o comportamentali diversi. Queste circostanze rendono utili gli scambi di dati fra distinti raccoglitori o fra chi raccoglie e chi semplicemente ha motivo di farne uso senza trasformarsi esso stesso in raccoglitore. Se l'uno cede all'altro – in proprietà od anche solo in uso – un *set* di dati dietro corrispettivo scatta certamente il presupposto d'imposta. Ma perché denominare a fini ISD questo rapporto come “trasmissione di dati”? La trasmissione rappresenta, nella fattispecie, la mera modalità di accesso al godimento del bene ceduto (i dati) ovvero il consenso al suo accesso (potremmo parlare di diritto d'uso). Un uso più appropriato della terminologia atta a definire meglio il presupposto d'imposta, in conclusione, non guasterebbe²⁴².

Emerge, poi, anche qui una certa contraddizione con la Proposta di Direttiva che prevede delle eccezioni qualora i dati trasmessi abbiano lo scopo di rendere più efficienti e tutelanti i mercati finanziari (art. 3, par. 5). La distinzione pare basata su ciò che costituisce intermediazione, come tale tassabile, e ciò che costituisce mera informazione (perdi più imposta o richiesta come condizione di ammissibilità di una certa attività o di un certo prodotto) e, come tale, non tassabile²⁴³. La norma italiana non ne fa, però, cenno riservandosi, evidentemente, di provvedere attraverso il decreto ministeriale di attuazione della stessa (intervento della cui legittimità, tuttavia, mi pare lecito dubitare).

L'imposta si applica, con l'aliquota del 3%, sull'ammontare complessivo, al netto dell'IVA, delle transazioni della specie realizzate nel corso di un anno solare. Da tale ammontare vanno esclusi i ricavi resi nell'ambito del Gruppo (stavolta richiamato esplicitamente, al comma 38, come prestazioni rese fra soggetti di cui all'art. 2359 del Codice civile). Da notare che la mancata soggezione a tassazione dei ricavi infragruppo pare rilevare ai soli fini della determinazione della base imponibile ma non anche ai fini del raggiungimento della soglia dimensionale che sembrerebbe, quindi, integrata anche dall'esistenza dei detti ricavi.

Manca una specifica presa di posizione sulla deducibilità della ISD dalla base imponibile nella determinazione del reddito d'impresa. Ancorché la norma italiana non ne faccia cenno la disciplina europea la presenta come imposta indiretta²⁴⁴ e pare, quindi, legittimo ipotizzarne la deducibilità, ai sensi dell'art. 99, comma 1, TUIR, come del resto auspicato nello stesso contesto della Direttiva (Considerando n. 27).

4. Presupposti territoriali e temporali (dove e quando tassare)

Il comma 40 si cimenta, poi, con una tematica assai scabrosa: quella della localizzazione del servizio²⁴⁵. Si tratta di una tematica irta di spigoli nel contesto dell'Unione Europea ed affrontata, perciò, in modo assai

²⁴² La Direttiva usa, in verità, proprio la parola “*transmission*”, ma nel Considerando n. 17 si perita di precisare che “*the services within the scope of DST should be those using digital interfaces as a way to create user input which they monetise, rather than services using interfaces only as a way to transmit data generated otherwise*”.

²⁴³ Si legge nel Considerando n. 19: “*A service consisting in making available a digital interface by such an entity goes beyond the mere facilitation of transactions in financial instruments between users of such an interface. In particular, the regulated services which are excluded from the scope of this Directive aim at providing a safe environment for financial transactions*”.

²⁴⁴ Come risulta dal punto 2 dell'*Explanatory Memorandum* ove si giustifica la creazione della nuova imposta nel presupposto che si rientri quivi nell'ambito dell'art. 113 del TFEU che consente al Consiglio unanime di adottare misure di armonizzazione sotto forma di imposte indirette. Da notare che Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018, pag. 89, sia pure nell'ottica di ricostruire l'imposta in questione sotto un profilo economico più che sistematico, ipotizza una qualche consonanza fra la ISD e l'IRAP le cui conseguenze porterebbero alla piena indeducibilità della stessa.

²⁴⁵ Torna qui il tema affrontato da Assonime, “*Il vero interrogativo...*”, cit., *Position Paper*, n. 1/2018, pagg. 4 e ss., poi ripreso anche in Assonime, “*Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento...*”, cit., Circolare, n.19/2018: come

dettagliato dalla Direttiva ma con risultati, a mio giudizio, davvero poco incoraggianti. La Direttiva, proprio per sottolineare il ruolo preponderante dell'utente, individua il luogo (cioè il Paese Membro) cui la prestazione va attribuita in funzione del luogo ove l'apparecchio utilizzato ("device") è stato attivato. E fa coincidere detta attivazione con l'assunzione del cosiddetto *IP address*²⁴⁶. Le caratteristiche di detto criterio identificativo non appaiono adeguate, tantopiù ove si tenga conto delle conseguenze, in termini di emersione della base imponibile e ripartizione fra membri UE, che ne discendono. Si tratta, infatti, di un indirizzo convenzionale, comunemente utilizzato per determinare la localizzazione dell'utilizzatore. Ma un conto è affidarsi nel contesto di diffuse pratiche commerciali; altro è, invece, trasformarlo nel porto sicuro cui ricondurre la territorialità di transazioni istituzionalmente transnazionali²⁴⁷.

La normativa italiana, che pure farebbe bene a confrontarsi in modo più diretto col tema per evitare che gli utenti nazionali vengano – magari anche a loro insaputa – deviati su circuiti non nazionali, non avverte la necessità di chiarire il tema della localizzazione se non per individuare il momento in cui la prestazione diventa rilevante. In questa ottica può concludersi che la prestazione si considera eseguita (ed il relativo ricavo diventa tassabile) se l'utente "è localizzato nel territorio dello Stato" in un certo periodo. Per verificare se un utente si considera "localizzato nel territorio dello Stato" occorre procedere distinguendo fra le tre tipologie di prestazioni descritte *sub 2*.

Per le prestazioni pubblicitarie l'utente si considera "localizzato" in Italia se la pubblicità figura sul suo apparecchio nel momento in cui detto apparecchio viene utilizzato in Italia per accedere ad un'interfaccia digitale ovunque localizzata. Insomma, se decodifico correttamente una fraseologia che mescola presupposti tecnici con concetti giuridici, la territorialità delle prestazioni pubblicitarie è definita dal luogo in cui si trova l'apparecchio dell'utente al momento della sua attivazione. Il che vuol dire che l'utente (italiano o francese che esso sia) che si trova a Ventimiglia fa scattare il presupposto della ISD se accende il suo *iPad* entro il confine italiano. Ma se lo accende, invece, passato il confine francese genererà, tutt'al più, il medesimo presupposto per il Fisco francese ma non per quello italiano. Se è questa la corretta lettura della norma occorre solo sperare che l'Agenzia delle Entrate sia in grado di tracciare, sia pure col supporto di operatori del settore, i movimenti fisici dei singoli apparecchi. In bocca al lupo!²⁴⁸

Per i servizi di cui alla lett. b) (prestazioni di accesso ad un circuito digitale che consente lo scambio informazioni, beni o servizi fra gli utilizzatori di detto circuito) l'utente si considera "localizzato" in Italia al verificarsi di determinate condizioni di utilizzo di un'interfaccia digitale. Nella prima ipotesi, cioè se il servizio utilizzato si concretizza nel mettere a disposizione un'interfaccia che facilita cessioni di beni o prestazioni di servizi fra utenti, l'utente si considera "localizzato" in Italia se utilizza "un dispositivo nel territorio dello Stato per accedere all'interfaccia digitale e conclude un'operazione corrispondente su tale interfaccia". Decodificando si potrebbe dire che in questo caso non è sufficiente che l'apparecchio si trovi fisicamente in Italia ma occorre, altresì, che dal suo utilizzo derivi la conclusione di un'operazione. Immagino si richieda anche la conclusione di un'operazione presupponendo che intanto il servizio (di creazione e messa a

coniugare, cioè, un presupposto di diritto (leggi territorialità della prestazione) con il luogo di emersione/creazione del valore (il luogo in cui l'utente attiva l'interfaccia).

²⁴⁶ Vedi l'art. 2 della Proposta di Direttiva che lo descrive come "*a series of digits assigned to networked devices to facilitate their communications over the internet*". Il successivo art. 5, par. 5, specifica poi che: "*for the purposes of this Article, the Member State where a user's device is used shall be determined by reference to the Internet Protocol (IP) address of the device or, if more accurate, any other method of geolocation*".

²⁴⁷ Invero, occorre rilevare che non è rinvenibile nella legislazione europea una definizione della nozione di indirizzo IP. È quindi peculiare il fatto che la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, prima con la sentenza del 24 novembre 2011 (Causa C-70/10) e, poi, con la sentenza del 19 ottobre 2016 (causa C-582/14), abbia attribuito all'indirizzo IP natura di dato personale ai sensi dell'art. 2, lett. a) della Direttiva 95/46/CE (relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali), in considerazione della sua idoneità ad identificare gli utenti del *web*. Può, al riguardo, aggiungersi che, nelle conclusioni rese il 12 maggio 2016 in relazione alla causa C-582/14 da ultimo citata, l'Avvocato Generale Campos Sánchez-Bordona ha definito l'"indirizzo IP" come "*a sequence of binary numbers which, when allocated to a device (a computer, a tablet or a smartphone), identifies it and allows it to access that electronic communications network*" (par. 1). Davvero un po' troppo poco per considerare affidabile questa identificazione: questa la conclusione di T. Di Tanno, "*La Web tax europea...*", *cit.*, in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 1539.

²⁴⁸ La pensa così anche M. Nieminen, "*The scope of the...*", *cit.*, in *Bull. Int. Tax.*, n. 11/2018, che commenta: "*This is not to say that it would be particularly easy for businesses to keep track of which device and in which jurisdiction each advertisement appears and, especially, that it would be something that it is easy for tax authorities to monitor*".

disposizione dell'interfaccia) verrà remunerato in quanto vi sia un beneficio per le parti che vi hanno avuto accesso. E detto beneficio si rende tangibile nel momento in cui un'operazione è, per tale via, conclusa. Ma questo vuol dire, per converso, che ove vi sia remunerazione anche in assenza di conclusione di un'operazione (una sorta di costo fisso di accesso) la remunerazione in questione dovrebbe restare fuori dell'ambito di applicazione della ISD.

La seconda ipotesi è quella che contempla l'accesso ad un'interfaccia digitale che opera con finalità diverse da quelle soprarichiamate: non mira, cioè, a facilitare la cessione di beni o la prestazione di servizi. È questo il caso, ad esempio, dei classici *social network* in cui si paga un corrispettivo per essere ammessi ad un certo circuito di "amici" che si incontrano intorno ad alcune tematiche (viaggi esotici, cantanti, alunni della scuola tal dei tali, sesso, specialità culinarie, etc.). Rileva qui la modalità di accesso che si deve tradurre nel pagamento di un corrispettivo periodico. In questo caso l'utente si considera "localizzato" in Italia se il diritto di accesso è stato attivato "utilizzando un dispositivo nel territorio dello Stato". Il diritto di accesso viene, di solito, corrisposto prima di accedere al *network* e si concretizza nella possibilità di far parte del circuito per il periodo per cui si è corrisposta la tariffa iniziale. Qui non conta sapere da dove avverrà l'accesso successivo al primo. Solo questo rileverà, infatti, ai fini dell'individuazione della localizzazione dell'utente.

Per le prestazioni di cui alla lett. c) (fornitura di dati raccolti sui movimenti di utenti sul circuito digitale) l'individuazione della "localizzazione" dell'utente presenta difficoltà di comprensione inconsuete. Nell'intesa che lo sforzo cui il legislatore prima, e l'interprete poi, sono chiamati trova il suo primo fondamento nella traduzione in linguaggio comune di terminologie riconducibili più ad uno *slang* di settore che ad una lingua specifica (non basta, cioè, conoscere l'inglese), resta il fatto di dover dare un senso logico alla sequenza di segni e parole in cui si concretizza un dettato normativo. E questa sequenza, nel descrivere le prestazioni in questione, presenta davvero difficoltà di lettura inusitate. Sfrondando la norma delle parti meramente specificative che la compongono, la si può ricondurre al seguente dettato: "Un utente si considera localizzato nel territorio dello Stato se i dati generati dall'utente che ha utilizzato un dispositivo nel territorio dello Stato per accedere a un'interfaccia digitale sono trasmessi in detto periodo". Come ognuno vede qui si mescolano elementi di carattere temporale (il riferimento a periodi d'imposta) con elementi di carattere spaziale (il luogo in cui è stato attivato il dispositivo). Procedendo per deduzioni si può ipotizzare che la localizzazione dell'utente vada ricercata in ciascun accesso ad un'interfaccia digitale indipendentemente dalle ragioni per cui lo fa e dai risultati di tale accesso. L'accesso costituisce, infatti, già di per sé un'informazione sui dati dell'utente ed anche sulle sue preferenze (quali siti visita, in quali orari, con quali frequenze, con quale intensità). E si traduce, quindi, in quell'insieme di dati "raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale" che possono essere ceduti da chi li ha archiviati (dopo averli o meno elaborati) a chi intende farne uso.

Forse bastava, anche in questo caso, per l'individuazione del territorio in cui l'utente è "localizzato", fare riferimento solo al luogo in cui si trova l'apparecchio al momento della sua attivazione. E riservare, invece, i profili temporali al momento della "trasmissione" dei dati in questione. Sarebbe stato forse più utile specificare che i soggetti coinvolti in questa prestazione di servizi sono più di uno e precisamente: (i) un soggetto – presumibilmente un'impresa – che predispone una strumentazione (interfaccia) idonea a raccogliere dati (tali essendo i movimenti che un utente aziona sull'interfaccia); (ii) un altro soggetto – che può essere tanto un privato quanto un'impresa – che utilizza l'interfaccia in questione per ragioni le più disparate e che possono anche non dare luogo alla benché minima transazione (ad esempio: consulto di *Wikipedia*); (iii) un terzo soggetto – probabilmente, ma non necessariamente, un'impresa – che ha interesse a consultare questi dati e chiede gli vengano trasmessi dietro pagamento di un corrispettivo. Combinando i commi 37 e 40 si arriva alla conclusione che debitore d'imposta è, almeno potenzialmente, solo il primo soggetto. Questi dovrà far concorrere l'operazione alla base imponibile della ISD se e quando riceverà un corrispettivo da parte del terzo soggetto. L'imposta sarà dovuta in Italia se l'utente – o meglio: ciascuno degli utenti i cui dati sono stati raccolti – avrà dato luogo ad un accesso all'interfaccia in questione mentre si trovava in territorio italiano. Il che vuol dire che i tempi di raccolta dei dati – evento che rileva ai fini della territorialità dell'eventuale successiva prestazione di servizi – possono essere assai diversi da quelli in cui il presupposto d'imposta si verifica. Questo, infatti, si realizza solo al momento della trasmissione – dietro corrispettivo – dei dati raccolti. La sequenza - evento propedeutico/realizzo del presupposto d'imposta – ha certo una logica. Ma viene spontaneo interrogarsi sulle problematiche di sostenibilità di un accertamento tributario qualora emerga una contestazione fra contribuente e Fisco o fra Amministrazione italiana ed altra Amministrazione UE.

5. Profili applicativi

La ISD si applica in funzione delle prestazioni realizzate. Non rileva, quindi, il momento dell'incasso ma solo quello dell'emersione del diritto a percepire l'ammontare dovuto²⁴⁹. Discutibile ma, almeno, chiaro.

Essa non distingue fra soggetti residenti e non residenti. Questi ultimi, qualora privi di numero identificativo IVA, sono tenuti a farsi assegnare tale identificativo se realizzano i presupposti dimensionali sopradescritti (comma 43).

Si applicano, ai fini dell'accertamento, riscossione e sanzioni, in quanto compatibili, le disposizioni in materia di IVA (comma 44).

I commi 45 e 46 rinviando, poi, all'emanazione di un decreto ministeriale di attuazione delle disposizioni contenute nella legge in commento da pubblicare entro 4 mesi dall'entrata in vigore della legge stessa ed ad uno o più provvedimenti Direttoriali (da emanarsi senza alcun vincolo temporale) per la definizione delle relative modalità applicative.

Il comma 47 prevede l'entrata in vigore della ISD il sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto ministeriale soprarichiamato. Il che vuol dire, con ragionevole probabilità, a partire dal 1 luglio 2019.

²⁴⁹ E ciò del tutto in linea con le previsioni dell'art. 4, par. 5, della Direttiva.

VII. Considerazioni conclusive

Le analisi riportate e le valutazioni espresse nei Capitoli che precedono mostrano, al di là di qualsivoglia pregiudizio soggettivo, che non esiste una soluzione univoca all'individuazione di una corretta forma di tassazione dell'economia digitale. Né vi è unanime valutazione sulla necessità - o almeno sull'opportunità - di considerare l'economia digitale come settore particolare - da trattare, quindi, con specialità - dell'economia d'impresa. Questa situazione cozza, tuttavia, violentemente contro la realtà dal momento che essa produce la seguente inaccettabile conseguenza: i redditi di imprese ordinarie (cioè non digitali) sono tassati - pur fra rilevanti differenziazioni - nei territori in cui si realizzano. Quelli delle imprese digitali non sono tassati affatto perché tendenzialmente apolidi (c.d. *stateless income*). L'affermazione, spesso ricorrente nel mondo imprenditoriale, che tutte le imprese tendono a digitalizzarsi - cioè ad incrementare la componente immateriale rispetto a quella materiale - e che quindi non vale la pena distinguere quelle digitali dalle altre, rende, se possibile, la tematica ancora più drammatica. Essa lascia trasparire, infatti, uno scenario in cui il reddito d'impresa - quale che ne sia il prodotto - sfugga del tutto a qualsivoglia tassazione in qualsivoglia Stato. E prefigura una situazione in cui l'imposta sul reddito diventa un appannaggio esclusivo delle persone fisiche con totale esenzione, nei fatti, dei redditi da attività imprenditoriali.

Nulla vieta, beninteso, di procedere in questo senso; vi è anzi abbondante letteratura che configura la tassazione dei redditi societari come mera anticipazione della tassazione del titolare effettivo degli stessi tale essendo la persona fisica che, alla fine, in qualche modo li percepisce e li spende (*ultimate shareholder*). Non può, tuttavia, tacersi che questa appare davvero una concezione dell'economia arretrata e del tutto inidonea a fotografare i flussi fra imprese produttrici di ricchezza e percettori finali della stessa. Ed a tassarli, quindi, correttamente. Se però, diversamente da quanto qui si auspica, si dovesse concludere che questa è la direzione di marcia verso cui muovere occorre esplicitare la novella e renderne partecipe da un lato il popolo dei contribuenti (ed elettori); dall'altro il mondo imprenditoriale così da equiparare, almeno, il trattamento fra imprese, quale che ne sia il grado di digitalizzazione.

Se, invece, si ritiene che il mondo delle imprese debba continuare a fornire il proprio contributo al gettito erariale, occorre allora assumere con determinazione l'impegno a fare sì, da un lato, che detto gettito effettivamente ci sia; dall'altro che la relativa ripartizione non si traduca, nei fatti, in aggravii per taluni ed esenzioni per altri. Oppure li preveda: ma come frutto di scelte motivate ed esplicitate. Nulla vieta di ritenere - come alcuni sostengono - l'economia digitale un settore da incentivare per far avanzare il grado di evoluzione tecnologica di un Paese, né mancano gli strumenti, anche tributari, idonei a concretizzare questa valutazione se di essa ci si fa portatori. Non deve, però, accadere che siffatto trattamento privilegiato derivi solo da miopia o disattenzione nella formazione del quadro normativo di riferimento.

Il quadro normativo attuale, quantomeno a livello internazionale, mostra, purtroppo, una rilevante quanto pericolosa inadeguatezza. I redditi prodotti dalle *web companies* - specie quelle di più grandi dimensioni - sono, infatti, caratterizzati da una sostanziale non tassazione. Questo fenomeno viene ascritto, come rilevato nei Capitoli precedenti, alla manifesta inidoneità dell'istituto della "stabile organizzazione" ad attrarre a tassazione i redditi da queste prodotti nei mercati da cui pure vengono prelevati cospicui ricavi. Basterebbe, dunque, aggiornare il detto istituto per venirne a capo. Sennonché l'aggiornamento del concetto di stabile organizzazione, nel caso specifico dell'economia digitale, cozza proprio con la natura intrinseca dello stesso e presenta, nel passaggio dall'economia materiale a quella digitale, difficoltà estreme ad oggettivizzare tanto il luogo di produzione del valore che la quantificazione dello stesso. Tant'è che il lavoro di approfondimento, pur condotto con rigore (dall'OCSE) e determinazione (dalla Commissione UE), non ha portato a risultati anche solo accettabili (come illustrato nelle pagine che precedono).

Sono proprio queste constatazioni a porre sul tavolo la domanda estrema se non si debba cambiare strada. Se, cioè, anziché perseguire la chimera di tassare un reddito d'impresa oggettivamente determinato (definito, cioè, in base al bilancio) non si debba ipotizzare un percorso diverso. Un percorso, cioè basato su due possibili alternative. La prima una forma di tassazione a livello mondiale che sostituisca il riferimento alla stabile organizzazione con un criterio di allocazione del reddito mondiale ai singoli Paesi dove si prelevano introiti in funzioni di determinati parametri (valore degli *assets*, costi del personale, ricavi, sul modello indicato nella Proposta di Direttiva CCCTB). La seconda che preveda una tassazione forfettaria in funzione dei flussi

provenienti da ciascun Paese sul modello di quella che è oggi – a livello Europeo – definita come *Interim Web Tax*.

La prima ipotesi avrebbe bisogno, è evidente, di una sostanziale riscrittura del Modello OCSE di Trattato contro le doppie imposizioni e, quindi, di un consenso assai ampio e di tempistiche non brevissime. La seconda pare, invece, più a portata di mano e, in qualche misura, già sul campo per via della Proposta di Direttiva in queste pagine commentata, e che la Legge di bilancio 2019 ha nella sostanza anticipatamente recepito. Si tratta, peraltro, di ipotesi compatibili sotto il profilo temporale. Esse muovono dalla constatazione che interventi pienamente condivisi sul come ed in che misura attribuire redditi plurinazionali in funzione dei tradizionali requisiti di residenza e territorialità richiede tempi non preventivabili e comunque inevitabilmente lunghi. Al contrario regimi diciamo pure “sostitutivi” e unilaterali – ancorché discutibili - possono garantire, da un lato, una tenuta del gettito nei paesi da cui la ricchezza viene prelevata. Dall’altro, fungere da pungolo perché un nuovo orizzonte effettivamente emerga e consenta il risorgere di un equilibrio fiscale (oggi alterato) fra Paese dal quale la ricchezza proviene a Paese del relativo percettore. La tassazione “sostitutiva” dovrebbe, tuttavia, evitare almeno di vestire intenti – nei fatti – punitivi. Non potendosi ipotizzare che essa possa dar luogo ad un “credito d’imposta” (e ad un *foreign tax credit* nei rapporti internazionali) visto che non rientra fra le imposte sul reddito, occorrerebbe almeno propugnarne (se non è possibile prevederne) la deducibilità dalla base imponibile del reddito d’impresa²⁵⁰.

D’altro canto, non può negarsi che, sotto il profilo dei principi, nel mentre una tassazione incentrata sui flussi generati in ciascun Paese appare costituzionalmente fondata, l’imposizione su un reddito solo virtualmente determinabile potrebbe generare perplessità, per stare alle categorie italiane, in termini di individuazione di una capacità contributiva effettiva. Probabilmente si tratta di una sorta di circolo vizioso, nel senso che la difficoltà (o impossibilità) di definire in termini oggettivi una stabile organizzazione nel caso dell’economia digitale determina un’individuazione altrettanto virtuale della ricchezza da essa prodotta o, quanto meno, ad essa imputabile. La tassazione dei flussi, rappresentando un parametro indiretto ma oggettivo di manifestazione di ricchezza, appare, invece, fondato su un presupposto sicuramente significativo di un’attitudine alla contribuzione, a condizione ovviamente che il livello di tassazione sia razionalmente determinato e che i flussi da sottoporre ad imposizione siano correttamente ed oggettivamente individuati. Il che peraltro è compito del diritto positivo e su ciò – come rilevato nelle pagine precedenti – dovrà attentamente esercitarsi l’analisi ermeneutica delle disposizioni introdotte dalla recente Legge di bilancio 2019.

²⁵⁰ Come, del resto, onestamente la Proposta di Direttiva fa nel Considerando n. 27.

BIBLIOGRAFIA

- P. Adonnino, “Cooperazione amministrativa e modalità di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali”, in *Quaderni di rassegna tributaria*, 1995
- P. Adonnino, “L’individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza”, in *Rivista di diritto tributario*, 1998
- M. Agrawal, “India at the Forefront in implementing BEPS-Related Measures: Equalization Levy in line with Action 1”, in *International transfer pricing journal*, 2016
- G. Albano, “Nuovi modelli di business delle imprese multinazionali e stabile organizzazione occulta”, in *Corriere Tributario*, n. 6, 2017
- A. Amatucci, “La normativa comunitaria”, in *Diritto tributario internazionale*, a cura di V. Uckmar, CEDAM, Milano, 2005
- Assonime, “Fiscalità internazionale: le nuove linee di intervento OCSE, USA e UE a confronto”, Circolare n. 19, 1 agosto 2018
- Assonime, “Il vero interrogativo non è cosa tassare ma chi può tassare”, *Position Paper*, n. 1/2018, a cura di I. Vacca
- Assonime, “Prime considerazioni sulla web tax “transitoria””, Circolare n. 21, 4 agosto 2017
- Assonime, “Risposta alla procedura pubblica di consultazione nazionale, riguardante il pacchetto di proposte della Commissione per la tassazione dell’economia digitale indetta dal MEF – Dipartimento delle Finanze in data 16 maggio 2018”, in *Consultazioni*, n. 6/2018
- Assonime, “Stati sovrani e imprese multinazionali alla sfida del fisco, tra sostanza e trasparenza”, in *Note e Studi*, n. 15/2017, a cura di T. Gasparri
- D. Avolio - D. Pezzella, “La web tax e la tassazione dei servizi digitali”, in *Il Fisco*, 2018
- D. Bergami, “Quanto “guadagnano” le stabili organizzazioni?”, in *A&F*, n.12, 2013
- L. Bernardi, “Trump’s tax reform plan: a short overview”, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, I, 2017
- C. Bianchi, “Strutture aziendali nel mercato globalizzato”, Bologna, 2010
- A. Bisioli – A. Zullo, “Web tax: una lettura in chiave comunitaria”, in *Corriere Tributario*, 2018
- F. Boccia, “The digital economy and fiscal policy in the age of e-commerce”, in F. Boccia - B. Leonardi, “The challenge of digital economy”, Printforce (Olanda), 2016
- S. Bragantini, “Web tax europea. Un nodo da sciogliere”, in *Corriere della Sera*, 28 novembre 2018
- Y. Brauner – P. Pistone, “Adopting current international taxation to new business models: two proposals for the European Union”, in *Bulletin for International taxation*, 2017
- S.M. Carbone, “Stabile organizzazione e gruppo d’imprese nel diritto internazionale tributario”, in AA.VV., *La struttura dell’impresa e l’imposizione fiscale*, Padova, 1981
- L. Carpentieri, “La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali”, in *Rivista di diritto tributario*, I, 2018
- S. Cassese, “Territori e potere”, Bologna, 2016
- E. Ceriana, “Stabile organizzazione e imposizione sul reddito”, in *Diritto e pratica tributaria*, 1995

F. Ciani – A. Lanotte, “*L’economia digitale e l’azione del progetto BEPS. La stabile organizzazione «virtuale» e il commercio elettronico: introduzione del concetto di «significativa presenza economica»*”, in *Bollettino Tributario*, 2018

S. Cipollina, “*I confini giuridici del tempo presente. Il caso del diritto fiscale*”, Milano, 2006

Commissione Europea, “*A Fair and Efficient Tax System in the European Union for the Digital Single Market*”, Comunicazione COM(2017)547 final, 21 settembre 2017

Commissione Europea, “*An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*”, Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio, COM(2012)722, 6 dicembre 2012

Commissione Europea, “*Common Consolidated Corporate Tax Base*”, Proposta di Direttiva COM(2016)683 final, 25 ottobre 2010

Commissione Europea, “*Common Corporate Tax Base*”, Proposta di Direttiva COM(2016)685 final, 25 ottobre 2010

Commissione Europea, “*Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*”, Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio COM(2018)146 final, 21 marzo 2018

Commissione Europea, “*Fair and Efficient Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*”, Comunicazione COM(2015)302 final, 17 giugno 2015

Commissione Europea, “*Laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*”, Proposta di Direttiva COM(2018)147 final, 21 marzo 2018

Commissione Europea, “*On the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*”, Proposta di Direttiva COM(2018)148 final, 21 marzo 2018

Commissione Europea, “*Relating to the corporate taxation of a significant digital presence*”, Raccomandazione C(2018)1650, 21 marzo 2018

Commissione Tributaria Regionale, Milano, Sez. XXXIII, sentenza n. 3174, 25 maggio 2016

Conforti B., “*L’applicazione delle norme internazionali*”, in *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006

Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti, “*La fiscalità nell’economia digitale. Problematiche e scenari possibili*”, maggio 2018

Corte di Cassazione, V Sezione, sentenza n. 1138, 19 gennaio 2009

Corte di Cassazione, sentenza n. 27111, 28 dicembre 2016

Corte dei Conti, “*L’e-commerce e il sistema fiscale*”, Deliberazione, n. 8/2018/G, 24 maggio 2018

Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza C-70/10, 24 novembre 2011

Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza C-605/12 (caso *Welmory*), 16 ottobre 2014

Corte di Giustizia dell’Unione Europea, sentenza C-582/14, 19 ottobre 2016

E. D’Alfonso, “*La nozione di stabile organizzazione nelle imposte sui redditi e nell’IVA*”, in *Rassegna tributaria*, 2003

A. De Luca - A. Bampo, “*La stabile organizzazione in Italia*”, Milano, 2009

M.F. De Wilde, “*Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy: Fold or All-in*”, in *Intertax*, 6-7/2018

- E. Della Valle, “*La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull’imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*”, in *Il fisco*, 2018
- E. Della Valle, “*Web tax europea, un modello che punta alla ritenuta sui ricavi*”, in *Il Sole 24 Ore*, 12 settembre 2017
- T. Di Tanno, “*Così la web tax diventa inutile*”, in *Lavoce.info*, 8 gennaio 2018
- T. Di Tanno, “*Deposito in Italia di un non residente e stabile organizzazione*”, in *Corriere Tributario*, 1982
- T. Di Tanno, “*La Web tax europea: una misura innovativa ed emergenziale*”, in *Corriere Tributario*, 2018
- T. Di Tanno, “*L’imposta sui servizi digitali si allinea alla proposta di Direttiva UE*”, in *Il Fisco*, 2019
- S. Dorigo, “*La cooperazione fiscale internazionale*”, in C. Sacchetto (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011
- U. Draetta, “*Internet e commercio elettronico nel diritto internazionale dei privati*”, Milano, 2005
- A. Fantozzi, “*L’imposizione fiscale delle stabili organizzazioni, problematiche e prospettive*”, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2002
- Fondazione Nazionale dei Commercialisti, “*L’imposta societaria nella UE – Il Framework normativo per una tax good governance*”, Documento di Ricerca, 26 ottobre 2018
- G. Fransoni, “*La proposta estone di una web tax basata sul numero dei clienti: stabile organizzazione virtuale o reale?*”, in *Rivista di diritto tributario online*, 21 settembre 2017
- G. Fransoni, “*La web tax: miti, retorica e realtà*”, in *Rivista di diritto tributario online*, 1 aprile 2018
- G. Fransoni, “*Prime considerazioni sulla web tax ovvero sull’iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*”, in *Rivista di diritto tributario online*, 19 settembre 2017
- F. Gallo, “*Fisco ed economia digitale*”, in *Diritto e pratica tributaria*, I, 2015
- F. Gallo, “*La stabile organizzazione*”, in *Rassegna tributaria*, Quaderno n. 2, 1986
- F. Gallo, “*Prospettive di tassazione dell’economia digitale*”, in *Diritto mercato tecnologia*, n. 1/2016
- C. Garbarino, “*La tassazione del reddito transnazionale*”, in *Corriere Tributario*, 2002
- C. Garbarino, “*Manuale di tassazione internazionale*”, IPSOA, Milano, 2008
- Guardia di Finanza, “*Manuale operativo in materia di contrasto all’evasione e alle frodi fiscali*”, Circolare n. 1, 2018
- N. Irti, “*Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*”, Roma-Bari, 2001
- B. Le Maire, “*L’urgenza di tassare le aziende digitali*”, in *Corriere della Sera*, 23 ottobre 2018
- M. Leo, “*Quale tassazione per l’economia digitale*”, in *Il Fisco*, 21/2018
- A. Lovisolo, “*Il concetto di stabile organizzazione nel regime convenzionale contro le doppie imposizioni*”, in *Diritto e pratica tributaria*, 1983
- P. Ludovici, “*Per la digital economy una tassazione concordata a livello internazionale*”, in *Quotidiano del Fisco*, 16 marzo 2018
- A. Manzitti, “*Brevi note in tema di stabile organizzazione e mandato gestorio*”, in *Rivista di diritto tributario*, 2001

- M. Marè, “*Sulla web tax il vento sta cambiando*”, in *Il Sole 24 Ore*, 25 marzo 2018
- P. Mastellone, “*La cooperazione fiscale internazionale nello scambio di informazioni*”, in R. Cordeiro Guerra (a cura di), *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012
- S. Mayr - B. Santacroce, “*La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*”, IPSOA, Milano, 2016
- S. Mayr, “*Società estere con stabile organizzazione in Italia e con partecipazione in società italiane*”, in *Bollettino tributario*, 2000
- G. Melis, “*Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*”, in *Diritto e pratica tributaria*, 2014
- M. Nieminen, “*The scope of the Commission’s Digital Tax Proposals*”, in *Bulletin for International Taxation*, 11/2018
- OCSE, “*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*”, *Action 1 – Final Report*, 2015
- OCSE, “*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*”, *Policy Note*, 2019
- OCSE, “*Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce?*” - *Final Report*, 2004
- OCSE, “*Electronic Commerce: The Challenges to Tax Authorities and Taxpayers*”, 1997
- OCSE, “*Taxation and Electronic Commerce - Implementing the Ottawa Taxation Framework Conditions*”, 2001
- OCSE, “*Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report*”, 2018
- Parlamento Europeo, EPRS, “*Corporate taxation of a significant digital presence*”, *Briefing*, Dicembre 2018
- J. Pellefigue, “*Transfer Pricing Economics for the Digital Economy*”, in *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 22, Issue 2, 2015
- M. Pennesi, “*Stabile organizzazione. Aspetti critici ed evoluzioni sul tema*”, Milano, 2012
- F. Pepe, “*Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*”, in *Rivista trimestrale di diritto tributario*, 2017
- M. Piazza, “*Guida alla fiscalità internazionale*”, Milano, 2004
- M. Proietti, “*Stabile organizzazione occulta ed imposte dirette: profili critici in punto di soggettività tributaria*”, in *Rassegna Tributaria*, 2012
- R. Rizzardi, “*Dal caso “Apple” alla concorrenza fiscale corretta*”, in *Corriere Tributario*, n. 42, 2016
- R. Russo, “*Base erosion and profit shifting*”, in F. Boccia - B. Leonardi, *The challenge of digital economy*, Printforce (Olanda), 2016
- C. Sacchetto, “*Le fonti del diritto internazionale tributario*”, in *Diritto tributario internazionale* (a cura di V. Uckmar), CEDAM, Milano, 2005
- L. Salvini, “*I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*”, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2016
- A.S. Samari, “*Digital Economy and Profit Allocation: The Application of the Profit Split Method to the Value Created by a “Significant Digital Presence”*”, *International Transfer Pricing Journal*, (volume 26), No. 1, 2019

- L. Sheppard, “*Digital Permanent Establishment and Digital Equalization Taxes*”, in *Bulletin for International Taxation*, (volume 72), No. 4/special Issue, 2018
- L. Spinoza – V. Chand, “*A Long-Term Solution for Taxing Digitalized business Models: should the Permanent Establishment Definition Be modified to Resolve the Issue or should the Focus be on Shared Taxing Rights Mechanism?*”, in *Intertax*, 6-7/2018
- D. Stevanato, “*La web tax piace a tutti, ma ha un problema: è sbagliata*”, in *Il foglio*, 12 settembre 2017
- V. Tanzi, “*Termites of the State: Why Complexity Leads to Inequality*”, 2017
- A. Tomassini – A. Sandalo, “*L’iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell’economia digitale*”, in *Corriere Tributario*, 2018
- A. Tomassini, “*L’incerta corsa alla tassazione dell’economia digitale*”, in *Corriere Tributario*, 2018
- A. Tomassini, “*Stabili organizzazioni e commercio elettronico*”, in *Corriere Tributario*, 19/2013
- G. Tremonti, “*Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*”, a cura di F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti, TREU T, Bologna, 1993
- A. Uricchio – W. Spinapolice, “*La corsa ad ostacoli della web taxation*”, in *Rassegna tributaria*, 2018
- G. Valente – A. Della Carità, “*E-commerce: l’OCSE fa luce sulla doppia imposizione*”, in *A&F*, n.17, 2003
- P. Valente, G. Ianni e F. Roccataglia, “*Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione di impresa*”, IPSOA, 2015
- P. Valente, “*Elusione fiscale internazionale*”, IPSOA, 2014
- P. Valente, “*Manuale del Transfer Pricing*”, IPSOA, 2018
- S. Wagh, “*The taxation of Digital Transactions in India: the new equalization levy*”, in *Bulletin for International Taxation*, 2016
- S. Zucchetti, Tardini A. e Lanfranchi O., “*The Italian “Web Tax”: The New Administrative Procedure for Multinational Enterprises to Disclose Hidden Permanent Establishment in Italy*”, in *International Transfer Pricing Journal*, Settembre/Ottobre 2017