

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

Presentazione.....117

Alessandro De Stefano

L'economia digitale tra libertà di stabilimento ed elusione fiscale.....120

Alessandro De Stefano

Prospettive di tassazione dell'economia digitale.....154

Franco Gallo

Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati.....175

Alessio Persiani

Profili strutturali dell'imposizione indiretta dell'economia digitale.....203

Giuseppe Melis

IMPOSIZIONE DIRETTA, ECONOMIA DIGITALE E COMPETITIVITÀ TRA STATI

Alessio Persiani
LUISS Guido Carli

Sommario: 1. Introduzione. 2. La pianificazione fiscale delle imprese multinazionali. 3. Le proposte avanzate a livello internazionale. 4. Le proposte avanzate (e in alcuni casi adottate) a livello nazionale. 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Mentre sono stati recentemente adottati gli interventi necessari a risolvere i più gravi problemi della tassazione delle imprese operanti nel settore dell'economia digitale sul versante delle imposte indirette, rimangono irrisolte le questioni di maggiore rilievo che riguardano l'applicazione delle imposte dirette a carico delle grandi multinazionali che operano nel menzionato settore.

Di seguito, dopo una breve illustrazione delle caratteristiche peculiari delle imprese dell'economia digitale, ci proponiamo di esporre ed analizzare le principali proposte in tema di imposizione diretta avanzate sia a livello internazionale – ed il riferimento è, in particolare, all'OCSE ed all'Unione europea – sia a livello nazionale, soffermando l'attenzione, in particolare, su alcuni Stati europei tra cui l'Italia.

2. La pianificazione fiscale delle imprese multinazionali

In termini generali, si può notare come taluni fondamenti dell'attuale assetto fiscale, come intesi a livello nazionale ed internazionale, si rivelino inadeguati a colpire le c.d. transazioni virtuali che pongono in essere le imprese dell'economia digitale; transazioni caratterizzate da immaterialità, assenza di intermediari e dislocazione in tutto il mondo. In altri termini, le imprese dell'economia digitale – e principalmente le poche imprese multinazionali del settore, le cc.dd. “*Over The Top*” (Google, Amazon, Facebook e Apple)

– realizzano redditi significativi che gli Stati faticano ad individuare, localizzare ed assoggettare a tassazione¹. In particolare, ciò che desta preoccupazione in tutti gli Stati diversi da quello di residenza – vale a dire gli Stati Uniti d’America – sono le criticità che pone l’applicazione del tradizionale criterio di collegamento della stabile organizzazione, quale criterio che sottopone a tassazione i redditi percepiti da un soggetto non residente solo a condizione che il soggetto abbia nello Stato interessato una base fissa, quale uno stabilimento o un ufficio, o un rappresentante che espliciti validamente la volontà negoziale della società.

Ebbene, le imprese dell’economia digitale sono in grado di esercitare le proprie attività e realizzare i propri profitti negli Stati diversi da quello di residenza senza integrare i requisiti propri della stabile organizzazione tradizionalmente intesa.

Ciò è possibile perché – come evidenzia l’OCSE² – le imprese dell’economia digitale risultano connotate dalle seguenti caratteristiche:

1. mobilità, relativa

– ai beni immateriali su cui l’economia digitale si fonda;

– agli utenti;

– alla localizzazione delle funzioni operative dell’impresa, atteso che lo sviluppo delle tecnologie ha incrementato il grado di flessibilità e la capacità di localizzare funzioni ed *asset* nel territorio di Stati diversi;

2. uso massivo dei dati concernenti gli utilizzatori dei servizi;

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 Come autorevolmente sottolinea L. Del Federico, *La digital economy ed il sistema tributario: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, a cura di L. Del Federico – C. Ricci, Amon edizioni, 2015, pp. 2 s., «la questione dei criteri di imputazione territoriale è comunque prioritaria nell’ambito della fiscalità delle transazioni telematiche caratterizzate dal fenomeno del *disappearing taxpayer*. Il nodo è quello dell’individuazione del soggetto cui imputare il reddito e del luogo in cui viene effettivamente svolta l’attività; più in generale si pone poi la questione di fondo della effettività nella corretta applicazione delle norme tributarie nel ciberspazio, al di là della loro astratta implementazione».

² Si veda il documento OCSE *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Parigi, 2015, pp. 64 ss. reperibile sul sito dell’OCSE all’indirizzo www.oecd.org.

3. il c.d. effetto di rete o “*network effect*”, derivante dall’interazione e dalle sinergie tra gli utenti che utilizzano un medesimo servizio; ciò che ne favorisce in modo esponenziale la diffusione e l’utilizzo da parte di altri utenti;

4. l’essere alcune di tali imprese connotate da modelli di *business* c.d. multilaterali, costituendo piattaforme che agiscono quali intermediari tra diversi e distinti gruppi di persone operanti nel medesimo mercato, dove il comportamento di un gruppo di persone influenza, in termini di esternalità positive o negative, la posizione dell’altro gruppo. Nell’ambito dell’economia digitale, ad esempio, più è elevato il numero degli utenti che clicca su un determinato *banner* pubblicitario, maggiore sarà il prezzo richiesto dalla piattaforma all’inserzionista per la diffusione del messaggio.

A queste peculiari caratteristiche devono aggiungersi le strategie di “*tax planning*” aggressivo che le imprese dell’economia digitale – al pari, invero, delle imprese multinazionali operanti nei settori tradizionali dell’economia – perseguono e pongono in essere, sfruttando sia le lacune dell’ordinamento tributario dello Stato di residenza³ – tipicamente, come detto, gli Stati Uniti d’America – in punto di tassazione dei profitti realizzati all’estero, sia le carenze – strutturali⁴ o indotte da accordi particolarmente

³ Il riferimento è alle lacune della normativa CFC (*Subpart F*) dell’*Internal Revenue Code* statunitense con particolare riferimento ai profitti realizzati in Stati diversi dagli Stati Uniti e non oggetto di rimpatrio. Sono attualmente in corso di predisposizione progetti di modifica della disciplina in questione con il fine di renderla più restrittiva, anche se – va rilevato – che le ultime versioni di tali modifiche sembrano essere piuttosto “permissive” e ben lungi dalle iniziali intenzioni di arrestare la migrazione dei capitali delle grandi imprese multinazionali statunitensi verso Paesi *offshore*. Si veda, al riguardo, S. Latini, *Usa: in arrivo la stretta “soft” sui profitti parcheggiati offshore*, in www.fiscooggi.it, 28 ottobre 2016.

⁴ È il caso delle regole sulla qualificazione delle strutture locali alla stregua di stabili organizzazioni assoggettabili a tassazione nello Stato in cui sono localizzate ovvero di articolate strategie di *tax planning* basate sulla creazione di diverse società collocate in Stati scelti in funzione dei regimi impositivi particolarmente favorevoli applicabili a determinate tipologie di redditi sulla base o delle norme interne o delle convenzioni per la prevenzione delle doppie imposizioni da essi concluse. Il riferimento è, ad esempio, alle strutture di “*Double Irish with Dutch sandwich*” utilizzate da diverse imprese multinazionali statunitensi in anni recenti (Apple, Google, etc.).

vantaggiosi in tema di prezzi di trasferimento conclusi con le autorità fiscali locali⁵ – degli Stati in cui le imprese *de quibus* esercitano le loro attività economiche, offrendo i propri beni e servizi.

Queste problematiche sono note da tempo alle organizzazioni internazionali – l’OCSE su tutte, come detto. Da qualche tempo a questa parte anche molti Stati nazionali e l’Unione europea ne hanno preso coscienza. È dunque a questo doppio livello, nazionale ed internazionale, che si collocano le proposte di soluzione avanzate che occorre analizzare nel prosieguo.

3. Le proposte avanzate a livello internazionale

L’OCSE ha approfondito un ventaglio di soluzioni alternative, alcune dirette a tassare gli utili delle imprese digitali secondo gli ordinari canoni dell’imposizione sui redditi, ed altre che invece si muovono in contesti diversi da tale forma tradizionale di imposizione.

Nell’ambito delle imposte sui redditi l’OCSE ha approfondito, in particolare, l’ipotesi di creare un nuovo criterio di collegamento basato su una “presenza digitale significativa” dell’impresa nell’economia di un Paese diverso da quello di residenza; presenza individuata sulla scorta di taluni

⁵ Si pensi al caso degli aiuti fiscali concessi dall’Irlanda ad Apple e che la Commissione europea ha recentemente qualificato come aiuti di Stato incompatibili con la normativa europea, come tali soggetti all’obbligo di recupero da parte delle autorità irlandesi. Tali aiuti si esplicitavano in accordi conclusi tra la Apple e le autorità irlandesi – cc.dd. *tax rulings* – in base ai quali i profitti realizzati dalla società irlandese Apple Sales International – profitti di ammontare significativo, essendo alla società irlandese attribuiti i ricavi delle vendite effettuate da Apple nei diversi Stati europei – erano attribuiti alla sede centrale di tale società; sede considerata come non residente ai fini irlandese e non essendo sostanzialmente «*ubicata in nessun paese, non avendo né dipendenti né uffici propri*». I profitti attribuiti a tale sede centrale sfuggivano, dunque, alla tassazione prevista nell’ordinamento irlandese e, in conclusione, il gruppo Apple nel 2011 ha versato all’Irlanda imposte per circa 10 milioni di Euro, pari allo 0,05% dei suoi utili di periodo. Per maggiori approfondimenti si veda il comunicato stampa della Commissione europea del 30 agosto 2016, n. IP/16/2923 disponibile al seguente indirizzo internet: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_it.htm.

parametri, quale l'esistenza di un numero significativo di contratti per la fornitura di servizi conclusi tra l'impresa e soggetti fiscalmente residenti nel Paese interessato, l'utilizzo in modo ampio ed esteso dei servizi dell'impresa nel Paese o, ancora, l'esistenza di un ammontare rilevante di pagamenti effettuati dagli utilizzatori localizzati nel Paese dei servizi dell'impresa⁶.

Un'altra ipotesi pure approfondita in sede OCSE è stata quella basata sull'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta sui pagamenti effettuati da soggetti in un determinato Stato a titolo di corrispettivo di beni digitali o di servizi prestati dalle imprese dell'economia digitale residenti in Stati diversi. Tale opzione avrebbe costituito un'alternativa a quella della stabile organizzazione di cui abbiamo detto e avrebbe avuto come presupposto la realizzazione di un certo volume di scambi da parte dell'impresa interessata all'interno dello Stato di applicazione della ritenuta. Quanto alla materiale applicazione della ritenuta, l'onere amministrativo sarebbe stato posto in capo agli intermediari finanziari che intervengono nell'effettuazione dei pagamenti per i beni venduti o i servizi prestati dalle imprese digitali.

Un'ultima ipotesi pure presa in considerazione dall'OCSE è stata quella di un'imposta *ad hoc* avente l'obiettivo di eguagliare – nel senso di ricondurre ad un piano di parità – le imprese operanti nel medesimo settore di mercato con modalità, rispettivamente, tradizionali e digitali. Anche in tal caso, tuttavia, onde evitare la tassazione di imprese che non manifestino un collegamento ragionevole ed effettivo con il territorio statale, l'applicazione dell'imposta dovrebbe essere circoscritta alle sole imprese che abbiano una presenza economica significativa nel territorio di riferimento.

A seguito di approfondimenti ed analisi l'OCSE ha concluso che:

a) le criticità tributarie riferite alle imprese dell'economia digitale sono strettamente connesse a quelle che si pongono per la tassazione delle imprese multinazionali "tradizionali" e, in particolare, si collegano alle carenze insite nella nozione di stabile organizzazione, quale collegamento

⁶ Si veda il documento OCSE *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, cit., pp. 107 ss.

necessario e sufficiente per assoggettare ad imposizione il reddito prodotto in un certo Stato da un'impresa non residente nel relativo territorio;

b) l'adozione delle modifiche proposte alla definizione di stabile organizzazione – applicabili a tutte le imprese, operanti tanto nei settori dell'economia tradizionale quanto in quelli dell'economia digitale – dovrebbero mitigare significativamente le criticità tributarie proprie dell'economia digitale;

c) nessuna delle forme di tassazione o delle modifiche proposte e specificamente indirizzate al settore dell'economia digitale analizzate dall'OCSE – vale a dire, la modifica della nozione di stabile organizzazione mediante la configurazione di una stabile organizzazione in caso di “presenza digitale significativa”, l'applicazione di una ritenuta alla fonte sui pagamenti effettuati a favore delle imprese dell'economia digitale e l'adozione di un'imposta *ad hoc* con finalità di parificazione delle imprese operanti nel medesimo settore con modalità, rispettivamente, tradizionali e digitali – può considerarsi pienamente risolutiva delle diverse problematiche ed è immune da criticità in punto di compatibilità con i principi dell'ordinamento europeo e con la disciplina delle convenzioni contro le doppie imposizioni;

d) in particolare, la proposta di modificare la nozione di stabile organizzazione sulla scorta del criterio della “presenza digitale significativa” viene ritenuta difficilmente percorribile in ragione delle difficoltà che si originerebbero soprattutto in sede di attribuzione del reddito alla stabile organizzazione, richiedendosi regole diverse rispetto al “*separate entity approach*” attualmente adottato a livello internazionale; regole, peraltro, che – è il caso dell'*apportionment* basato su alcuni fattori produttivi – potrebbero restituire risultati fortemente diversificati in ragione dell'operatività secondo modalità tradizionali ovvero digitali della stessa impresa⁷;

⁷ Così il documento OCSE *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, cit., p. 112: «*fractional apportionment methods would be a departure from current international standards. Furthermore, pursuing such an approach in the case of application of the new nexus would produce very different tax results depending on whether business was conducted through a “traditional” permanent establishment, a separate subsidiary or the new nexus*».

e) quanto all'ipotesi di applicare una ritenuta alla fonte sui pagamenti effettuati a favore delle imprese dell'economia digitale, l'OCSE evidenzia le criticità che una forma di tassazione al lordo dei costi di produzione del reddito porrebbe rispetto al principio in punto di non discriminazione sancito sia a livello europeo⁸ sia a livello internazionale⁹;

f) del pari, criticità sotto il profilo dell'osservanza dei principi europei ed internazionali si porrebbero anche nel caso dell'imposta *ad hoc* applicata ai soli soggetti non residenti nello Stato di riferimento. Nel caso di applicazione dell'imposta in questione alla generalità delle imprese, residenti e non residenti, si porrebbero poi problematiche di coordinamento con l'ordinaria imposizione sui redditi societari, onde evitare che il carico fiscale considerato nel suo complesso diventi eccessivo;

g) di qui, dunque, l'ulteriore considerazione che i singoli Stati possono adottare autonomamente uno o più degli strumenti tributari *ad hoc* appena menzionati, salvo apportare le modifiche necessarie per renderli conformi ai principi tributari di fonte europea ed internazionale.

In sostanza, dunque, gli approfondimenti condotti in sede OCSE sulla tassazione dell'economia digitale non hanno condotto all'elaborazione di proposte di tassazione specificamente calibrate sulle caratteristiche peculiari delle imprese del settore, essendosi demandata principalmente ai cambiamenti alla nozione di stabile organizzazione – e, in particolare, alla limitazione delle attività preparatorie ed ausiliarie non configuranti una stabile organizzazione materiale ed alla specificazione del requisito di indipendenza nel contesto della stabile organizzazione personale – il contrasto alle strategie di “*tax planning*” aggressivo volte ad erodere la base imponibile negli Stati in cui le imprese dell'economia digitale vendono i loro beni o prestano i loro servizi.

⁸ Quanto alla giurisprudenza della Corte di giustizia UE in materia si vedano le sentenze C-234/01, *Gerritse*; C-345/04, *Centro Equestre* e, più di recente, C-450/09, *Schröder* e C-559/13, *Grünwald*.

⁹ Il riferimento è, in particolare, alla disciplina del cd. “trattamento nazionale” prevista dall'art. III del GATT; disciplina che non consente di sottoporre ad un diverso trattamento, anche tributario, il soggetto non residente rispetto a quello residente.

All'analisi delle tematiche tributarie legate al settore dell'economia digitale si è assistito anche nell'ambito dell'Unione europea. In particolare, dopo aver tratteggiato i caratteri peculiari delle imprese operanti nel settore dell'economia digitale sulla scia di quanto già fatto dall'OCSE nel relativo rapporto, il gruppo di esperti nominati dalla Commissione europea ha distinto, quanto all'area dell'imposizione diretta, tra misure a breve e medio termine e provvedimenti da adottare in un arco di tempo più lungo¹⁰. Le proposte del primo gruppo non si connotano, invero, per particolare originalità: muovendosi nell'ambito delle proposte OCSE, il gruppo di esperti si è limitato ad indicare, nell'ambito di tali proposte, taluni obiettivi da ritenersi prioritari nell'ottica europea, identificandoli nel contrasto alle pratiche di concorrenza fiscale dannosa, nella revisione delle regole di “*transfer pricing*” e nella riaffermazione dei criteri di collegamento territoriale utilizzabili ai fini impositivi.

Con riferimento al contrasto alle pratiche di concorrenza fiscale dannosa gli esperti europei hanno concentrato la propria attenzione sull'adozione di misure tributarie volte ad evitare forme di duplice non tassazione derivanti dall'adozione di strumenti finanziari cc.dd. ibridi¹¹, sull'effettiva applicazione delle discipline di contrasto alle “*controlled foreign companies*”, e sul contrasto delle manovre volte ad evitare l'assoggettamento di interessi e canoni alle ritenute alla fonte previste dalle normative nazionali mediante strutture che sfruttino in modo abusivo i

¹⁰ Si veda il rapporto del *Commission expert group on taxation of the digital economy*, 28 maggio 2014, pp. 41 ss.

¹¹ Il riferimento è, in particolare, a quegli strumenti finanziari che – in virtù di una loro diversa qualificazione ai fini impositivi rispettivamente nello Stato dell'investitore e in quello dell'emittente lo strumento – diano luogo alla deduzione della remunerazione corrisposta dall'emittente nel suo Stato di residenza ed alla non tassazione (o, quantomeno, alla tassazione in misura non piena) della stessa remunerazione nello Stato di residenza dell'investitore. Tale ipotesi è riferita, evidentemente, alle forme “basilari” e più semplici di strumenti finanziari ibridi, potendosi assistere nella prassi a strumenti strutturati in modo ben più complesso, ferma restando, comunque, la loro strumentalità allo sfruttamento dei regimi fiscali disallineati accordati dagli Stati interessati alle remunerazioni derivanti da tali strumenti.

benefici previsti dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni di volta in volta rilevanti (c.d. “*treaty shopping*”)¹².

Quanto alle modifiche da apportare ai criteri utili da seguire per la determinazione del “*transfer pricing*”, il gruppo di esperti ha raccomandato di concentrare l’attenzione sulla più puntuale definizione dei criteri di allocazione dei profitti con riferimento ai beni immateriali, che costituiscono gli *asset* essenziali e di maggior valore delle imprese operanti nel settore dell’economia digitale.

A questo aspetto si lega anche l’ulteriore profilo relativo ai criteri di attribuzione dei rischi stabiliti su base contrattuale all’interno dei gruppi multinazionali. Si evidenzia, in particolare, che tali criteri di attribuzione – strumentali alla successiva “*profit allocation*” tra le diverse entità facenti parte del gruppo multinazionale – possono presentare particolari criticità con riferimento ai beni immateriali, rispetto ai quali la sopportazione di alcuni rischi deve essere attribuita al gruppo multinazionale in quanto tale e non può essere assegnata alle singole entità del gruppo.

In relazione alla riaffermazione dei criteri di collegamento territoriale utilizzabili ai fini impositivi, il gruppo di esperti della Commissione europea si è schierato in modo nettamente sfavorevole verso ipotesi di configurazione di criteri di collegamento nuovi ed autonomi per le imprese dell’economia digitale – il riferimento è, in particolare, al criterio della “presenza digitale significativa” proposto ed analizzato a livello OCSE e per il quale gli esperti hanno ritenuto vi sia “*no convincing argument why the collection of data via electronic means in a country should in itself create a taxable presence in that country*”¹³ – propendendo, viceversa, per l’applicazione anche alle imprese dell’economia digitale dei criteri tradizionali di collegamento territoriale propri dei redditi d’impresa – vale a

¹² Il riferimento è all’interposizione nei rapporti tra soggetto pagatore degli interessi o dei canoni e soggetto effettivo percipiente dei medesimi di ulteriori soggetti residenti in Stati legati agli Stati di residenza del soggetto pagatore e del soggetto effettivo percipiente da convenzioni contro le doppie imposizioni che prevedono la non applicazione di ritenute alla fonte sugli interessi e sui canoni.

¹³ Così il rapporto del *Commission expert group on taxation of the digital economy*, 28 maggio 2014, p. 47.

dire le nozioni, ormai consolidate, di stabile organizzazione materiale e personale – seppur rivisti in una prospettiva sostanzialmente antielusiva, in una prospettiva rivolta, cioè, ad evitare che le imprese dell’economia digitale svolgano attività d’impresa in Stati diversi da quello di residenza con modalità che, facendo leva sulle particolarità organizzative delle imprese della “*digital economy*”, non configurano una stabile organizzazione¹⁴.

In un’ottica di lungo periodo il gruppo di esperti della Commissione europea ha auspicato, invece, un superamento del “*separate entity approach*” e dell’“*arm’s length standard*” previsto a livello internazionale ai fini dell’allocazione dei redditi tra i soggetti facenti parte di gruppi multinazionali in favore di criteri fondati sull’“*apportionment*” in base a criteri predeterminati. In questa prospettiva – va rilevato – si muoveva la prima proposta di direttiva in tema di «*Common Corporate Consolidated*

¹⁴ Il riferimento è soprattutto allo sfruttamento da parte delle imprese dell’economia digitale degli spazi lasciati aperti dalla c.d. “negative clause” dell’art. 5, par. 4 del Modello di Convenzione OCSE, vale a dire alle ipotesi di attività qualificate *ex ante* come attività aventi natura preparatoria o ausiliaria, come avviene, ad esempio, per le attività di immagazzinamento e spedizione dei beni. Se è ben vero che tali ipotesi di non configurabilità di una stabile organizzazione sono previste per la generalità delle imprese, va rilevato che sono tipicamente le imprese dell’economia digitale – si pensi al caso paradigmatico di Amazon, nella struttura operante fino a non tempo fa anche in Italia – che riescono ad effettuare un’efficiente segmentazione delle attività tra le varie *entities* del gruppo in modo da evitare la configurazione di una stabile organizzazione in molti degli Stati in cui vendono i relativi prodotti. Di qui l’osservazione del rapporto del *Commission expert group on taxation of the digital economy*, cit., p. 49 secondo cui «*international tax rules must reflect that in such cases the maintenance of a local warehouse constitutes a core activity of that seller and is not of a preparatory or auxiliary nature*». Diverso ci pare il caso – per il quale pure il gruppo di esperti della Commissione europea auspica una revisione del Modello di Convenzione OCSE e del relativo Commentario – delle strutture di “*supply chain*” basate sulla conclusione di un contratto di commissione alla vendita tra l’impresa non residente agente quale committente e la controllata italiana operante in veste di commissionaria; strutture che, se opportunamente configurate sul piano contrattuale e fattuale, non originano, almeno nella versione tuttora vigente del Modello di Convenzione OCSE e del relativo Commentario, una stabile organizzazione personale. Non ci pare si possa ravvisare una maggiore facilità delle imprese dell’economia digitale nel porre in essere tali strutture rispetto alle imprese operanti in settori diversi e più tradizionali.

Tax Base» (CCCTB) presentata dalla Commissione europea nel 2011¹⁵ e si muove altresì la nuova proposta di direttiva sulla CCCTB presentata ad ottobre 2016¹⁶, che, al pari della precedente proposta, continua a prevedere un’allocazione dei redditi tra le società del gruppo fondata su tre fattori, vale a dire l’ammontare delle vendite, il personale – inteso quale spesa totale per il personale e numero dei dipendenti – ed il valore dell’attivo patrimoniale (esclusi i beni immateriali e le attività finanziarie)¹⁷.

Sebbene si tratti di una proposta di direttiva non ancora approvata – e per la quale l’*iter* di approvazione si annuncia tutt’altro che privo di ostacoli – merita evidenziare come a fronte di una tendenziale coincidenza di approccio da parte dell’OCSE e dell’Unione europea sulla strategia a breve termine – fondata, essenzialmente, sul rafforzamento delle discipline antielusive e sulla modifica delle nozioni di stabile organizzazione materiale e personale e al di fuori, dunque, dell’approvazione di regole *ad hoc* per le imprese dell’economia digitale – un qualche disallineamento tra la stessa OCSE e l’Unione europea si registra sulla strategia da attuare nel periodo più lungo, laddove alle iniziative della Commissione europea in tema di CCCTB, fondata su criteri di “*apportionment*” dei redditi tra le società facenti parte di un unico gruppo multinazionale, si contrappone lo scetticismo dell’OCSE rispetto a tali criteri, ritenuti suscettibili di originare forti differenziazioni – o, forse meglio, discriminazioni – tra imprese

¹⁵ Il riferimento è alla proposta di direttiva della Commissione europea COM(2011)121 del 16 marzo 2011, non approvata dal Consiglio dell’Unione europea.

¹⁶ Il riferimento è alla proposta di direttiva della Commissione europea COM(2016)683 del 25 ottobre 2016.

¹⁷ Si veda, al riguardo, l’art. 28, par. 1 della proposta di direttiva COM(2016)683 che ricalca il disposto dell’art. 86 della proposta di direttiva COM(2011)121 e che prevede quanto segue: «*the consolidated tax base shall be shared between the group members in each tax year on the basis of a formula for apportionment. In determining the apportioned share of a group member A, the formula shall take the following form, giving equal weight to the factors of sales, labour and assets:*

$$\text{Share A} = \left(\frac{1}{3} \frac{\text{Sales}^A}{\text{Sales}^{\text{Group}}} + \frac{1}{3} \left(\frac{1}{2} \frac{\text{Payroll}^A}{\text{Payroll}^{\text{Group}}} + \frac{1}{2} \frac{\text{No of employees}^A}{\text{No of employees}^{\text{Group}}} \right) + \frac{1}{3} \frac{\text{Assets}^A}{\text{Assets}^{\text{Group}}} \right) * \text{Con'd Tax Base}$$

».

operanti con modalità tradizionali e imprese che offrono beni e servizi servendosi di infrastrutture digitali.

4. Le proposte avanzate (e in alcuni casi adottate) a livello nazionale

La non attuazione delle proposte avanzate a livello internazionale – e, in particolare, nell’ambito dell’OCSE – ed il riferimento posto dall’organizzazione di Parigi all’adozione da parte dei singoli Stati di una o più delle soluzioni ipotizzate nel report su «*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*» ha spinto questi ultimi ad approfondire in via autonoma le tematiche della fiscalità dell’economia digitale, proponendo – e, in alcuni casi, adottando – normative *ad hoc*.

Tra gli Stati europei che sin dalla prima ora hanno dedicato maggiore attenzione al tema della fiscalità dell’economia digitale vi è la Francia, in particolare con il rapporto cd. Collin-Colin¹⁸. Nonostante – e almeno per il momento – non abbia trovato attuazione, una menzione speciale merita la proposta avanzata in tale rapporto e fondata su un prelievo sulle forme di raccolta gratuita e capziosa dei dati personali operata dalle multinazionali dell’economia digitale¹⁹. Si tratta di un tributo che graverebbe, evidentemente, su un indice di ricchezza diverso dal reddito (oltre che dal consumo e dal patrimonio) e che sarebbe animato da una logica vicina a quella del principio “chi inquina paga” su cui si fondano i tributi ambientali. Al pari dei tributi ambientali, dovuti da chi arreca un danno all’ambiente mediante emissione di sostanze per esso nocive, anche il tributo in questione verrebbe a gravare su chi, in modo capzioso e predatorio, raccoglie i dati

¹⁸ Si tratta del rapporto ai ministri francesi competenti della *Task Force on Taxation of the Digital Economy* del gennaio 2013 redatto da Pierre Collin e Nicolas Colin.

¹⁹ Si veda il citato rapporto della *Task Force on Taxation of the Digital Economy*, p. 122 ove si propone «*a special tax, like the general tax on pollution producing activities or the ‘carbon tax’*. But instead of applying to emissions of greenhouse gases, this tax would apply to practices involving the collection, management and commercial exploitation of personal data generated by users located in France. The underlying rationale is to use the tax to discourage practices that are “non-compliant” with the objectives and to encourage, through a tax reduction or exemption, practices that a ‘compliant’ with these objectives».

personali degli utenti per poi sfruttarli, sotto il profilo commerciale, nei confronti degli stessi utenti, mediante la diffusione dei messaggi pubblicitari mirati di cui si è detto.

Si tratta di una forma di tassazione che, ove introdotta nel nostro ordinamento, solleverebbe interrogativi sulla sua coerenza con il principio di capacità contributiva, quantomeno se inteso nella sua accezione restrittiva di titolarità di una situazione giuridica soggettiva a contenuto patrimoniale, scambiabile sul mercato, che consenta in sé di estinguere l'obbligazione tributaria²⁰. Anche a questo riguardo, va comunque rilevato che si

²⁰ Il riferimento è agli autori secondo cui il principio di capacità contributiva costituirebbe un "limite assoluto" per il legislatore tributario, dovendo il concorso alle pubbliche spese realizzarsi in ragione di una capacità economica qualificata, espressa da presupposti che, oltre ad essere economicamente valutabili, siano anche connotati da elementi di patrimonialità. Sulla scorta di questa impostazione, fondata su un'analisi che collega il precetto dell'art. 53 a quello dell'art. 2 della Carta in punto di doverosità del concorso economico, tali autori identificano i fatti potenzialmente sussumibili nel presupposto d'imposta in quelli tradizionali di titolarità del reddito, del patrimonio e di beni di consumo. Si vedano G. Falsitta, *Aspetti e problemi dell'IRAP*, in *Rivista di diritto tributario*, 1997, pp. 500 ss.; G. Falsitta, *L'IRAP e il trattamento fiscale del lavoro*, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, pp. 110 ss.; G. Falsitta, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Rivista di diritto tributario*, 2004, pp. 889 ss.; G. Gaffuri, *La compatibilità dell'imposta regionale sulle attività produttive con i precetti fondamentali dell'ordinamento giuridico: stato della questione*, in *Rivista di diritto tributario*, 1999, pp. 843 ss.; G. Gaffuri, *Il senso della capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. Perrone – C. Berliri, Napoli, 2006, pp. 25-38; I. Manzoni – G. Vanz, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Milano, 2007, p. 40; F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. Perrone – C. Berliri, Napoli, 2006, pp. 39-56 e, in particolare, pp. 45-48; R. Baggio, *Profili di irrazionalità ed illegittimità costituzionale dell'IRAP*, in *Rivista di diritto tributario*, 1997, pp. 638 ss. A tale concezione si contrappone quella sostenuta da una dottrina autorevole, ancorché minoritaria – A. Fedele, *La funzione fiscale e la "capacità contributiva" nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. Perrone – C. Berliri, Napoli, 2006, pp. 11-15 e A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, pp. 22-33, nonché F. Gallo, *Ratio e struttura dell'IRAP*, in *Rassegna tributaria*, 1998, pp. 627 ss.; F. Gallo, *Imposta regionale sulle attività produttive e principio di capacità contributiva*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2002, pp. 131-152 e, da ultimo, F. Gallo, *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2007, pp. 79 ss. – che individua nella

tratterebbe di un'imposta di carattere para-patrimoniale, che farebbe assurgere i dati raccolti ad una ricchezza, scambiabile sul mercato della pubblicità. Pertanto, non sarebbe irragionevole concludere nel senso di una compatibilità di tale tributo con il principio di capacità contributiva, anche se inteso nella sua accezione restrittiva. Ciò detto, il profilo che desta perplessità riguarda la dimostrazione, tutt'altro che scontata, che la raccolta dei dati possa definirsi capziosa, scorretta o finanche predatoria e, dunque, tale da giustificare una compensazione sotto forma tributaria²¹.

Su una linea diversa si è mosso il Regno Unito, con l'approvazione di una legge rivolta ad evitare che le grandi imprese operanti nel settore del digitale e che svolgono attività nel Regno Unito dirottino gli utili su conti esteri e, più in generale, diretta ad assicurare una tassazione coerente con il principio di territorialità e, più precisamente, con il luogo in cui tali imprese producono e vendono i loro servizi²². Si tratta della cd. «*Diverted Profits Tax*», che trova applicazione in due ipotesi.

capacità contributiva un "limite relativo" per il legislatore tributario, identificando l'unico limite alla sua discrezionalità nel principio di ragionevolezza previsto dall'art. 3 Cost e presupposto dall'art. 53 Cost. Secondo questa impostazione divengono espressivi di capacità contributiva tutti quei fatti o quelle situazioni che siano in grado di modificare la posizione del consociato all'interno dell'ordinamento, potendo assurgere a presupposto d'imposta anche le posizioni differenziate dei contribuenti avendo riguardo ad un profilo sociale, purché espressive di una capacità differenziata economicamente valutabile. In termini più chiari, la dottrina in parola fa rientrare tra i fatti suscettibili nel presupposto d'imposta anche le situazioni *lato sensu* di vantaggio, senza che tale vantaggio si risolva necessariamente in un arricchimento dato da entità scambiabili sul mercato: fermo restando, dunque, che deve trattarsi di fatti rilevabili e misurabili in denaro, non è necessario che si tratti anche di fatti aventi contenuto patrimoniale e che contengano in sé la disponibilità economica per far fronte all'obbligazione tributaria.

²¹ Come evidenzia F. Gallo, *Fisco ed economia digitale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2015, p. 606.

²² Di «disciplina antielusiva composita in cui le clausole antiabuso vengono chiamate ad operare sia per valutare la struttura della società residente, sia per verificare la tenuta degli accordi fra la società residente e la società non residente» parla G. Frasoni, *La stabile organizzazione: nihil sub sole novi?*, in *Rivista di diritto tributario*, 2015, pp. 123 ss.

La prima è quella in cui una società non residente effettui vendite o, comunque, compia operazioni rilevanti nel Regno Unito senza la creazione di una stabile organizzazione *in loco*. In particolare, si richiede la sussistenza di almeno una di due specifiche condizioni, rispettivamente denominate “*tax avoidance condition*” e “*mismatch condition*”. La prima delle predette condizioni può ritenersi integrata quando lo scopo principale, o uno degli scopi principali, dell’operazione sia quello di eludere la *corporation tax* britannica. La seconda ricorre in presenza di una situazione di “*effective tax mismatch outcome*” – ciò che si verifica allorché l’imposizione straniera applicata dal soggetto interessato sia inferiore all’80% dell’imposta britannica equivalente – e di una situazione di “*insufficient economic substance*”, in cui, cioè, il beneficio fiscale è maggiore rispetto a qualsiasi altro vantaggio economico ed è ragionevole ritenere che l’operazione sia stata congegnata al fine di ottenere una riduzione dell’onere fiscale. In tal caso, la disciplina britannica riconosce all’Amministrazione finanziaria il potere di verificare se abbiano avuto luogo nel Regno Unito attività economiche connesse con la fornitura di beni e servizi a clienti residenti che siano state strutturate in modo da eludere la creazione di una stabile organizzazione.

La seconda ipotesi in cui la “*Diverted Profits Tax*” trova applicazione si ha allorché una società residente o una società non residente, ma che esercita un’attività per la quale è soggetta alle imposte nel Regno Unito, goda di un vantaggio fiscale derivante dall’utilizzo di accordi o soggetti terzi privi di sostanza economica, ciò che, evidentemente, richiama la seconda delle condizioni sopra delineate.

In tali due ipotesi l’Amministrazione finanziaria inglese – previo esperimento di una fase di contraddittorio con la società interessata – può emettere un avviso di accertamento ed assoggettare a tassazione i profitti che la stessa Amministrazione ha ritenuto sottratti all’imposizione con applicazione di un’aliquota d’imposta del 25%, maggiorata rispetto a quella ordinaria della «*corporate income tax*» britannica.

Ci si può interrogare sulla compatibilità di tale forma di imposizione con le convenzioni contro le doppie imposizioni e con le libertà fondamentali garantite dai trattati europei. Quanto alle prime, si potrebbe

argomentare che la «*Diverted Profits Tax*» non è strutturata come un'imposta sui redditi e, pertanto, potrebbe ritenersi esclusa dall'ambito oggettivo di applicazione delle convenzioni internazionali²³. A ciò si aggiunga l'ulteriore considerazione che la «*Diverted Profits Tax*» mira, in definitiva, a contrastare strutture prive di sostanza economica, abusive, cui, come tali, non dovrebbero essere garantiti i benefici convenzionali²⁴. Quanto al rapporto con la disciplina dettata dal TFUE, anche qui occorre considerare la finalità propria della «*Diverted Profits Tax*» di contrasto di strutture non genuine e, dunque, la possibilità, tutt'altro che remota, di considerare eventuali discriminazioni o restrizioni che possano originarsi dalla «*Diverted Profits Tax*», giustificate dall'obiettivo di contrastare le costruzioni di puro artificio e di garantire una tassazione conforme al principio di territorialità²⁵; e neppure si può ignorare l'evoluzione del diritto dell'Unione europea verso il contrasto di quelle società che – pur non potendo definirsi quali vere e proprie “*letter box companies*”, essendo

²³ In questo senso si veda anche T. Rosembuj, *Taxing digital*, Barcellona 2015, pp. 196-197.

²⁴ Si veda, in proposito, il par. 9.4. del «*Commentario all'art. 1 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni*» laddove precisa che «*it is agreed that States do not have to grant the benefits of a double taxation convention where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into*». Vi è, inoltre, un'ulteriore considerazione specificamente riferita all'ordinamento britannico, nel quale le convenzioni internazionali sono di per sé sprovviste di carattere *self-executing* e, come tali, non fanno sorgere in capo ai privati diritti azionabili direttamente contro lo Stato inglese. È dunque richiesta una norma interna che attribuisca effetti diretti di tipo verticale alle convenzioni; norma che è stata emanata nel 2010 con riferimento alle imposte sui redditi, sui “*capital gains*” ed alla “*petroleum revenue tax*” e che si dubita possa essere emanata con riferimento alla «*Diverted Profits Tax*». Al riguardo si veda D. Neidle, *The diverted profits tax: flawed by design?*, in *British Tax Review*, 2015, p. 164-165.

²⁵ Vale ricordare, in proposito, che proprio con riferimento alla disciplina britannica del consolidato fiscale – oggetto di esame nella nota sentenza *Mark & Spencer* – la Corte di giustizia ha ritenuto una misura nazionale restrittiva giustificata sulla scorta di una molteplicità di interessi perseguiti dal legislatore nazionale e, specificamente, dall'intento di evitare forme di elusione, dalla salvaguardia della corretta ripartizione della potestà impositiva tra stato di residenza e stato della fonte e dalla necessità di evitare la fruizione di un duplice beneficio fiscale.

comunque dotate di un minimo di struttura economica – mostrino comunque indici tali da farle ritenere inadeguate rispetto allo svolgimento della loro attività²⁶.

Un cenno merita anche la «*ADSL tax*» adottata dalla Catalogna. Diversamente dalla Francia e dal Regno Unito, che hanno ipotizzato – e nel caso inglese adottato – forme di tassazione dirette a colpire la ricchezza prodotta dalle imprese dell'economia digitale, la Comunità autonoma catalana ha deciso di prevedere un prelievo sull'accesso ad internet; prelievo pari a 0,25 Euro su ogni contratto stipulato e concernente la fornitura del servizio di accesso al web. A quanto consta si tratta dell'unico esempio di tassazione che incide direttamente sull'accesso a internet; ciò che ha peraltro finito per generare forti tensioni sociali e numerose richieste di abrogazione²⁷.

Quanto all'Italia, una prima iniziativa in tema di tassazione delle imprese dell'economia digitale risale alla legge di stabilità 2014 ed al cd. emendamento Boccia²⁸, che, sempre nell'ottica di assoggettare a tassazione i proventi del commercio elettronico diretto e indiretto, aveva forzato i tradizionali modelli di collegamento con il territorio statale, imponendo l'apertura di una partita IVA italiana a tutti i fornitori non residenti dei servizi di pubblicità²⁹. Tale previsione – approvata, come detto, sul finire del

²⁶ Si veda, al riguardo, la risoluzione del Consiglio UE dell'8 giugno 2010 sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea, in G.U.U.E. C 156 del 16 giugno 2010, pp. 1 s.

²⁷ Per una trattazione approfondita dell'imposta catalana si veda J. A. Rozas-Valdes, *El Impuesto Catalán Sobre la Provisión de Servicios de Comunicaciones Electronicas*, in AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, a cura di L. Del Federico – C. Ricci, Amon edizioni, 2015, pp. 211-246.

²⁸ Dal nome dell'On.le Francesco Boccia, proponente delle misure in questione.

²⁹ Si veda, al riguardo, l'art. 1, comma 33, della legge 27 dicembre 2013, n. 147 che inseriva nel corpo della disciplina IVA recata dal d.P.R. n. 633 del 1972 l'art. 17-*bis* secondo cui «*i soggetti passivi che intendano acquistare servizi di pubblicità e link sponsorizzati on line, anche attraverso centri media e operatori terzi, sono obbligati ad acquistarli da soggetti titolari di una partita IVA rilasciata dall'amministrazione finanziaria italiana. Gli spazi pubblicitari on line e i link sponsorizzati che appaiono nelle pagine dei risultati dei motori di ricerca (servizi di search advertising), visualizzabili sul territorio italiano durante la visita di un sito internet o la fruizione di un servizio on line attraverso rete fissa o rete e*

2013 – è stata abrogata dopo pochi mesi dalla nuova compagine governativa insediatasi *medio tempore*³⁰, in virtù dei seri dubbi di compatibilità con la normativa europea dell’IVA che essa sollevava³¹. E, tuttavia, se le modalità e i meccanismi prescelti erano certamente opinabili, l’idea di fondo non era da scartare *a priori*: almeno nei confronti delle imprese digitali fondate su un modello di generazione dei ricavi c.d. “multilaterale” la previsione di un’imposta sulla pubblicità *online* potrebbe costituire una via percorribile, affiancandosi e completando il presupposto proprio dell’imposta sulla pubblicità attualmente prevista nel nostro ordinamento e nel contesto del quale la stessa imposta ha attualmente un rilievo secondario. Del resto, e ferma restando la necessità di riflettere sul livello territoriale più adeguato per la previsione di una tale forma di imposizione – livello che, in via di prima approssimazione, potrebbe individuarsi in quello nazionale o, addirittura, europeo, dovendo certamente escludersi il livello comunale cui è oggi demandata l’applicazione dell’imposta sulla pubblicità tradizionale – nonché sui meccanismi più corretti di determinazione del tributo, le previsioni della legge di stabilità 2014 si ponevano in coerenza con la stessa legge delega n. 23 del 2014 di riforma del sistema tributario, che, nel delineare la tassazione delle attività transnazionali secondo meccanismi «*di stima delle quote di attività imputabili alla competenza fiscale nazionale*», menzionava espressamente l’imposizione delle attività «*connesse alla*

dispositivi mobili, devono essere acquistati esclusivamente attraverso soggetti, quali editori, concessionarie pubblicitarie, motori di ricerca o altro operatore pubblicitario, titolari di partita IVA rilasciata dall’amministrazione finanziaria italiana. La presente disposizione si applica anche nel caso in cui l’operazione di compravendita sia stata effettuata mediante centri media, operatori terzi e soggetti inserzionisti».

³⁰ Il riferimento è all’abrogazione disposta dall’art. 2, comma 1, lett. a) del decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 maggio 2014, n. 68; decreto-legge promosso dal nuovo Governo presieduto da Matteo Renzi subentrato al Governo presieduto da Enrico Letta che aveva approvato le misure in discorso.

³¹ Accenna a questi dubbi L. Del Federico, *La digital economy ed il sistema tributario: considerazioni introduttive*, cit., pp. 4-5. Per una trattazione approfondita si veda C. Trenta, *The Italian “Google Tax”. National Taxation and the European E-Economy*, in AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, a cura di L. Del Federico – C. Ricci, Amon edizioni, 2015, pp. 185-210.

raccolta pubblicitaria», operando un riferimento neppure troppo indiretto agli operatori dell'economia digitale.

A distanza di poco più di un anno il tema della tassazione dell'economia digitale è nuovamente tornato al centro dell'attenzione con la proposta di legge presentata presso la Camera dei Deputati dagli on.li Quintarelli e Sottanelli e recante «*norme in materia di contrasto all'elusione fiscale online*». Essa si proponeva, in particolare, di modificare la nozione di stabile organizzazione prevista dall'art. 162 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR); stabile organizzazione italiana che si sarebbe dovuta considerare in ogni caso sussistente – e a prescindere, quindi, dall'integrazione dei requisiti propri della stabile organizzazione intesa in senso “tradizionale” – qualora si fosse realizzata «*una presenza continuativa di attività online riconducibili all'impresa non residente, per un periodo non inferiore a sei mesi, tale da generare nel medesimo periodo flussi di pagamenti a suo favore [...] in misura complessivamente non inferiore a cinque milioni di Euro*». Inoltre, e al fine di indurre il soggetto non residente a dichiarare *sua sponte* l'esistenza di una stabile organizzazione italiana, la proposta di legge in questione prevedeva l'applicazione di una ritenuta alla fonte del 25 per cento sui pagamenti a favore dell'impresa estera per beni e servizi acquisiti *online*, incaricando gli intermediari finanziari italiani di effettuare tale adempimento. Tale ritenuta – e qui traspariva chiaramente l'intenzione di indurre i soggetti esteri a dichiarare l'esistenza della stabile organizzazione – non avrebbe trovato applicazione in tutti i casi in cui essi avessero avuto in Italia una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 162 TUIR.

Nell'autunno del 2015 il Governo aveva dapprima manifestato l'intenzione di fare propria la proposta Quintarelli-Sottanelli prevedendo nel progetto di legge di stabilità 2016 allora in corso di predisposizione una “*digital tax*” conformata secondo le linee dianzi illustrate, salvo successivamente tornare sui propri passi. A nostro avviso si è trattato di un ripensamento quanto mai opportuno, tenuto conto delle perplessità che tale proposta sollevava. Anzitutto la novellata nozione di stabile organizzazione avrebbe avuto un ambito di applicazione assai limitato, circoscritto ai soli rapporti con imprese estere residenti in Stati che non hanno stipulato alcuna

convenzione per la prevenzione delle doppie imposizioni con l'Italia³²: vale ricordare, infatti, che sulla scorta di un orientamento dottrinario e giurisprudenziale ormai consolidato le norme recate dai trattati internazionali prevalgono su quelle interne con esse contrastanti in forza del principio di specialità. Ora, tenuto conto che la nozione di stabile organizzazione è contenuta – oltre che nel menzionato art. 162 TUIR – in tutte le convenzioni internazionali concluse dall'Italia con gli Stati esteri, una modifica unilaterale di tale nozione riferita unicamente alla norma interna si sarebbe rivelata poco efficace, atteso che la più favorevole (per i contribuenti) nozione stabilita a livello internazionale avrebbe prevalso sul novellato art. 162 TUIR in forza del menzionato principio di specialità.

Ancora, e sempre sotto il profilo generale, destava perplessità il *modus operandi* sotteso alla modifica della nozione interna di stabile organizzazione: se – come chiariva la relazione di accompagnamento alla proposta Quintarelli-Sottanelli – l'intenzione era quella di contrastare forme di elusione, *sub specie* di stabili organizzazioni occulte delle imprese estere dell'economia digitale, appariva peculiare voler raggiungere tale obiettivo mediante una norma di carattere strutturale – quale sarebbe stata la modifica della definizione di stabile organizzazione – anziché sulla scorta di una disciplina *ad hoc* che risultasse puntualmente conformata in senso antielusivo³³.

Quanto, poi, ai tratti caratterizzanti la proposta di modifica della nozione di stabile organizzazione, le imprese non residenti operanti nel settore dell'economia digitale avrebbero avuto una stabile organizzazione in Italia al ricorrere di due condizioni: una riferita all'ammontare dei ricavi, l'altra alla durata delle attività *online* svolte dall'impresa. Ebbene, nel trattare dei presupposti della stabile organizzazione basata sulla “presenza

³² Si tratta di ipotesi residuali, circoscritte ai Paesi considerati dall'Italia come “paradisi fiscali” e con i quali l'Italia non intrattiene rapporti di tipo convenzionale. Nessuna delle imprese di maggiori dimensioni (cd. “*big players*”) dell'economia digitale (Google, Facebook, Apple, Amazon) rientrerebbe in tali ipotesi, atteso che esse sono tutte fiscalmente residenti in Stati che hanno stipulato con l'Italia una convenzione per la prevenzione delle doppie imposizioni (ad es. Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi).

³³ Come è il caso della «*Diverted Profits Tax*» adottata dal Regno Unito.

digitale significativa”, l’OCSE ha evidenziato bensì la non sufficienza del requisito riferito all’ammontare dei pagamenti effettuati a favore dell’impresa non residente, ma si è anche occupata di individuare gli ulteriori elementi idonei a far presumere un collegamento effettivo e stabile tra l’impresa non residente ed il territorio dello Stato considerato. Tra questi elementi non si rintraccia quello temporale – cui faceva invece riferimento la proposta Quintarelli-Sottanelli – probabilmente in ragione del fatto che l’aspetto temporale è bensì idoneo a provare la continuità dell’attività svolta, ma sembra essere meno indicativo del collegamento con il territorio statale: tenuto conto, peraltro, che si tratta di attività online, il suo svolgimento ben potrebbe situarsi al di fuori del territorio dello Stato di riferimento, producendosi in quest’ultimo solo i relativi effetti. È nella prospettiva di assicurare il collegamento con il territorio statale che si inquadrano, invece, gli indici cd. “digitali” suggeriti dall’OCSE – quali l’operatività mediante un nome di dominio locale o mediante una piattaforma digitale modellata secondo le esigenze degli utilizzatori locali (ad es., in termini linguistici) e conformemente alle relative normative (ad es., quanto ai termini e condizioni applicabili) o, ancora, esponendo i prezzi dei beni o servizi in valuta locale ed offrendo agli utilizzatori la possibilità di acquistare in tale valuta – o, in misura minore, gli indici riferiti alla residenza di un numero significativo di utenti della piattaforma digitale o delle controparti dei contratti online o, ancora, degli utenti che forniscono i propri dati alla piattaforma digitale.

Di qui, dunque, l’opportunità di una riflessione più approfondita a livello interno sui presupposti in grado di radicare in Italia la stabile organizzazione di un’impresa non residente in ragione della sua presenza digitale significativa.

Quanto, poi, al sistema di ritenute alla fonte che con la proposta Quintarelli-Sottanelli si intendeva introdurre³⁴, si trattava di previsioni che

³⁴ Il sistema era piuttosto articolato. Una prima ritenuta, a titolo d’imposta e con aliquota del 30 per cento, avrebbe colpito i «redditi derivanti da transazioni online relativi a pagamenti effettuati da soggetti residenti, all’atto dell’acquisto di prodotti o servizi digitali presso un e-commerce provider estero», nonché i «compensi pagati da operatori nazionali a fronte dell’acquisto di licenze software successivamente distribuite sul mercato italiano»,

pure sollevavano dubbi in relazione alla loro conformità tanto alle previsioni convenzionali, quanto ai principî dell'ordinamento europeo. La ritenuta da operarsi sui «*redditi derivanti da transazioni online relativi a pagamenti effettuati da soggetti residenti, all'atto dell'acquisto di prodotti o servizi digitali presso un e-commerce provider estero*» faceva sorgere l'interrogativo sulla categoria di appartenenza di tali redditi in base all'art. 6 TUIR. Se si propendeva per un suo inquadramento tra i redditi d'impresa – per il fatto che si originava dall'esercizio di un'attività commerciale da parte dell'impresa estera – le convenzioni internazionali ne avrebbero consentito la tassazione in Italia solo in presenza di una stabile organizzazione italiana dell'impresa estera. Con la conseguenza che anche in tal caso l'ambito applicativo del criterio speciale di territorialità sarebbe stato ristretto alle ipotesi di Stati non convenzionati con l'Italia. Del pari, se si ipotizzava un inquadramento come reddito diverso, le convenzioni internazionali non avrebbero consentito all'Italia di sottoporre il reddito ad imposizione, atteso che la potestà impositiva è attribuita in modo esclusivo allo Stato di residenza dell'impresa.

Quanto alla ritenuta da applicarsi ai «*compensi pagati da operatori nazionali a fronte dell'acquisto di licenze software successivamente distribuite sul mercato italiano*», essa affondava le proprie radici nella nozione di *royalty* che l'Italia sostiene debba trovare applicazione a livello internazionale, con impostazione non condivisa dagli altri Paesi OCSE. Pur consapevole della riserva apposta dall'Italia all'art. 12 del Modello OCSE³⁵,

la cui territorialità sarebbe stata radicata in Italia sulla scorta di apposite modifiche dell'art. 23 TUIR. Una seconda ritenuta, anch'essa a titolo d'imposta e con aliquota del 25 per cento, avrebbe colpito i «*pagamenti verso soggetti non residenti [...] per l'acquisto di beni e servizi acquisiti online*», con il chiaro intento di indurre l'impresa non residente a dichiarare sua sponte l'esistenza di una stabile organizzazione italiana (come dimostra la circostanza che la ritenuta non avrebbe trovato applicazione qualora l'impresa non residente avesse dichiarato di avere una stabile organizzazione in Italia). L'applicazione delle ritenute in questione sarebbe stata affidata agli intermediari finanziari che intervenivano nell'effettuazione dei pagamenti.

³⁵ Fermo restando che non si tratta, tecnicamente, di una riserva nel senso proprio dei trattati internazionali, non essendo ad essa applicabile la relativa disciplina della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

non può non osservarsi che la ritenuta in questione avrebbe sicuramente contribuito ad allontanare il nostro Paese dalla posizione maggiormente diffusa a livello internazionale.

Per la ritenuta sui «*pagamenti verso soggetti non residenti [...] per l'acquisto di beni e servizi acquisiti online*», poi, valgono a nostro avviso considerazioni simili a quelle appena svolte per la ritenuta sui redditi derivanti da transazioni *online*. Fermo restando che non risultava chiaro se e in che misura le ritenute in questione potessero avere un diverso ambito di applicazione, può osservarsi che anche la ritenuta da operarsi sui pagamenti sarebbe stata parametrata, a ben vedere, al reddito dell'impresa estera: come chiariva la relazione di accompagnamento, «*la ritenuta del 25% tiene conto del fatto che, laddove [le imprese non residenti] avessero in Italia una stabile organizzazione, potendo calcolare la base imponibile sulla base di costi e ricavi, l'imposta da pagare, seppur con la più alta aliquota del 27,5%, sarebbe più bassa*»³⁶.

A tali considerazioni riferite alle questioni internazionali³⁷ si aggiungeva il punto, non secondario ed evidenziato dalla stessa OCSE, del rispetto dei principî europei e, specificamente, del principio di non discriminazione: come detto, la Corte di giustizia ha più volte censurato regimi diversificati in punto di determinazione della base imponibile per i soggetti residenti e non residenti³⁸.

5. Conclusioni

In conclusione può rilevarsi come le problematiche della tassazione delle imprese operanti nell'economia siano ben lungi dall'aver trovato una

³⁶ Si aggiunga, peraltro, che ove il reddito su cui, di fatto, grava la ritenuta sia da qualificarsi come reddito d'impresa, l'Italia potrebbe procedere alla sua tassazione solo in presenza di una stabile organizzazione italiana, vale a dire proprio nell'ipotesi in cui la legge esclude l'applicazione della ritenuta.

³⁷ Da arricchire, come fa l'OCSE, con una dubbia valutazione di conformità della ritenuta in parola con la disciplina del cd. "trattamento nazionale" prevista dall'art. III del GATT. Si veda quanto esposto nel precedente par. 3 e, in particolare, nella nota n. 10.

³⁸ Si veda quanto esposto nel precedente par. 3 e, in particolare, nella nota n. 9.

soluzione definitiva. A livello nazionale – e italiano in particolare – dopo le esperienze con esiti non positivi della “*web tax*” e della “*digital tax*” il legislatore sembra essersi preso una “pausa di riflessione”³⁹. Anche la recente proposta di legge Mucchetti, di cui diremo subito, ha ricevuto un’attenzione piuttosto limitata da parte sia dell’opinione pubblica sia della stampa specializzata.

Da questo punto di vista ci pare che una soluzione che possa coniugare la necessità di prevedere una qualche forma di tassazione rispetto a tali imprese con l’esigenza di concreta implementazione della normativa possa individuarsi nella previsione di una presunzione, evidentemente di carattere relativo, di esistenza di una stabile organizzazione in Italia dell’impresa estera al ricorrere di determinati indici. Si tratterebbe, in sostanza, di una soluzione che ricalcherebbe, per certi versi, la «*Diverted Profits Tax*» britannica⁴⁰ e che, conformata quale presunzione relativa, sarebbe rispettosa dei diritti dei contribuenti, che devono essere messi in condizione di dimostrare la non ricorrenza degli elementi propri della stabile

³⁹ Valga il riferimento all’indagine conoscitiva sulla fiscalità dell’economia digitale avviata dalla Commissione Finanze della Camera dei Deputati. Le attività e le audizioni iniziate ad ottobre del 2014 si sono svolte fino al maggio del 2015 con cadenza regolare. A partire da maggio 2015, tuttavia, non si registrano né nuove audizioni né sviluppi significativi.

⁴⁰ Invita a ragionare sull’introduzione in Italia di una «*Diverted Profits Tax*» F. Gallo, *L’affannosa rincorsa ai web-redditi*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 ottobre 2016, p. 18.

organizzazione, materiale o personale che essa sia⁴¹ ⁴². In questo solco sembra muoversi, almeno in parte, la recente proposta di legge del senatore Mucchetti⁴³, laddove intende introdurre nel corpo del TUIR un nuovo art. 162-bis secondo cui *«indipendentemente dalla presenza di mezzi materiali fissi, si considera esistente una stabile organizzazione occulta qualora vengano svolte nel territorio dello Stato, in via continuativa, attività digitali pienamente dematerializzate da parte di soggetti non residenti»* e, inoltre,

⁴¹ Sulla falsariga di quanto fatto dal nostro legislatore nel settore dei giochi con l'art. 1, comma 927, della legge 28 dicembre 2015 n. 208 (legge di stabilità per l'anno 2016), che così recita: *«qualora uno o più soggetti residenti, operanti nell'ambito di un'unica rete di vendita, svolgano, per conto di soggetti esteri non residenti o comunque sulla base di contratti di ricevitoria o intermediazione con i soggetti terzi, le attività tipiche del gestore, anche sotto forma di centro trasmissione dati, quali, ad esempio, raccolta scommesse, raccolta delle somme puntate, pagamento dei premi, e mettano a disposizione dei fruitori finali del servizio strumenti per effettuare la giocata, quali le apparecchiature telematiche e i locali presso cui scommettere, e allorché i flussi finanziari, relativi alle suddette attività ed intercorsi tra i gestori e il soggetto non residente, superino, nell'arco di sei mesi, 500.000 euro, l'Agenzia delle entrate, rilevati i suddetti presupposti dall'informativa dell'intermediario finanziario e degli altri soggetti esercenti attività finanziaria indicati nell'articolo 11, commi 1 e 2, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e successive modificazioni, da effettuare secondo i criteri stabiliti dal Ministero dell'economia e delle finanze, entro sessanta giorni dalla medesima informativa convoca in contraddittorio i gestori e il soggetto estero, i quali possono fornire prova contraria circa la presenza in Italia di una stabile organizzazione, ai sensi dell'articolo 162 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917».*

⁴² In alternativa potrebbe ipotizzarsi la previsione di criteri di collegamento ad hoc per le imprese dell'economia digitale e, in particolare, di un criterio che attribuisca rilievo allo Stato del consumo. In questa direzione si è mosso alcuni anni fa il Governo britannico nel settore del *“remote gambling”* – si veda il documento dell'Amministrazione finanziaria inglese *Gambling Tax Reform 2014, Information* note 3, del febbraio 2014, reperibile sul sito internet www.gov.uk. Si tratterebbe, evidentemente, di soluzione di respiro diverso rispetto a quella della presunzione relativa di esistenza di una stabile organizzazione, per la quale si porrebbe la questione – che ha rivestito non poco peso negli approfondimenti e nelle conclusioni dell'OCSE – sulla diversità del regime riservato alle imprese operanti con modalità digitali rispetto a quelle attive nei medesimi settori di mercato ed operanti con modalità tradizionali.

⁴³ Si tratta del disegno di legge n. 2526 presentato al Senato il 14 settembre 2016 e recante *“misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale”*.

che “*l’esistenza di una stabile organizzazione si configura qualora il soggetto non residente: a) manifesti la sua presenza sul circuito digitale ponendo in essere un numero di transazioni superiore, in un singolo semestre a cinquecento unità; b) percepisca nel medesimo periodo un ammontare complessivo non inferiore a un milione di Euro*». Nonostante sia animata da buone intenzioni, anche la proposta in questione desta talune perplessità. Anzitutto il nuovo art. 162-*bis* verrebbe ad introdurre, di fatto, una nuova forma di stabile organizzazione, ritenuta esistente «*indipendentemente dalla presenza di mezzi materiali fissi*» – e, dunque, a prescindere dall’integrazione dei requisiti posti dalla nozione generale di cui all’art. 162, comma 1, TUIR⁴⁴ – al superamento di parametri quantitativi e qualora il soggetto non residente svolga continuativamente in Italia «*attività digitali pienamente dematerializzate*», la cui individuazione sarebbe rimessa – addirittura – all’Agenzia delle entrate. Ciò che, evidentemente, rischia di riproporre difficoltà di coordinamento di tale nuova forma di stabile organizzazione con i trattati internazionali, secondo una linea di ragionamento non dissimile da quella sopra illustrata per la proposta Quintarelli-Sottanelli. Nello specifico, poi, suscita perplessità di ordine costituzionale la rimessione al Direttore dell’Agenzia delle entrate dell’individuazione delle «*attività digitali pienamente dematerializzate*»: anche ammettendo – come precisa la relazione di accompagnamento – che si tratta di attività «*assai diversificate e inevitabilmente variabili nel tempo*», non può trascurarsi che in tal modo verrebbe nei fatti delegata al potere amministrativo l’individuazione delle attività caratterizzanti il versante territoriale del presupposto d’imposta, ciò che lascia dubitare della sua coerenza con il principio di riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. D’altro canto, i parametri quantitativi del numero delle transazioni e dei flussi finanziari da esse rivenienti mostrano bensì una loro utilità, ma – come

⁴⁴ Si noti, in proposito, la diversità di tale disposizione rispetto a quella applicabile nel settore dei giochi (citato art. 1, comma 927, della legge n. 208 del 2015), laddove quest’ultima stabilisce degli indici presuntivi di “*presenza in Italia di una stabile organizzazione, ai sensi dell’articolo 162*” TUIR e non prevede, dunque, forme di stabile organizzazione che si discostino dalla relativa nozione generale accettata a livello internazionale.

evidenzia l'OCSE – è lecito dubitare che essi siano di per sé in grado di fornire adeguata evidenza del collegamento territoriale richiesto ai fini della qualificazione della struttura come stabile organizzazione⁴⁵. Ancora, tenuto conto che i parametri quantitativi vengono riferiti ad una generica «*presenza sul circuito digitale*» – al di fuori di una puntuale definizione di quest'ultimo e di una sua riferibilità allo Stato italiano - l'individuazione dei fattori di connessione tra attività e territorio statale resterebbe affidata, di nuovo, alle determinazioni dell'Agenzia delle entrate nella definizione delle «*attività digitali pienamente dematerializzate*» svolte in Italia.

Sotto altro profilo, si dovrebbe statuire in modo chiaro il carattere relativo della presunzione di esistenza della stabile organizzazione, posto che l'Agenzia delle entrate, al ricorrere dei relativi presupposti, accerta i redditi sulla base del metodo induttivo e invita il soggetto estero «*a regolarizzare l'esistenza della stabile organizzazione*» e che l'attivazione del contraddittorio preventivo – particolarmente necessario in fattispecie così complesse – viene sostanzialmente rimesso alla volontà del contribuente di valersi della procedura di interpello ordinario o di quella prevista per gli accordi preventivi di imprese con attività internazionale e sottoposto alle relative forme. Ciò a maggior ragione se si considera che decorsi trenta giorni dall'invito alla regolarizzazione senza che questa sia intervenuta e senza che l'impresa estera abbia attivato una delle menzionate procedure gli intermediari finanziari sono chiamati ad effettuare una ritenuta del 26% sui pagamenti all'impresa estera.

In ogni caso, ferme le perplessità sin qui esposte sulla proposta Mucchetti, ci pare che la costruzione di un'imposizione che si ispiri alla «*Diverted Profits Tax*» britannica resti l'opzione preferibile. Del resto,

⁴⁵ Tenuto conto che, come diremo subito nel testo, i parametri quantitativi vengono collegati alla «*presenza sul circuito digitale*», non definito né specificamente riferito allo Stato italiano. Quanto al numero delle transazioni, è ben vero che l'OCSE inserisce tra gli *user-based factors* di collegamento tra attività e territorio quello dell'*online contract conclusion*, ma precisa che deve trattarsi di contratti conclusi con «*customers or users that are habitually resident in the country*»; precisazione, questa, assente nel testo dell'art. 162-bis TUIR di cui al disegno di legge in discorso.

forme di imposizione diverse, di recente autorevolmente riproposte, fondate sulla tassazione della “quantità e/o velocità dei trasferimenti e degli impulsi”⁴⁶ sul modello della “*bit tax*”, scontano la loro scarsa precisione nel cogliere e nel misurare effettivamente la ricchezza che può attribuirsi a ciascun dato o pacchetto di dati. In altri termini, non sembra pienamente soddisfacente prevedere una tassazione meramente quantitativa dei dati trasmessi che si disinteressa di discriminarli sotto il profilo qualitativo, sotto il profilo, cioè, della capacità dei dati trasmessi di generare una diversa ricchezza per chi li trasmette⁴⁷.

A livello internazionale si è rilevato che le analisi e gli approfondimenti portati avanti nell’ambito dell’OCSE e dell’Unione europea non hanno condotto all’elaborazione di misure specificamente riferite al settore in questione, essendo maturata la convinzione che non vi sia necessità di misure *ad hoc*, quanto di modificare nozioni ed istituti già esistenti. Su un piano separato debbono collocarsi le iniziative sui cd. “*tax rulings*” e sulla loro compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato; iniziative che, come tali, attengono più alla fase di implementazione ed applicazione delle singole discipline statali che a quella di conformazione di normative rivolte a tassare la ricchezza delle imprese dell’economia digitale⁴⁸. Se così è, non si può che rimanere in attesa dell’approvazione definitiva delle modifiche alla nozione di stabile organizzazione e, soprattutto, dell’*iter* – che si auspica possa concludersi con l’approvazione – della proposta di direttiva in tema di CCCTB.

⁴⁶ Così G. Tremonti, *Il fisco “vecchio” di fronte a Internet*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 settembre 2016, p. 23 che riprende una sua proposta avanzata sul finire degli anni Novanta.

⁴⁷ Peraltro tale difetto lo evidenzia lo stesso G. Tremonti, *Il fisco “vecchio” di fronte a Internet*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 settembre 2016, p. 23 laddove osserva che una tassazione basata sulla quantità fisica dei dati è comunque “rozza”.

⁴⁸ La separazione tra il piano delle indagini sui “*tax rulings*” e quello delle misure strutturali rivolte alla tassazione dell’economia digitale emerge anche dal citato comunicato stampa della Commissione europea del 30 agosto 2016, n. IP/16/2923.