

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

INDICE DEL FASCICOLO N. 1

(gennaio – aprile 2016)

<i>The European eIDAS Regulation.....</i>	5
Giusella Finocchiaro	
<i>The Digital Identity: the Global Prospective.....</i>	20
Francesco Delfini	
<i>Tutela giuridica e interoperabilità transistituzionale dei documenti legali nel contesto internazionale e comunitario</i>	24
Dimitris Liakopoulos	
<i>Liberalizzazioni e diritti fondamentali nella diversa prospettiva delle Corti europee e nazionali.....</i>	78
Lorenzo Delli Priscoli e Maria Francesca Russo	
<i>Big data e potere di mercato: appunto sul controllo delle informazioni.....</i>	107
Gustavo Ghidini e Marta Ghiglioni	

FOCUS

IL SISTEMA IMPOSITIVO NELL'ECONOMIA DIGITALE

<i>Presentazione</i>	117
Alessandro De Stefano	
<i>L'economia digitale tra libertà di stabilimento ed elusione fiscale</i>	120
Alessandro De Stefano	
<i>Prospettive di tassazione dell'economia digitale</i>	154
Franco Gallo	
<i>Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati</i>	175
Alessio Persiani	
<i>Profili strutturali dell'imposizione indiretta dell'economia digitale</i>	203
Giuseppe Melis	

L'ECONOMIA DIGITALE
TRA LIBERTÀ DI STABILIMENTO ED ELUSIONE FISCALE

Alessandro De Stefano
Università Europea di Roma

Sommario: 1. Il potere impositivo degli Stati nei riguardi delle società multinazionali; 2. Le tendenze evolutive degli Stati e delle Organizzazioni internazionali sulla tassazione dell'economia digitale; 3. Regolamentazione dell'economia digitale e libertà di stabilimento delle imprese e di concorrenza fiscale degli Stati; 4. Erosione della base imponibile e dispersione dei profitti nell'economia digitale; 5. Problematiche attuali e proposte di intervento.

1. Il potere impositivo degli Stati nei riguardi delle società multinazionali

I sistemi fiscali di quasi tutti gli Stati, che si fondano essenzialmente su schemi elaborati con riferimento a mercati nazionali chiusi, devono oggi affrontare le sfide di un sistema economico che ha rapidamente assunto le dimensioni di un unico mercato di dimensione mondiale. I sistemi normativi vigenti si ispirano ai tradizionali canoni della sovranità statale e si basano sostanzialmente su due concorrenti fattori di collegamento, che costituiscono la fonte dell'esercizio della potestà impositiva: il criterio soggettivo della residenza, che giustifica l'assoggettamento a tassazione dei redditi ovunque prodotti dai residenti, ed il criterio oggettivo del luogo di produzione del reddito, che giustifica l'assoggettamento a tassazione di tutti i redditi da chiunque prodotti nel territorio dello Stato.

Quest'ultimo criterio di collegamento, che riguarda i soggetti non residenti, costituisce espressione della sovranità esercitata dallo Stato nell'ambito del proprio territorio, ed evoca pertanto l'attività di controllo che esso è in grado di esercitare con la sua autorità sui soggetti che fisicamente operano e sulle attività che materialmente si svolgono all'interno dei propri confini.

Come è noto, secondo le regole codificate dalle convenzioni contro le doppie imposizioni sulla base del modello OCSE, i redditi dei soggetti non residenti che esercitano attività d'impresa si considerano prodotti nel territorio di uno Stato quando sono riferibili ad una "stabile organizzazione" (reale o personale) ivi costituita; cioè, quando nel territorio dello Stato sia riscontrabile una sede fissa d'affari del soggetto non residente, attraverso la quale si realizzano i redditi quivi prodotti. Il potere impositivo è collegato dunque al controllo ed alla autorità che esso è in grado di esercitare sulle strutture e sulle persone che materialmente operano nel proprio territorio.

Questo tradizionale criterio di collegamento entra però in crisi quando le attività economiche assumono una dimensione che trascende i limiti territoriali del potere impositivo degli Stati, e quando il progresso tecnologico e l'apertura dei mercati consentono di sviluppare le transazioni commerciali nelle varie parti del mondo senza necessità di ubicarsi fisicamente all'interno di esse.

La globalizzazione dei mercati, che negli ultimi 50 anni ha rappresentato il principale fattore di crescita e di miglioramento del tenore di vita delle popolazioni, è alimentata dal progresso delle scienze e delle comunicazioni, dalla liberalizzazione delle attività economiche, dal dinamismo della concorrenza internazionale e dalla promozione delle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali. Nella misura in cui trascendono le dimensioni territoriali nelle quali si esplica la sovranità degli Stati, questi fenomeni rendono necessaria l'elaborazione di nuovi istituti e di nuove tecniche giuridiche, che consentano di assoggettare ad un efficace prelievo fiscale, mediante imprescindibili forme di cooperazione, i redditi prodotti mediante attività che trascendono i confini territoriali degli Stati e che si sviluppano su scala planetaria.

Questi fenomeni e le connesse problematiche non sono tipici dell'economia digitale. Essi si sono manifestati sin dalla seconda metà dello scorso secolo, all'indomani dell'ultima guerra, allorquando l'apertura dei mercati ha fatto emergere il divario tra i limiti territoriali della sovranità dello Stato e l'espansione dell'operatività dei grandi gruppi societari sul piano sovranazionale. Sin da tale momento è apparso necessario individuare idonei strumenti per ricondurre nell'alveo della potestà impositiva degli Stati

la produzione di ricchezza realizzata dalle grandi società multinazionali nei diversi territori.

Nella giurisprudenza italiana è noto il caso «*Philip Morris*»¹, oggetto di una sentenza con cui la Corte di Cassazione ha ritenuto legittimi – non senza vivaci contrasti in dottrina ed in sede Ocse – gli atti di accertamento con cui l'Amministrazione finanziaria aveva recuperato a tassazione le imposte dirette ed indirette relative alle vendite effettuate dalla multinazionale del tabacco nel territorio dello Stato, nel presupposto che l'attività qui svolta fosse riferibile non alle società estere che formalmente la gestivano, ma ad una loro controllata residente, considerata come stabile organizzazione dell'intero gruppo; con la conseguente configurabilità del nesso tra l'attività svolta ed il territorio dello Stato, idoneo a giustificare l'esercizio del potere impositivo.

Già nella *old economy*, anche quando fosse stato possibile individuare una sede o una rappresentanza del soggetto non residente nello Stato che integrasse l'astratto presupposto per la tassazione dei redditi ascrivibili alla propria “stabile rappresentanza” nel territorio, risultava assai difficile pervenire ad una tassazione effettiva. Il tema più delicato è sempre stato quello di distinguere quella parte di reddito imputabile ad opere dell'ingegno, alla ricerca scientifica, alle attività direzionali e simili (i cd. “*intangibles*”), che la stabile organizzazione residente deve ribaltare a

Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

¹ Si fa riferimento alla sentenza della Cassazione del 25 maggio 2002, n. 7682, e altre coeve. Sul tema, cfr. C. Garbarini, *La nozione di stabile organizzazione nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2002, fasc. 3, parte 2, pp. 443-461; G. Sozza, *Note a margine della pronuncia della Cassazione sul caso Philip Morris*, in *Il Fisco*, 2002, fasc. 38, p. 6036 e ss.; B. Accilli, *Il caso Philip Morris*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2004, fasc. 1, parte 1, p. 65 e ss.; M. Tancredi, *Dopo il caso 'Philip Morris' la Suprema Corte statuisce ancora sul centro di attività stabile ai fini dell'Iva e sulla questione della società di capitali controllata da soggetto non residente ricalificata quale stabile organizzazione*, in *Bollettino Tributario d'informazione*, 2004, fasc. 17, p. 1205 ss.; A. Musselli, *"Trasferimento" di funzioni svolte da società del gruppo, ricollocazione dei flussi reddituali e problematiche fiscali connesse*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, fasc. 11, p. 1505; M. Cerrato, *Stabile organizzazione e gruppi tra rigori giurisprudenziali e temperamenti dell'OCSE*, in *Corriere tributario*, 2008, fasc. 43, p. 3507.

favore della casa madre estera sotto specie di compensi per l'uso dei diritti immateriali, ovvero di canoni (o *royalties*) per la concessione dei diritti d'uso dei brevetti, dei marchi, dei diritti d'autore, del *know how*.

Poiché si tratta di diritti esclusivi di elevata mobilità, che possono essere facilmente localizzati in qualunque luogo e per i quali non è agevole individuare un prezzo o un valore di riferimento, i compensi dovuti per queste causali nelle operazioni infragruppo erano determinati con criteri ampiamente discrezionali, difficilmente sindacabili dall'Amministrazione finanziaria. In tal modo, essi hanno potuto sempre costituire agevole strumento per trasferire il reddito prodotto nello Stato in cui avviene la produzione o la commercializzazione dei beni nello Stato in cui hanno sede la società controllante o la casa-madre.

Similmente, già nel passato i prezzi dei servizi infragruppo ed i *cost sharing agreement* (cioè gli accordi infragruppo per ripartire le spese di comune interesse ed i costi di ricerca) hanno rappresentato uno strumento difficilmente controllabile per deviare in altro Paese i profitti realizzati nel luogo di effettivo esercizio dell'attività.

L'economia digitale non ha dunque creato nuove problematiche, ma ha amplificato ed esacerbato quelle esistenti. I problemi già presenti nei sistemi fiscali degli Stati sono così letteralmente esplosi, imponendo soluzioni immediate e non più eludibili: per un verso il rapido sviluppo delle tecnologie digitali ha impresso ulteriore e straordinario impulso alla globalizzazione del sistema economico; per altro verso esso ha originato il fenomeno della "dematerializzazione" dei beni e dei servizi ed ha accentuato la mobilità dei fattori produttivi, la formazione di monopoli, l'accumulazione dei profitti, l'accelerazione degli scambi, la riduzione dei costi, la moltiplicazione dell'offerta, le capacità di acquisizione, raccolta ed elaborazione dei dati.

In tale contesto appare sempre più manifesta l'inadeguatezza dei tradizionali apparati normativi, che si fondano sul controllo delle attività fisicamente svolte nel territorio dello Stato. Di conseguenza, gli Stati rivelano una crescente incapacità di sottoporre ad un efficace sistema di tassazione, nel rispetto dei principi di capacità contributiva e secondo criteri di "parità delle armi", i grandi gruppi di imprese che conducono, a livello

sovranaZIONALE, questo impetuoso fenomeno di trasformazione dell'economia globale. In mancanza di un rapido processo di coordinamento e di cooperazione tra tutti i Governi, il rischio di un'economia senza Stati e di Stati senza potere impositivo nei confronti delle multinazionali, diviene concreto.

2. Le tendenze evolutive degli Stati e delle Organizzazioni internazionali sulla tassazione dell'economia digitale

L'attenzione degli Stati e delle Organizzazioni internazionali per la tassazione dell'economia digitale costituisce un evento recente. Fino a pochi anni fa, le attività che si sono sviluppate sulla rete delle telecomunicazioni elettroniche sono state considerate parte di una realtà virtuale, della quale non erano ancora chiari i potenziali riflessi sull'economia reale, e sulla quale non potevano essere comunque imposti disincentivi e freni, pena la limitazione del progresso tecnologico. La rete *internet* è stata quindi inizialmente considerata come una *no tax land*, insuscettibile di essere assoggettata a tributi propri².

In particolare, con la comunicazione intitolata «*Un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*» (doc. n. 157 del 15 aprile 1997)³, la Commissione Europea ha ritenuto opportuno non assoggettare le operazioni *on line* ad imposizioni supplementari ed aggiuntive rispetto a quelle esistenti; ed analogo orientamento la Commissione ha espresso con comunicazione del 17 giugno 1998 e nella relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva del Consiglio del 7 giugno 2000.

Anche il *Committee on fiscal affairs* dell'Ocse ha ritenuto inopportuna l'istituzione di tributi specifici, ritenendo sufficiente, ove possibile,

² Sul punto, cfr. A. Uricchio, *Le frontiere dell'imposizione tra evoluzione tecnologica e nuovi assetti istituzionali*, Bari, 2010, p. 50 ss.; ID., *Evoluzione tecnologica e imposizione: la cosiddetta "Bit Tax". Prospettive di riforma della fiscalità di internet*, in *Riv. Informaz.*, 2005, p. 753 ss.

³ Si veda *European Commission, Press Release Database*, reperibile al sito http://europa.eu/rapid/press-release_IP-97-313_it.htm

l'estensione delle regole previste per le operazioni realizzate con strumenti tradizionali.

A non diverse conclusioni è pervenuto il Dipartimento del Tesoro americano nel documento denominato «*Selected tax policy implications of global electronic commerce*» (novembre 1996), ove si è ritenuto fondamentale non gravare di ulteriori imposte le attività economiche poste in essere attraverso la rete. Successivamente, nell'anno 1998 gli Stati Uniti hanno adottato il cd. «*Internet tax freedom act*», che ha previsto l'esenzione da imposte statali, federali o locali per tali attività per un periodo transitorio di tre anni (poi ulteriormente prorogato nell'anno 2001 con il cd. «*Internet tax non discrimination act*»).

La libertà di stabilimento delle imprese digitali e la loro salvaguardia da possibili pretese impositive degli Stati sono state rafforzate anche dalla modifica del Commentario all'art. 5 del modello di convenzione Ocse contro le doppie imposizioni (cui si è uniformato, nell'ordinamento interno, il quinto comma dell'art. 162 del t.u.i.r.), ove si è chiarito che la presenza di un sito web su un server, o l'utilizzo dei servizi di un *Internet service provider*, non costituiscono di per sé stabili organizzazioni di un soggetto non residente; con la conseguenza che uno Stato non può pretendere di assoggettare a tassazione i redditi realizzati da un'impresa digitale nel proprio territorio per il solo fatto che essa si avvalga di un sito *web* quivi istituito o di una connessione fornita da un *internet provider* quivi residente, perché tali dotazioni non sono sufficienti per configurare una “stabile organizzazione” e per affermare che le attività realizzate mediante il loro uso sono radicate nel proprio territorio⁴.

Un'inversione di tendenza si è registrata nei primi anni del nuovo millennio, allorché sono state avvertite le potenzialità della rete

⁴ Come già rilevato, l'indicazione dell'OCSE è stata recepita nel nostro ordinamento mediante l'art. 163, comma 5, del d.lgs. 22 dicembre 1986, n. 917, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, d.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, a decorrere dai periodi di imposta che hanno inizio successivamente al 1° gennaio 2004, per il quale: «[...] non costituisce di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi».

nell'implementazione delle attività economiche e degli scambi di beni e di servizi. Piuttosto che come mero strumento o come luogo "virtuale", *internet* è apparso come un nuovo mercato, con proprie caratteristiche e peculiarità spazio-temporali, bisognoso di propria regolamentazione.

Sotto il profilo civilistico, è emersa la necessità di una specifica disciplina per regolare, tra l'altro, la formazione del consenso ed il perfezionamento del contratto, i sistemi di pagamento, la responsabilità delle parti, la tutela del consumatore (cfr., a tal fine, la direttiva comunitaria 8 giugno 2000, n. 31, recepita in Italia con il d.lgs. del 9 aprile 2003, n. 70); sotto il profilo fiscale, sulla base del programma approvato nel vertice tenuto ad Helsinki alla fine del 1999, è stata emanata la direttiva comunitaria 7 maggio 2002, n. 38 (recepita, nell'ordinamento interno, con la legge comunitaria 3 febbraio 2003, n. 14, ed il d.lgs. attuativo del 1° agosto 2003, n. 273), recante una prima disciplina dell'assoggettamento ad IVA, come prestazione di servizio, del commercio elettronico diretto.

Negli anni successivi il dibattito è oscillato tra due posizioni contrapposte, senza tuttavia pervenire ad alcun tangibile risultato: da un lato, l'inefficace ricerca dei metodi e delle forme per poter assoggettare ad una tassazione effettiva, secondo la disciplina ordinaria, gli enormi profitti prodotti in misura crescente dalle imprese digitali mediante l'offerta di beni e servizi smaterializzati, nella totale assenza di qualsiasi presenza fisica nel territorio degli Stati; da un altro lato, la configurazione di nuove tasse, che potessero specificamente applicarsi alle attività veicolate dalle nuove tecnologie informatiche, nella sperimentata incapacità del tradizionale sistema impositivo di colpire la nuova ricchezza che si formava sul mercato della rete.

In questa ottica, nel corso del tempo sono state formulate varie proposte, quasi mai concretizzate, per istituire:

a. una "*bit tax*", sostitutiva dell'I.V.A., da applicare (nella misura stimata di 0,000001 centesimo di dollaro/*bit*) in base al numero di impulsi elettronici emessi da ciascun soggetto collegato alla rete;

b. una tassa di registrazione del dominio (e cioè del nome che consente l'identificazione e la localizzazione dei *computer* interconnessi);

c. una tassa di concessione degli indirizzi IP (e cioè del codice di identificazione che permette di collegare il *computer* alla rete);

d. un'imposta sulla pubblicità "*on line*";

e. una tassa sugli accessi ("*hits*"), e cioè su ciascuna connessione effettuata da un operatore ad un sito *web*, sia commerciale che professionale.

L'effettiva presa di coscienza dei problemi della tassazione dell'economia digitale da parte delle Organizzazioni internazionali si inserisce nella più generale tendenza degli ultimi anni ad indirizzare le politiche fiscali nei confronti dei grandi gruppi multinazionali e di recuperare a tassazione la base imponibile erosa da strategie di pianificazione fiscale che sottraggono ingenti entrate fiscali all'Amministrazione finanziaria di tutti gli Stati. Il dinamico sviluppo della globalizzazione sotto la spinta della digitalizzazione dell'economia ed i correlati fenomeni di sottrazione di ingenti risorse economiche alla potestà impositiva degli Stati, contrapposti alla contrazione delle risorse pubbliche derivante dalla crisi economica e dai patti di stabilità, hanno indirizzato la politica delle Istituzioni verso una radicale revisione delle tradizionali regole che hanno fin qui regolato la fiscalità internazionale.

Nell'anno 2013 i Paesi del G20 e l'Ocse hanno concordemente adottato un piano, articolato in 15 azioni, per contrastare i fenomeni di erosione della base imponibile e della diversione dei profitti («*Base Erosion and Profit Shifting*»: *BEPS*)⁵. Si è convenuto che il contrasto di questi fenomeni è una questione di particolare rilevanza per gli Stati e deve essere realizzato in tempi ristretti, onde impedire lo sgretolamento dell'esistente cornice del sistema fiscale internazionale convenzionale, che si accrescerebbe con esiti incerti per le imprese nel momento in cui gli scambi internazionali si rendono più necessari che mai.

Il piano di azione, pubblicato nel mese di luglio 2013, prevede una serie di misure coerenti e coordinate, relative a tutti i principali strumenti di regolazione della fiscalità internazionale, quali la definizione di "stabile organizzazione" (e quindi delle condizioni in base alle quali i redditi di una

⁵ Ocse, *Addressing base erosion and profit shifting*, 12 febbraio 2013, http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en

società devono ritenersi prodotti e dunque tassati nel territorio di uno Stato diverso da quello di residenza), la disciplina delle *Controlled Foreign Companies* (CFC) e dei prezzi di trasferimento (*Transfer Pricing*), la neutralizzazione degli “accordi combinati ibridi” (*Hybrid Mismatches Agreements*) e degli abusi dei trattati (*Treaty Shopping*), usualmente utilizzati dai gruppi sovranazionali per dirottare i redditi verso Paesi a fiscalità privilegiata o per fruire indebitamente dei benefici dagli stessi trattati offerti.

La prima azione prevista dal Piano, da integrare con tutte le altre, riguarda proprio la tassazione dell’economia digitale, che rappresenta il più rilevante problema emergente nel contesto della globalizzazione dei mercati.

In attuazione del Piano, nel corso del 2014 la Commissione degli Affari fiscali dell’Ocse ha adottato un primo gruppo di 7 linee di indirizzo. Esso comprende il rapporto redatto nel mese di settembre da una speciale “*Task force on the digital economy*”, organismo sussidiario della predetta Commissione, a seguito di apposita consultazione pubblica indetta il 22 novembre 2013.

Nel marzo 2014 l’Organizzazione ha diffuso e sottoposto a consultazione pubblica una bozza di rapporto relativa alla prima azione⁶. L’analisi dei contributi pervenuti ha portato alla pubblicazione, il 16 settembre 2014, di un testo definitivo da sottoporre all’esame del G20⁷. Il rapporto finale della “*Task force*”, denominato «*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*», è stato poi pubblicato nello scorso 2015⁸.

In analoga direzione si è orientata la Commissione Europea, che con decisione C(2013)7082 *final* del 22 ottobre 2013 ha istituito un “*High Level*

⁶ Ocse, *Beps Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, 24 marzo 2014, sul sito <http://www.oecd.org/ctp/tax-challenges-digital-economy-discussion-draft-march-2014.pdf>.

⁷ Ocse, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, 16 settembre 2014, sul sito http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy_9789264218789en.

⁸ Ocse, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*, 5 ottobre 2015, sul sito <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>

Expert Group on Taxation of the Digital Economy”, composto di 7 membri indipendenti, con il fine di «sviluppare una posizione omnicomprensiva dell’UE sulle questioni fiscali relative all’economia digitale» e con il compito – tra l’altro - «di sorvegliare l’evoluzione delle politiche fiscali relative all’economia digitale»; «di contribuire a formulare proposte per la tassazione dell’economia digitale ed esaminare possibili basi imponibili alternative a quelle attualmente in vigore»; «di analizzare in modo esaustivo la relazione tra le attività delle imprese operanti nel settore dell’economia digitale all’interno dell’UE ed il loro contributo diretto o indiretto al gettito fiscale degli Stati membri, nonché le eventuali carenze nell’adeguamento delle norme fiscali internazionali attualmente in vigore all’economia digitale»; «di fornire... un’ampia gamma di possibili soluzioni... indicando i rischi, le possibili conseguenze e l’impatto economico e finanziario per l’Unione di ciascuna soluzione proposta»⁹.

In data 28 maggio 2014 il Gruppo di Esperti ha pubblicato il proprio rapporto¹⁰. Con esso, con riferimento alle imposte dirette, ha proposto in sintesi: a) nel breve periodo, l’adozione di una linea comune dell’U.E. nell’ambito del progetto BEPS dell’Ocse, al fine di implementare l’attuale disciplina convenzionale sulla tassazione transnazionale, con specifico riferimento al contrasto delle pratiche fiscali dannose, alla revisione delle regole sul *transfer pricing* e sulla ridefinizione dei criteri in base ai quali l’attività commerciale di un ente non residente deve ritenersi svolta nel territorio dello Stato, con conseguente assoggettamento a tassazione degli utili ad essa riferibili; b) in un più lungo periodo, l’introduzione di una modalità di determinazione del reddito globalmente prodotto e delle relative imposte, da ripartire tra tutti gli Stati interessati in base a criteri obiettivi e proporzionati.

Per quanto riguarda invece le imposte indirette, dal 1° gennaio 2015 sono state introdotte significative modifiche della disciplina dell’IVA a

⁹ La decisione si può rinvenire sul sito: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/com_2013_7082_en.pdf

¹⁰ Il rapporto è reperibile al sito: http://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/taxation/gen_info/good_governance_matters/digital/report_digital_economy.pdf

livello europeo. La riforma ha previsto, in particolare, che il luogo di prestazione di tutti i servizi di telecomunicazione e *broadcasting* e di tutti i servizi digitali a privati consumatori deve essere individuato nello Stato membro in cui si trova il consumatore, e non più in quello in cui è stabilito il fornitore, in sintonia con la natura dell'IVA quale imposta sui consumi. In questo modo si è arrestata la precedente tendenza delle imprese a localizzarsi nei Paesi con aliquota IVA inferiore, con pregiudizio dei Paesi in cui avveniva effettivamente il consumo¹¹.

Negli anni recenti anche i singoli Stati hanno ritenuto di dover assumere iniziative autonome per affrontare i nuovi problemi della tassazione dell'economia digitale.

In particolare:

a) nell'anno 2013 è stato pubblicato in Francia il Rapporto Colin e Collin, che – con riferimento specifico alle tematiche BEPS – ha proposto in sintesi:

i. per quanto riguarda l'imposizione diretta, una modifica della nozione di “stabile organizzazione”, includendo in essa il caso del soggetto che conduca un *business* in un Paese diverso da quello di residenza mediante utilizzo di dati raccolti attraverso il sistematico monitoraggio degli utenti *internet* di quel Paese. In questa prospettiva, la raccolta di dati ed il *data base* che ne deriva non è una attività “ancillare e secondaria”, ma l'oggetto essenziale di tale *business*;

ii. con riferimento alle imposte indirette, oltre alla introduzione delle modifiche alla disciplina IVA già proposte dalla Commissione (applicazione dell'IVA nel luogo di residenza del consumatore finale), l'introduzione di una tassa sulla raccolta, l'archiviazione e l'impiego di dati relativi ad utilizzatori del *web*, qualora tale attività sia praticata con continuità e sistematicità in relazione ai residenti di un determinato territorio;

b) nel Regno Unito è stata introdotta la «*Diverted Profit Tax*»¹²;

c) in Italia:

¹¹ Cfr. la successiva relazione di G. Melis, *Profili strutturali dell'imposizione indiretta dell'economia digitale*, in questa Rivista.

¹² Cfr. la successiva relazione di F. Gallo, *Prospettive di tassazione dell'economia digitale*, in questa Rivista, pp.

i. con l'art. 1, comma 33 (poi abrogato dall'art. 2, d.l. 6 marzo 2014, n. 16), e con i commi 177 e 178 del d.l. della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità per il 2014) è stata prevista la cd. «*web tax*»;

ii. l'art. 99, lett. i), della legge delega 11 marzo 2014, n. 23, ha previsto «*l'introduzione, in linea con le raccomandazioni degli organismi internazionali e con le eventuali decisioni in sede europea, tenendo anche conto delle esperienze internazionali, di sistemi di tassazione delle attività transnazionali, ivi comprese quelle connesse alla raccolta pubblicitaria, basati su adeguati meccanismi di stima delle quote di attività imputabili alla competenza fiscale nazionale*»;

iii. in data 27 aprile 2015 i deputati Stefano Quintarelli e Giulio Cesare Sottanelli hanno presentato la proposta di legge recante «*Norme in materia di contrasto all'elusione fiscale online*»¹³. Tuttavia tale proposta, pur avendo alimentato un vasto dibattito in dottrina e sui «*media*»¹⁴, non ha mai iniziato l'iter parlamentare.

3. Regolamentazione dell'economia digitale e libertà di stabilimento delle imprese e di concorrenza fiscale degli Stati

L'attuale tendenza a sollecitare progetti di riforma che consentano agli Stati una più efficace tassazione dei profitti derivanti dal vertiginoso sviluppo del mercato digitale non è tuttavia unanime. Non mancano resistenze e voci di dissenso da parte degli Stati che preferiscono offrire sistemi fiscali vantaggiosi per favorire l'attrazione dei capitali e delle iniziative economiche.

Queste contrapposte tendenze sono sostenute anche da teorie dottrinali ispirate ai principi del liberismo. È opportuno farvi un breve riferimento, al fine di verificare i loro presupposti ed i loro contenuti.

¹³ A.C. n. 3076. La proposta di legge è stata assegnata alla VI Commissione della Camera.

¹⁴ Cfr. A. Persiani, «*La Digital Tax italiana: alcune brevi riflessioni*», sul sito di questa Rivista all'indirizzo www.dimt.it/2015/09/10 Id., «*Digital tax: melius re perpensa il governo fa marcia indietro*», sullo stesso sito all'indirizzo www.dimt.it/2015/10.

Un primo motivo ostativo alla riforma delle tradizionali forme della fiscalità internazionale è rinvenuto solitamente in ragioni di carattere economico. Esso si basa sul timore che un eventuale aggravamento della tassazione, specie se realizzata mediante l'imposizione di nuovi tributi, possa costituire un ostacolo all'innovazione e alla crescita delle tecnologie informatiche e telematiche e possa determinare un freno allo straordinario sviluppo dei sistemi produttivi e delle relazioni sociali, che si è registrato per loro effetto negli anni recenti.

Un secondo motivo si fonda su argomenti di carattere più strettamente giuridico. Secondo le tesi liberiste, alle imprese sovranazionali dovrebbe essere sempre garantito il diritto di organizzare le proprie strategie commerciali secondo regole di razionalità economica, in modo da massimizzare i profitti e minimizzare gli oneri fiscali, nel rispetto delle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, anche al fine di ridurre gli oneri fiscali, nel rispetto delle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali, anche al fine di ridurre i prezzi di vendita, a beneficio del consumatore finale. Parallelamente, anche gli Stati avrebbero il diritto di determinare liberamente le condizioni ed i livelli della tassazione nel loro territorio, in modo da attrarre capitali ed iniziative economiche estere, secondo un corretto principio di "concorrenza fiscale" con gli altri Stati. Qualunque intervento che tendesse ad assoggettare a tassazione in uno specifico territorio e secondo le norme fiscali di uno specifico Stato i profitti realizzati e le operazioni compiute nel mercato globale della rete, sarebbe in contrasto con i principi anzidetti.

Secondo l'Istituto Bruno Leoni – un Istituto di ricerca dichiaratamente impegnato nella «difesa della libertà di mercato» - «la presunta emergenza del regime tributario da applicare alle imprese digitali non esiste e le misure proposte per affrontarla rischiano di essere nocive». Ad avviso di tale Istituto, «*il dibattito in materia di tassazione delle multinazionali del digitale appare caratterizzato da molte petizioni di principio e affermazioni roboanti, ma scarsamente fondate su una rigorosa osservazioni empirica*»¹⁵.

¹⁵ M. Trovato, *Una soluzione in cerca di un problema? La tassazione dell'economia digitale*, sul sito http://www.brunoleonimedia.it/public/Papers/IBL_SR-Tassazione_Digitale.pdf.

Infatti, la sproporzione tra ricavi realizzati ed imposte pagate, denunciata dalla stampa più autorevole, potrebbe spiegarsi con *«legittime strategie industriali volte a privilegiare la conquista di una solida posizione di mercato a prezzo di una ridotta redditività immediata»*, così come dimostrerebbe il fatto che – secondo i dati emergenti dal *report* del Gruppo di Esperti della Commissione Europea – le aliquote applicate a livello mondiale nel triennio 2011–2013 a sette multinazionali digitali e a sette multinazionali di altri settori non divergono significativamente tra loro, e risultano superiori di quasi tre punti alla media europea.

Segnatamente, nel contrasto tra *«la libertà delle imprese multinazionali di approntare l'organizzazione più adatta per portare avanti la missione commerciale del gruppo ed il desiderio dei pubblici poteri di vagliare l'effettiva logica industriale alla base dell'articolazione realizzata»*, dovrebbe prevalere il principio – affermato da quasi un secolo dalla giurisprudenza americana – secondo cui *«ciascuno può regolare i propri affari in modo che le imposte dovute siano le più basse possibili»*, in mancanza di un vincolo *«a scegliere la strada più remunerativa per l'erario»*¹⁶.

A ciò si aggiunge che non sarebbe corretto *«impedire ai paesi a più bassa tassazione di attrarre capitali a danno dei paesi a più alta tassazione»*, perché così facendo si limiterebbe quella concorrenza fiscale tra Stati, che – dagli anni '80 del secolo scorso – si è tradotta in un abbattimento molto significativo delle aliquote (dall'aliquota media del 47,5%, registrata nell'anno 1981, a quella media del 25,5%, rilevata nell'anno 2013), bilanciato da un corrispondente aumento della base imponibile (e, di conseguenza, del gettito fiscale).

In buona sostanza, occorrerebbe difendere *«la libertà dei singoli paesi di determinare autonomamente i propri regimi tributari in ossequio a una precisa idea di crescita, che riguarda le imprese residenti ancor prima degli investimenti internazionali»*, unitamente alla *«libertà delle imprese di perseguire le proprie strategie a beneficio di consumatori, azionisti e lavoratori»*. Questa posizione si iscrive nel più ampio contesto di una teoria

¹⁶ M. Trovato, cit.

diretta a superare la tassazione sui redditi di impresa, che si rivela *«altamente inefficiente, scarsamente al passo con la realtà dei mercati, foriera di comportamenti opportunistici, caratterizzata da un deficit di certezza»*, oltre che *«dannosa per la crescita»*¹⁷.

La tassazione, dunque, non dovrebbe colpire i processi di formazione della ricchezza, ma dovrebbe gravare solo sulle persone fisiche, quali lavoratori, investitori o consumatori, quando fruiscono della retribuzione per il lavoro prestato o della distribuzione dei profitti realizzati dall'impresa, o quando utilizzano il proprio reddito per l'acquisto dei beni e dei servizi da essa prodotti.

Sebbene siano minoritarie, queste tesi meritano di essere attentamente considerate, al fine di accertare la legittimità dell'attuale tendenza a reindirizzare ed a redistribuire le attività economiche che si svolgono sul mercato globale della rete, nell'intento di ricondurle nella giurisdizione degli Stati dai quali si originano i profitti e nei quali si realizza il consumo.

La prima questione, che sotto il profilo metodologico conviene analizzare, investe la stessa giustificazione di un'imposizione fiscale sui redditi societari, che da un lato costituirebbe un ostacolo all'innovazione ed alla crescita economica ed un fattore di aumento dei prezzi e di contrazione del mercato, e da un altro lato si tradurrebbe in una forma di doppia imposizione sugli stessi redditi che saranno tassati a carico dei soci all'atto della loro distribuzione sotto forma di dividendi.

A tal proposito, è facile osservare che non vi è ragione per derogare al fondamentale principio costituzionale di capacità contributiva, che – imponendo a “tutti” i soggetti dell'ordinamento di concorrere al sostentamento della spesa pubblica – non consente di introdurre discriminatorie eccezioni a vantaggio delle persone giuridiche o di esentare da imposizione i redditi prodotti in forma associata, fino al momento dell'effettiva distribuzione. È vero che la tassazione di tale tipologia di redditi può dare adito a fenomeni di doppia tassazione economica, nel caso in cui non sia efficacemente neutralizzata mediante strumenti opportuni (quali la concessione di un credito di imposta o un regime di esenzione,

¹⁷ M. Trovato, cit.

totale o parziale, al momento della distribuzione ai soci). È però altrettanto vero che - come evidenziato da ampia letteratura – la tassazione dei redditi societari è imposta dalla necessità di evitare che essi possano essere sottratti ad imposizione “*ad libitum*” per un indefinito periodo di tempo, fino a quando non ne sia discrezionalmente disposta la distribuzione ai soci.

Se, dunque, non si può ipotizzare un superamento dell’attuale sistema impositivo dei redditi societari, ancor meno si potrebbe giustificare una rinuncia degli Stati ad esercitare la propria potestà impositiva nei confronti delle multinazionali estere che operano nel proprio territorio; e ciò sia perché la loro capacità contributiva è spesso enormemente maggiore di quella delle imprese nazionali, che sono normalmente assoggettate ad imposizione; sia perché una loro esenzione, di fatto o di diritto, non sarebbe verosimilmente bilanciata da una corrispondente tassazione a carico dei soci, perché residenti all’estero.

A loro volta, gli argomenti fondati su valutazioni di carattere economico sembrano travisare la funzione propria degli obblighi contributivi. La pur legittima esigenza di salvaguardare l’innovazione e il progresso tecnologico e di favorire il contenimento dei costi dei beni e dei servizi a beneficio dai consumatori, deve essere bilanciata con la contestuale esigenza di assicurare la copertura dei costi della spesa pubblica, finalizzata alla soddisfazione di innumerevoli bisogni di interesse generale. Se da un lato gli oneri fiscali devono essere imposti in misura equa e sostenibile, e una misura eccessiva del prelievo deve essere evitata al fine di non pregiudicare la produttività delle imprese e la crescita complessiva, da un altro lato non si può pretendere che le imprese più dinamiche e maggiormente produttive (e perciò astrattamente dotate di maggiore capacità contributiva) siano per ciò stesso sottratte all’obbligo di contribuire con parte dei propri profitti alla soddisfazione degli interessi generali.

Con riferimento all’asserita libertà delle imprese di localizzare le proprie attività secondo le proprie discrezionali scelte di razionalità economica, anche mediante una accurata pianificazione che consenta di eliminare o di ridurre drasticamente gli oneri fiscali, è facile osservare che anche i soggetti che operano su scala planetaria compiono le proprie operazioni e conseguono i propri profitti nel territorio dei singoli Stati e

devono rispettare le leggi dei rispettivi ordinamenti. Non si può ritenere perciò lecito il comportamento di quelle imprese multinazionali che, utilizzando strutture di puro artificio costituite al solo scopo di conseguire un vantaggio fiscale, tendono ad aggirare gli obblighi contributivi ai quali sarebbero ordinariamente tenute in base alle leggi stabilite dai Paesi nei quali esercitano le proprie attività e concludono i propri affari.

D'altronde, sono frequenti le formali dichiarazioni delle principali multinazionali operanti nell'economia digitale che proclamano la volontà di ottemperare fedelmente agli obblighi fiscali nei Paesi in cui operano, nel rispetto delle leggi vigenti e dei principi che ispirano la responsabilità sociale dell'impresa.

Neppure si può ragionevolmente affermare che gli Stati devono poter disporre di una illimitata libertà di stabilire autonomamente le modalità ed i livelli della tassazione nel proprio territorio, secondo proprie scelte di politica economica e sulla base di una libera concorrenza fiscale con gli altri Stati, in modo da attrarre capitali dall'estero e favorire lo stabilimento di nuove iniziative economiche. Nell'anno 1998 il tema ha costituito oggetto di un ampio rapporto dell'Ocse, denominato «*Harmful Tax Competition*», che ha goduto di un vasto consenso degli Stati ed ha costituito la base delle successive strategie di azione nelle reciproche relazioni internazionali¹⁸.

Secondo tale rapporto, che si focalizza sulle attività che fruiscono di mobilità geografica (come le attività finanziarie e di servizi, fra cui la licenza di beni immateriali), occorre distinguere le ipotesi di concorrenza lecita (che dipendono dalla maggiore o minore capacità degli Stati di razionalizzare la struttura della spesa pubblica e di modernizzare il proprio fiscale, diminuendo le aliquote e promuovendo una migliore neutralità delle imposte) da quelle di concorrenza dannosa. Si configura questo fenomeno qualora uno Stato introduca regimi fiscali di particolare favore, consistenti nella detassazione di determinate attività o nell'applicazione di aliquote particolarmente basse, allo scopo di dirottare gli investimenti da uno Stato ad un altro.

¹⁸ Ocse, *Harmful Tax Competition - An Emerging Global Issue*, 1998, sul sito: <http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>

Quando la correlazione tra i sistemi fiscali è sfruttata mediante l'attuazione di speciali disposizioni che erodono in via principale la base imponibile di altri Stati, le ricadute sul potere impositivo altrui non costituiscono un semplice effetto collaterale, incidentale allo sviluppo della politica fiscale domestica. In questo caso, l'effetto è quello di deviare gli ordinari flussi dei capitali e delle risorse finanziarie ed i corrispondenti redditi da altre giurisdizioni, cercando di acquisire aggressivamente la base imponibile di altri Paesi.

Questo effetto è stato efficacemente descritto come una "caccia di frodo" alla base imponibile che "giustamente" spetta ad altri Paesi.

Il rapporto evidenzia che i "paradisi fiscali" e i regimi fiscali privilegiati dannosi determinano distorsioni ai flussi finanziari e, indirettamente, ai flussi reali di capitali; erodono la base imponibile degli altri Stati, mettendo a repentaglio la loro integrità e la loro capacità di assolvere agli obiettivi di politica economica; stravolgono il giusto mix tra imposizione e spesa pubblica; determinano spostamenti dei carichi fiscali dai fattori più mobili a quelli meno mobili (il lavoro, la proprietà e i consumi); causano un aumento di costi per le amministrazioni finanziarie ed i contribuenti¹⁹.

Da ciò consegue l'esigenza di contrastare i fenomeni distorsivi che si verificano in questo modo, sia mediante norme interne che mediante norme convenzionali, nell'ambito di una maggiore cooperazione internazionale degli Stati in materia fiscale.

In senso analogo si è espressa la Commissione Europea, che – sulla base due comunicazioni inoltrate nell'anno 1997 sulla concorrenza fiscale dannosa – ha elaborato un Codice di condotta sulla fiscalità delle imprese. In esso, sono considerate misure di concorrenza fiscale dannosa, e perciò da evitare, quelle «*relative alla tassazione delle imprese che condizionano ovvero sono suscettibili di condizionare in modo rilevante la scelta dell'ubicazione di attività imprenditoriali nel territorio della Comunità*»²⁰.

¹⁹ Cfr. Ocse, o.u.c., cap. I, spec. punti 26-30.

²⁰ V. la comunicazione della Commissione europea al Consiglio del 1° ottobre 1997, COM(1997) 564, intitolata «*Verso il coordinamento fiscale dell'Unione Europea*», richiamata al sito "europa.eu/rapid/press-release_PRES-07-126_it.htm".

Si può dunque conclusivamente affermare che a livello internazionale è ormai acquisito il principio secondo cui la potestà degli Stati di elaborare liberamente le proprie politiche fiscali trova un generale limite nell'obbligo di non creare artificiosi regimi di favore che possano alterare le ordinarie regole economiche sulla localizzazione delle attività e sul luogo di produzione dei redditi, e non può quindi impedire di introdurre le opportune normative che contrastino la concorrenza fiscale dannosa ed i fenomeni di erosione della base imponibile e riconducano la tassazione dove i profitti vengono concretamente realizzati.

4. Erosione della base imponibile e dispersione dei profitti nell'economia digitale

Giova a tal punto focalizzare le più abituali condotte dei grandi operatori dell'economia digitale, al fine di meglio comprendere i metodi mediante cui si realizza lo spostamento dei redditi dai luoghi di effettivo compimento delle attività commerciali e si verifica il fenomeno della erosione della base imponibile degli Stati, al quale le Organizzazioni internazionali e gli Stati stessi prestano crescente attenzione.

Secondo il citato rapporto dell'Ocse «*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*», il piano di azione BEPS redatto nell'anno 2013 ha sottolineato che sussistono diffuse «situazioni nelle quali i profitti tassabili possono essere artificialmente separati dalle attività che li generano, ovvero – con riferimento all'imposta sul valore aggiunto (IVA) – situazioni nelle quali non è riscossa nessuna imposta, o è riscossa un'imposta d'importo inadeguatamente basso, su forniture digitali da remoto a soggetti esenti o ad imprese multinazionali che svolgono attività esenti»²¹.

²¹ Cfr. Ocse, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, cit., punto 5.1. Nel testo inglese, «as noted in the BEPS Action Plan (OECD, 2013a), BEPS concern are raised by situations in which taxable income can be artificially segregated from the activities that generate it, or in the case of value added tax (VAT), situations in which non or an inappropriately low amount of tax is collected on remote digital supplies to exempt businesses or multi-location enterprises (M.L.Es) that are engaged in exempt activities».

Il rapporto evidenzia che queste situazioni «*minano l'integrità del sistema fiscale e potenzialmente accrescono la difficoltà di raggiungere gli obiettivi prefissati*»²². Ciò si traduce anche in una grave distorsione della concorrenza sui mercati, che presuppone una posizione di parità tra tutti gli operatori; e ciò perché gli operatori internazionali, che riescono ad allocare le proprie attività ed i propri redditi in Paesi a fiscalità privilegiata distanti da quelli di effettiva conclusione degli affari, ricevono un indebito vantaggio competitivo rispetto agli operatori che sono quivi stabiliti e che sono assoggettati a tassazione secondo la normativa del Paese di residenza.

Le modalità mediante cui si realizza la scissione tra localizzazione della sede e luogo dell'effettivo svolgimento dell'attività sono stati ampiamente esplorati dalla letteratura in materia tributaria. Per quanto riguarda le imposte dirette, le strategie che generano abnormi riduzioni dei livelli di imposizione, si possono così sintetizzare:

a) minimizzazione della tassazione nel Paese del mercato (o della fonte del reddito), escludendo una presenza fisica nel territorio di tale Paese, ovvero – nel caso di esistenza di una presenza fisica – mediante il dirottamento dei profitti realizzati ad altre strutture del gruppo allocate in Paesi esteri a bassa fiscalità mediante accordi contrattuali che massimizzano gli oneri finanziari e/o i costi di trasferimento (tra cui, in particolare, quelli relativi alla remunerazione per l'uso di diritti immateriali) e le correlate deduzioni fiscali. È evidente che queste strategie, già note nel pregresso sistema economico, sono ampiamente facilitate nell'economia digitale, sempre più caratterizzata dalla mobilità dei fattori produttivi e dalla possibilità di gestire a distanza gli affari che si svolgono in ogni parte del mondo;

b) evitare o minimizzare le ritenute alla fonte (e cioè i sistemi adottati dagli Stati per sottoporre a tassazione i redditi in uscita prodotti nel proprio territorio da imprese non residenti, specialmente a titolo di interessi o di *royalties*, imponendo ai soggetti obbligati al pagamento di effettuare una ritenuta a titolo di imposta). Questo risultato può essere ottenuto

²² Id., o.l.u.c.. Nel testo inglese, «*these situations undermine the integrity of the tax system and potentially increase the difficulties of reaching revenue goals*».

sfruttando le disposizioni contenute nelle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, che prevedono l'esenzione da ritenuta o che ne riducono considerevolmente l'ammontare; ciò avviene anche mediante l'interposizione di *shell-companies* (e cioè di "società guscio" o "società cuscinetto"), localizzate in Paesi che non prevedono o non consentono l'applicazione di siffatte ritenute;

c) evitare o minimizzare le imposte al livello delle società che si interpongono tra il Paese di effettivo svolgimento degli affari ed il Paese della società madre; società intermedie che sono normalmente collocate in Paesi con regimi fiscali preferenziali o in classici "paradisi fiscali", in cui l'assenza o l'irrilevanza del sistema impositivo si giustifica con il basso livello della spesa e dei servizi pubblici e con l'obiettivo economico di attrarre i capitali esteri;

d) differire a tempo indeterminato la tassazione nel Paese di residenza dell'ultima Società madre, ove si originano le attività di direzione e di ricerca, la produzione dei beni e dei servizi, la gestione finanziaria e lo sviluppo del *marketing*. Tale strategia si realizza principalmente mediante il differimento della distribuzione degli utili (magari in attesa di qualche legge speciale che favorisca il rimpatrio dei profitti) e per effetto della mancanza o della inadeguatezza delle normative in tema di *Controlled Foreign Companies* (C.F.C.).

Giova rappresentare, a questo riguardo, che l'estrema difficoltà di valutare i corretti valori degli *intangibile* e dei trasferimenti infra-gruppo, con i conseguenti riflessi sulla allocazione e sull'assoggettamento a tassazione dei profitti realizzati, induce le Amministrazioni finanziarie e le imprese multinazionali interessate a ricorrere all'istituto del *ruling* internazionale, al fine di prevenire possibili contestazioni future e determinare in anticipo, su basi consensuali, i compensi da attribuire ai vari fattori della produzione e la misura del reddito netto da imputare all'attività svolta nel territorio dello Stato e da assoggettare a tassazione in quest'ultimo.

Il *ruling* svolge, dunque, l'utile funzione di evitare il ricorso al contenzioso e di dare certezza ai rapporti e stabilità alle strategie commerciali. Tuttavia, quando l'accordo con l'Amministrazione finanziaria nazionale sottende trattamenti preferenziali, influenzati dall'interesse a

favorire l'attrazione di capitali e di stabilimenti produttivi, si può configurare l'ipotesi di un aiuto di Stato illegittimo a favore delle imprese, sotto forma di indebite riduzioni dei carichi fiscali; è quanto la Commissione europea ha ipotizzato con l'avvio di procedure di infrazione nei confronti di alcuni Paesi Membri in conseguenza delle modalità di regolamentazione dei rapporti fiscali con alcune multinazionali operanti nel proprio territorio: il Lussemburgo per i rapporti con Amazon e Fiat Finance, l'Irlanda per i rapporti con Apple, e l'Olanda per quelli con Starbucks.

Nell'ottobre 2015 la Commissione ha concluso che il Lussemburgo e i Paesi Bassi avevano concesso vantaggi fiscali selettivi (e dunque contrari ai Trattati) rispettivamente a Fiat e a Starbucks. Nel gennaio 2016 la Commissione ha concluso che i vantaggi fiscali selettivi concessi dal Belgio ad almeno 35 multinazionali, prevalentemente dell'UE, nell'ambito del regime fiscale sugli utili in eccesso, sono illegali ai sensi delle norme UE sugli aiuti di Stato.

Con comunicato stampa del 30 agosto 2016, la Commissione ha poi dato notizia di aver concluso l'approfondita indagine avviata nei confronti dell'Irlanda e di aver concluso che tale Stato ha concesso ad Apple vantaggi fiscali illegali, che hanno consentito alla società di versare per lunghi anni molte meno imposte di altre imprese²³. Per questo motivo, l'Irlanda deve

²³ Il comunicato è rinvenibile sul sito: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_it.htm

Secondo la Commissione, il trattamento selettivo di cui ha goduto ha permesso ad Apple di pagare sugli utili europei un'aliquota effettiva dell'imposta sulle società pari all'1% nel 2003, scesa poi fino allo 0,005% del 2014.

La decisione non si occupa della disciplina che regola i rapporti fiscali nei vari Paesi dell'Unione Europea, né pone in discussione l'astratta legittimità dei "ruling" fiscali, mediante i quali le autorità fiscali spiegano ad una determinata impresa le modalità per il calcolo delle imposte societarie o l'applicazione di alcune disposizioni fiscali speciali. Attraverso un'analitica analisi delle strategie fiscali del gruppo Apple, la Commissione ha piuttosto affermato che la Repubblica Irlandese ha indebitamente approvato il metodo che consentiva di una ripartizione artificiale degli utili, che consentiva di localizzare i redditi secondo criteri privi di effettiva giustificazione fattuale o economica.

La Commissione ha altresì sottolineato che essa *«persegue una strategia ambiziosa verso una tassazione equa e una maggiore trasparenza»*.

recuperare da Apple le imposte non versate per il periodo a partire dal 2003, per un totale di 13 miliardi di EUR più interessi.

La Commissione sta inoltre svolgendo indagini approfondite per accertare se i *ruling* fiscali possano sollevare problemi in materia di aiuti di Stato in Lussemburgo per quanto riguarda Amazon e McDonald's.

Pertanto, nel contesto di una fiscalità internazionale che mostra con sempre maggiore evidenza le proprie lacune e le proprie aporie, il contrasto ai fenomeni distorsivi e alla concorrenza fiscale dannose, che risulta inefficiente sul piano tributario, tende a realizzarsi con l'uso di tecniche anti-trust.

In definitiva, il quadro di riferimento si rivela assai contraddittorio.

La trasformazione sempre più rapida del sistema economico, sempre più caratterizzato dagli scambi a distanza e dalla dematerializzazione dei prodotti e dei servizi, accentua progressivamente la crisi degli schemi tradizionali, che collegano la tassazione dei redditi alla presenza fisica dell'impresa nel territorio degli Stati. Ne consegue che, se da un lato si accentua il fenomeno dell'erosione del potere impositivo degli Stati, da un altro lato si accentua in misura corrispondente la capacità delle grandi imprese internazionali di pianificare le proprie strategie in modo da minimizzare i propri oneri contributivi mediante l'abile sfruttamento delle diversità dei regimi fiscali tra un Paese e l'altro.

Nel contempo, l'elaborazione di nuove proposte normative da parte degli Organismi internazionali stenta a tradursi in un'azione concreta per effetto della concorrenza fiscale tra gli Stati, variamente interessati ad attrarre capitali con politiche di favore a beneficio dei grandi gruppi economici; ed in questo contesto, in mancanza di una normativa armonizzata che sia capace di redistribuire il potere impositivo tra tutti i Paesi coinvolti nel processo di produzione, non resta che utilizzare gli strumenti tipici del diritto della concorrenza per sanzionare il comportamento degli Stati che sembrano ostacolare, con le loro politiche di favore, l'elaborazione di una comune strategia fiscale.

Il settore delle imposte indirette – e, specificamente, quello dell'IVA – si presenta meno esposto a pratiche abusive di pianificazione fiscale delle multinazionali. In primo luogo, vi è scarsa evidenza di concorrenza fiscale

tra gli Stati in questo settore, perché le differenti aliquote che possono registrarsi da uno Stato all'altro non incidono normalmente sull'esercizio delle attività produttive, ma sui livelli dei consumi; e ciò in considerazione della struttura tipica dell'IVA, che è "neutrale" per le imprese e grava economicamente sul consumatore finale.

Sotto altro profilo, le imprese possono avere interesse a stabilirsi nei Paesi che praticano un livello di imposizione meno elevato solo se ciò si traduce in una riduzione del prezzo finale del bene; e ciò può avvenire nel solo caso in cui l'imposta sia applicata nel luogo del fornitore, piuttosto che in quello del consumatore. Se invece la tassazione avviene nel Paese del consumo, diventa indifferente per il produttore ubicarsi in un Paese con aliquota IVA più favorevole, dovendosi applicare in ogni caso l'aliquota vigente nel luogo in cui avviene la cessione del bene o la fornitura del servizio.

Sotto questo profilo, non sussistono rilevanti criticità con riferimento alle operazioni effettuate nei confronti di soggetti passivi di imposta (B2B: "*business to business*"). Infatti, il sistema normativo prevede da lungo tempo che tali operazioni (sia che costituiscano cessioni di beni, sia che rientrino tra le prestazioni di servizi) si considerano effettuate e sono dunque assoggettate a tassazione nel luogo di stabilimento del cessionario o del committente, mediante la tecnica dell'auto-fatturazione.

Anche per quanto riguarda le operazioni nei confronti di consumatori finali (B2C: "*business to consumer*") le principali criticità appaiono superate con la riforma della normativa europea entrata in vigore dal 1° gennaio 2015, che – oltre ad introdurre la misura di semplificazioni dello "sportello unico", o Mini-One-Stop-Shop – ha esteso il "*destination principle*" al commercio elettronico diretto, e cioè alle forniture di telecomunicazioni, trasmissioni radio-televisive e servizi elettronici effettuate interamente per via telematica (quali le forniture di *software*, di musica, libri elettronici, film, e simili, che sono considerate, ai fini IVA, quali prestazioni di servizi).

Ciò significa che il fornitore è abilitato a registrare, dichiarare e pagare l'IVA dovuta sulle forniture di servizi elettronici al consumatore finale in un altro Stato Membro mediante un portale web nello Stato membro di

residenza, senza bisogno di registrarsi in ciascuno degli Stati membri in cui sono ubicati i consumatori.

Similmente, la normativa vigente prevede l'applicazione del "*destination principle*" per il commercio elettronico indiretto intra U.E. (e cioè per le vendite di beni fisici effettuate *on line* nell'ambito dell'Unione Europea), quando il venditore abbia superato determinate soglie previste dagli ordinamenti dei singoli Stati membri (da € 30.000 a € 100.000 per vendite effettuate nell'ultimo anno o nell'anno in corso nello Stato membro interessato). Pertanto, eventuali restrizioni in tale mercato si possono configurare solo per piccoli fornitori, che non raggiungano simili livelli di vendite, e non assumono pertanto particolare rilevanza.

Ciò tuttavia non implica che l'economia digitale non susciti problemi e occasioni di implementazione delle normative fiscali in materia di imposte indirette. Secondo le raccomandazioni contenute nei citati rapporti dell'Ocse e degli Esperti della Commissione europea, persistono criticità per quanto attiene alle operazioni nei confronti di imprese che svolgono attività esenti o forniture digitali a imprese collocate in una pluralità di Paesi che esercitano attività esenti; alle importazioni di beni acquistati "*on line*" di valore tra € 10 ed € 22 (tra cui rientrano, tra gli altri, cartucce in inchiostro per stampanti, CD o DVD), che fruiscono di esenzione; alla generalizzazione del principio di tassazione nel luogo di destinazione; all'ulteriore sviluppo del sistema di versamento mediante uno sportello unico; al perfezionamento dei sistemi di accertamento; alle differenze di aliquota tra i vari Paesi dell'Unione, che possono oscillare tra il 15% ed il 27% e che determinano difficoltà e costi operativi a carico delle imprese. Tali problematiche inducono ad accelerare un processo di maggiore armonizzazione della disciplina dell'IVA nell'ordinamento europeo.

5. Problematiche attuali e proposte di intervento

Come si è già osservato, le distorsioni più gravi e rilevanti si registrano nell'ambito delle imposte dirette. Le raccomandazioni dell'Ocse, articolate in 15 punti, ed il rapporto degli esperti della Commissione europea forniscono molteplici indicazioni, tra loro coordinate, per rimuovere tali

distorsioni e ristabilire la necessaria connessione tra il luogo della tassazione con quello in cui si originano i redditi imponibili nell'economia digitale, sulla base di un necessario coordinamento tra le politiche fiscali di tutti gli Stati.

Spetta ora agli stessi Stati il compito di tradurre le indicazioni operative in un nuovo sistema normativo, così da adeguarlo alla rivoluzione del sistema economico provocata dall'avvento della digitalizzazione.

La presente relazione introduttiva non pretende di analizzare nel dettaglio le innumerevoli e complesse questioni che occorrerà risolvere per pervenire, in tempi ragionevolmente brevi, a questa profonda riforma del diritto tributario internazionale (e, con esso, del diritto tributario in genere, ove si consideri che un'equa tassazione delle grandi imprese e dei grandi gruppi sovranazionali ed il recupero dei margini di elusione che si annidano in questo settore consentirebbe di alleviare i carichi tributari delle famiglie e delle piccole e medie imprese).

Si desidera piuttosto enunciare le fondamentali linee guida ai quali i progetti di riforma si dovrebbero ispirare.

Un primo profilo, riguarda la dimensione temporale della riforma.

Come evidenziato nel *report* degli esperti della Commissione, giova distinguere una prospettiva di breve-medio termine, nel quale gli istituti vigenti dovranno essere sottoposti a rapida e profonda revisione con il consenso unanime degli Stati, da una prospettiva di lungo termine, nel quale l'attuale sistema convenzionale sia sostituito da un nuovo ordine, fondato sulla costituzione di un'Autorità centrale e sullo svolgimento di un'azione comune, con successivo riparto tra i singoli Stati degli introiti della riscossione.

Con riferimento al breve periodo, il primo quesito riguarda l'opzione tra l'adeguamento del sistema tributario attuale, incentrato su una «*corporation tax*» per quanto attiene alle imposte dirette e su una imposta sulla cifra d'affari (IVA) per quanto riguarda le imposte indirette, e l'introduzione di nuove imposte (quale la «*bit tax*», un'imposta sulla pubblicità *on line*, ed altre imposte simili) per le attività che specificamente si svolgono con le nuove tecnologie di informazione e di comunicazione informatica.

A tal riguardo, sembra difficile sfuggire alla prima alternativa, attesa la crescente difficoltà di considerare l'economia digitale come un sistema a sé stante, soggetto a proprie regole e a sistemi impositivi suoi propri. In realtà, oggi l'economia "è" digitale, in quanto la digitalizzazione investe ormai ogni settore dei sistemi produttivi.

Secondo il citato rapporto finale dell'Ocse «poiché l'economia digitale sta diventando sempre più l'economia stessa, sarebbe difficile, se non impossibile, circoscrivere l'economia digitale dal resto dell'economia per ragioni fiscali. L'economia digitale e i suoi modelli di impresa presentano tuttavia alcune caratteristiche "chiave", che sono potenzialmente rilevanti da una prospettiva di carattere tributario». In senso analogo, gli esperti della Commissione europea affermano che «non vi dovrebbe essere uno speciale regime fiscale per le imprese digitali. Piuttosto, si dovrebbero applicare o adattare le regole generali, in modo che le imprese digitali siano trattate nello stesso modo delle altre. Queste regole generali devono prevedere una tassazione basata sulle effettive attività economiche e devono raggiungere un risultato dimostrativamente appropriato nel caso di transazioni infragruppo».

Se ora si focalizza il tema degli interventi da operare nel breve-medio termine per rimuovere le distorsioni cui si è fatto cenno innanzi, occorre immediatamente avvertire che la locuzione "economia digitale" esprime un concetto estremamente ampio e generico, che appare privo di concreta utilità sul piano operativo. Esso infatti comprende una serie molteplice di modelli, ciascuno dei quali caratterizzato da innumerevoli sfumature, che devono essere analizzati ed approfonditi in modo specifico e che richiedono diverse specie di soluzioni. In via di estrema sintesi, occorre distinguere:

a) il mercato del commercio elettronico diretto, che ha per oggetto la fornitura di beni e di servizi interamente digitali, quali *software*, applicazioni, musica, film, *e-book*, etc... Nell'ambito di questo mercato occorre poi distinguere le forniture che avvengono mediante trasferimento del prodotto sul computer del committente, da quelle che si realizzano con la tecnica del *cloud computing*, e perciò mediante collegamento in rete al *server* remoto del fornitore;

b) il mercato del commercio elettronico indiretto, nel quale al contratto concluso telematicamente fa seguito la spedizione e la consegna fisica del bene al destinatario;

c) i mercati multidimensionali, nei quali ai servizi forniti gratuitamente da soggetti stabiliti in uno Stato A a soggetti stabiliti in uno Stato B (in genere, i servizi offerti agli utenti *internet* dai *social network* o dalle società che gestiscono motori di ricerca) si abbinano servizi pubblicitari a pagamento – spesso assai mirati, grazie alla possibilità di selezionare e di elaborare l'enorme quantità di dati che fluisce sulla rete – a favore di soggetti ubicati in un qualunque altro Stato C.

Per ciascuna di queste fattispecie si configurano particolari problematiche che attengono all'identificazione del luogo in cui l'operazione deve intendersi compiuta ed il profitto deve intendersi realizzato, allo scopo di individuare l'Amministrazione finanziaria competente ad esercitare il potere impositivo. La diversa tipologia dell'operazione può produrre inoltre rilevanti effetti sulla identificazione della natura del reddito prodotto e sulla individuazione del corrispondente trattamento fiscale.

Occorre poi ulteriormente distinguere le problematiche che attengono all'imposizione diretta da quelle che riguardano l'imposizione indiretta ed, in quest'ultimo ambito, è necessario operare ulteriori distinzioni tra cessioni di beni e prestazioni di servizi, tra operazioni nei confronti di imprese e di consumatori finali, tra operazioni "*intra U.E*" ed operazioni con Paesi terzi.

In questa prospettiva, è importante considerare il duplice criterio che ispira il sistema di tassazione transfrontaliera: mentre nel caso dell'imposizione indiretta il principio ispiratore può considerarsi quello della tassazione nel luogo del consumo ("*destination principle*"), in coerenza con la natura propria del tributo, nell'ambito dell'imposizione diretta l'imposta dovrebbe essere applicata, in via di principio, nel luogo in cui il reddito viene prodotto; con la conseguenza che, in presenza di modelli multidimensionali e di sistemi commerciali articolati in distinte strutture direzionali, produttive, finanziarie e distributive ubicate in Paesi diversi, può risultare assai arduo stabilire con esattezza il luogo in cui reddito viene prodotto ed in cui deve essere conseguentemente assoggettato a tassazione.

Pur nella estrema varietà delle situazioni e nella complessità delle specifiche problematiche che si possono prospettare, si dovrebbe raggiungere in ogni caso un generale consenso su alcuni “*punti-chiave*”, chiaramente raccomandati dall’Ocse e dagli esperti della Commissione europea nei propri “*report*”: una maggiore “armonizzazione” della disciplina fiscale dei singoli Stati, che non lasci spazi per manovre diversive e per l’abile sfruttamento delle disposizioni convenzionali al fine di conseguire indebiti vantaggi (cd. *treaty shopping*); l’adozione di una nuova nozione di “stabile organizzazione”, che tenga conto delle innovazioni intervenute nelle tecnologie di comunicazione e di informazione e della possibilità di concludere affari a distanza; la rielaborazione della disciplina delle *Controlled Foreign Companies*, onde evitare che i profitti realizzati possano rimanere parcheggiati a tempo indefinito in “paradisi fiscali”; una più incisiva disciplina dei prezzi di trasferimento infragruppo, con speciale riferimento a quella dei compensi per l’utilizzazione dei cd. *intangibles*.

Ulteriori interrogativi riguardano le modalità per rendere effettivo ed efficiente il sistema impositivo.

In questa ottica si pone il problema di stabilire quando ed in quale misura sia preferibile sostituire alle imposte dovute in via ordinaria da una società estera una imposta sostitutiva sotto forma di ritenuta, ponendo i relativi obblighi di versamento a carico del soggetto obbligato al pagamento o dell’intermediario che intervenga nel regolamento delle operazioni finanziarie.

Con riferimento alle strategie più immediate, un ultimo interrogativo riguarda lo spazio riservato ai singoli Stati nella attesa degli opportuni accordi che si auspica possano essere stipulati sul piano internazionale sotto l’egida dell’Ocse o nell’ambito delle politiche europee, qualora si realizzino le necessarie condizioni politiche.

A questo riguardo, un’attenzione particolare deve essere rivolta nel nostro Paese alla proposta di legge recentemente elaborata dai deputati Quintarelli e Sottanelli, la quale prevede, in sintesi: a) una modifica della nozione di “stabile organizzazione” contenuta nell’art. 162 del t.u.i.r., in modo da comprendere in essa – in linea con le indicazioni dell’Ocse – l’ipotesi di una “significativa presenza digitale” nel territorio dello Stato; b)

l'applicazione di una ritenuta del 30% a titolo di imposta, con onere a carico dell'intermediario finanziario, sui pagamenti effettuati da soggetti residenti all'atto dell'acquisto di prodotti o servizi digitali presso un *e-commerce provider* estero, e sui compensi pagati da operatori nazionali per l'acquisto di licenze *software* successivamente distribuite sul mercato italiano; c) l'applicazione di una ritenuta del 25% a titolo di imposta, con onere di versamento a carico degli intermediari residenti, su transazioni *on line* delle persone giuridiche.

Un'ultima considerazione meritano le prospettive di riforma a lungo termine. L'evoluzione dell'economia digitale e le prospettive di sviluppo future, con ritmi sempre più accelerati, inducono a ritenere che gli schemi tradizionali, fondati sulla sovranità degli Stati sul proprio territorio, sono in fase di superamento, e che i tentativi di aggiornarli e di adeguarli alle nuove realtà economiche potranno solo ritardare, ma non arrestare, il loro progressivo sgretolamento. Occorre ormai pensare ad un nuovo sistema di Istituzioni, dimensionate in base alle dimensioni dei mercati, nei quali un'Autorità centrale dovrà disciplinare e regolare il prelievo fiscale dei gruppi che operano su scala sovranazionale.

In questa ottica è già orientata la comunicazione della Commissione Europea (2011)121, recante una proposta di Direttiva del Consiglio su una imposta comune sul bilancio consolidato delle società («*Common Consolidated Corporation Tax Base*»; in sigla, CCCTB)²⁴. Essa prende atto della inadeguatezza dei vigenti sistemi di tassazione delle società, nel contesto di un nuovo sistema economico globalizzato, digitale e mobile, che consente alla pianificazione fiscale aggressiva di prosperare²⁵. Nel presupposto che le asimmetrie dei regimi nazionali non sono più compatibili

²⁴ Comunicazione Commissione Europea (2011)121 del 16 marzo 2011, recante «*Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società*», su <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/IT/1-2011-121-IT-F2-1.Pdf>.

²⁵ Sull'evoluzione storica, i problemi e le sfide attuali della tassazione dei profitti della società multinazionali, si veda il documento di lavoro dei servizi della Commissione SWD(2015) 121 final, nel sito ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/swd_2015.

con la dimensione transfrontaliera delle attività imprenditoriali, la CCCTB vuole definire un nuovo quadro per una tassazione equa ed efficiente dei profitti delle imprese, che si propone di attribuire il reddito nel luogo in cui è creato il valore, mediante una formula basata su tre fattori cui è assegnata la medesima ponderazione (e cioè attività, lavoro e fatturato).

L'armonizzazione delle imposte sulle società faciliterebbe inoltre gli scambi e gli investimenti nel mercato comune, perché le imprese sarebbero assoggettate ad un insieme unico di norme per calcolare la propria base imponibile nell'intero mercato europeo e, di conseguenza, dovrebbero rispondere a una sola amministrazione fiscale (cd. "sportello unico"). Si realizzerebbe inoltre una significativa semplificazione degli oneri fiscali, perché il consolidamento dei redditi dei gruppi societari nel mercato comune consentirebbe di operare automaticamente la compensazione transfrontaliera delle perdite ed assorbirebbe l'applicazione delle norme sui prezzi di trasferimento.

La proposta di direttiva CCCTB del 2011 non è mai stata abbandonata ed è tuttora all'esame del Consiglio. Tuttavia, il successivo dibattito ha rivelato che si tratta di un progetto troppo ambizioso, e che per evitare gli ostacoli esistenti è preferibile un approccio graduale, introducendo in una prima fase una serie di norme vincolanti relative ad una base imponibile comune per l'imposta sulle società, ed elaborando in una seconda fase la disciplina sul consolidamento, che implica un'unica tassazione dei gruppi societari a livello europeo.

In questa prospettiva, con la recente comunicazione del 25 ottobre 2016, COM(2016) 685²⁶, la Commissione ha proposto l'adozione di una nuova direttiva che dovrebbe costituire il "primo passo" dell'approccio graduale, disciplinando gli elementi della base comune e rinviando ad un momento successivo il "secondo passo", che consiste nella disciplina del consolidamento.

²⁶ La nuova proposta di direttiva può essere consultata sul sito <https://ec.europa.eu/.../rep/1/2016/IT/COM-2016-685>

In questo scenario prossimo futuro l'equa ripartizione tra gli Stati dei proventi dell'imposta ed il rispetto delle sovranità nazionali costituiranno oggetto di nuove sfide.