



*LA TASSAZIONE DELL'ECONOMIA DIGITALE
TRA SVILUPPI RECENTI E PROSPETTIVE FUTURE*

ROMA, 29 novembre 2018

**STABILE
ORGANIZZAZIONE
ED
ECONOMIA DIGITALE**



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

La nozione di «*Permanent Establishment*» (o «stabile organizzazione») trova origine nelle prime elaborazioni scientifiche e teoretiche, risalenti agli anni '20 dello scorso secolo, dirette ad evitare o ridurre la doppia imposizione internazionale in base alla determinazione del luogo di allocazione della ricchezza.



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

Nel rapporto presentato nell'anno 1923 alla Società delle Nazioni
il gruppo di quattro esperti di finanza pubblica all'uopo incaricati
(Buins, Einaudi, Seligman e Stamp)
ritenne che occorresse dare primaria importanza
ai seguenti criteri di localizzazione:

- a) *«origin of the wealth [i.e. source]»;*
- b) *«residence or domicile of the owner who consumes the wealth».*



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

A propria volta, l'origine della ricchezza («source»)
dovrebbe essere determinata
tendendo conto di tutte le fasi del processo produttivo,
tra cui in particolare:

- l' iniziale apparizione fisica del bene;
- i successivi adattamenti fisici;
 - l'attività di trasporto;
 - l'attività di vendita.



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

Secondo il gruppo di esperti, dunque, il riparto della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato di residenza dovrebbe essere stabilito in via generale per «classi di attività», in correlazione con la natura del reddito in questione e delle specificità del sistema di produzione (attività minerarie e petrolifere, attività industriali, attività commerciali). Nel riparto della potestà impositiva grande importanza era attribuita dunque al nesso tra il reddito ed il territorio in cui esso si produce.



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

Le conclusioni del gruppo di esperti non furono però interamente condivise dalla Società delle Nazioni, che nell'anno 1928 elaborò il primo modello di convenzione per evitare le doppie imposizioni. Particolarmente controversa risultò infatti la preferenza (influenzata dagli interessi degli Stati «forti» e dalla giurisprudenza delle Corti britanniche) verso un sistema di sostanziale esenzione per tutti gli «*income going abroad*» ed a favorire la tassazione nel solo luogo di residenza.



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

Il criterio di localizzazione adottato dal modello di convenzione elaborato dalla Società delle Nazioni ha perciò adottato il diverso metodo della «classificazione ed attribuzione delle fonti di reddito»,

ispirandosi ai seguenti principi:

- tassazione nello stato della fonte per le imposte reali;
- tassazione nello stato di residenza per le imposte personali (comprese quelle sui redditi di impresa);
- tassazione (con un sistema di moderazione) in entrambi gli Stati per talune tipologie di reddito (dividendi, interessi, *royalties*, *capital gains*).



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

In questo contesto, nell'intento di favorire le economie dei Paesi emergenti si introdusse un'eccezione per i redditi prodotti all'estero per il tramite di una «*Permanent Establishment*».

Si è infatti previsto che i redditi imputabili alla «stabile organizzazione» fossero tassabili in questo altro Stato, in applicazione del criterio del collegamento territoriale già elaborato dal gruppo di esperti.



La «stabile organizzazione» nella tradizione storica

**Il principio della tassabilità nello Stato della fonte
dei (soli) redditi di impresa**

**prodotti all'estero per il tramite della stabile organizzazione
è rimasto sostanzialmente invariato per 90 anni.**

**Esso si è infatti conservato in tutti i successivi modelli
di convenzione contro le doppie imposizioni**

**(Città del Messico 1943, Londra 1946, OCSE 1963, 1977, 2010 e 2014, ONU 1980)
ed è filtrato nelle circa 3.500 convenzioni del genere attualmente vigenti.**



La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

**A livello internazionale e con riguardo alle imposte dirette
la nozione di «stabile organizzazione»
è contenuta nell'art. 5 del Mod. OCSE,
La norma va coordinata con l'art. 4 e con l'art. 7
(che specificano rispettivamente la nozione di residenza
ed il criterio di tassazione dei redditi di impresa).**



La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

Le norme del modello OCSE e del relativo Commentario
non sono vincolanti per gli Stati,
ma costituiscono fonte di «*soft law*».

Con numerose raccomandazioni Il Consiglio OCSE ha tuttavia invitato
gli Stati membri a conformarsi ad esse
nella stipula delle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

Per il principio di buona fede,
salvo il caso in cui abbiano apposto espressa riserva,
gli Stati dovrebbero quindi rispettare le previsioni delle norme OCSE,
che assumono anche molta importanza nella interpretazione delle Convenzioni.



La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

Le norme del modello OCSE divengono invece vincolanti
(e costituiscono «*jus speciale*»)

una volta che siano state recepite

In una Convenzione bilaterale

e che tale Convenzione sia stata recepita dagli Stati stipulanti
e sia divenuta esecutiva.

La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

Ai fini dell'individuazione del luogo di residenza l'art. 4 del Modello OCSE
(che si ispira alla giurisprudenza elaborata dalle Corti britanniche)

privilegia il «*place of effective management*»,

e cioè il luogo in cui è collocato il «*real brain*» dell'impresa,
piuttosto che il luogo di effettivo svolgimento dell'attività.

L'Italia ha tuttavia formulato osservazioni a tale disposizione,
che non trova effettiva corrispondenza nell'art. 73 t.u.i.r.

(che tiene conto anche del luogo in cui l'impresa
ha l'oggetto principale dell'attività).

La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

L'art. 7 del Modello OCSE (nella versione vigente, dopo le modifiche introdotte in data 21 novembre 2017) prevede che:

«Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State, unless the enterprise carries on business on the other State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State».

Il paragrafo 2 della norma precisa poi i criteri di determinazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione, ed il paragrafo 3 stabilisce che lo Stato di residenza deve adottare opportune misure per eliminare la doppia tassazione.



La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

A propria volta, l'art. 5 del mod. OCSE
definisce la «stabile organizzazione» come
*«a fixed base of business through
which the business of an enterprise
is wholly or partly carried out».*

La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

L'art. 5 del Mod. OCSE distingue:

- la «STABILE ORGANIZZAZIONE MATERIALE» (che
 - comprende «specialmente» le ipotesi specificate nella cd. «*positive list*»;
 - non comprende le ipotesi indicate nella cd. «*negative list*»);
- la «STABILE ORGANIZZAZIONE PERSONALE» (che può essere costituita da:
 - un agente dipendente;
 - a certe condizioni, da un agente indipendente o da una «*subsidiary*»).

La nozione di «stabile organizzazione»: a) nell'ordinamento internazionale

Il Commentario sull'art. 5, articolato in 169 paragrafi, precisa tra l'altro che:

a) la definizione di «stabile organizzazione» presuppone:

- un «luogo di affari», e cioè una «struttura come una sede o, in certi casi, macchinari o attrezzature»;
- che questo luogo sia «fisso», e sia cioè collocato in un «posto distinto, con un certo grado di permanenza»;
- che gli affari dell'impresa sia compiuti attraverso questo luogo fisso.

Non si richiede che questo luogo abbia una autonoma produttività (essendo sufficiente che sia parte dell'intero sistema produttivo), che produca redditi immobiliari e che sia posseduto in via esclusiva.

b) la «positive list» non ha carattere esaustivo, ma esemplificativo.



La nozione di «stabile organizzazione»: b) nel diritto europeo

**Le direttive europee
relative al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto
fanno frequente riferimento alla nozione di «stabile organizzazione»
al fine di definire i requisiti di territorialità dell'imposta
(cfr. art. 9 della sesta direttiva 77/388/CEE
ed art. 56 e 57 della ottava direttiva 2006/112/CE
del Consiglio del 28 novembre 2006, nel testo consolidato vigente).**



La nozione di «stabile organizzazione»: b) nel diritto europeo

In mancanza di definizioni espresse,
la nozione di «stabile organizzazione» (*alias*, «centro di attività stabile») rilevante ai fini I.V.A. è stata inizialmente elaborata dalla Corte di Giustizia
Il *leading case* è rappresentato dalla causa *Berkholz*
(CGCE, 4 luglio 1985, in causa C-168/84).

La nozione di «stabile organizzazione»: b) nel diritto europeo

Il vuoto normativo è stato colmato (con espresso riferimento alle sole forniture di servizi) dall'art. 11 del regolamento di esecuzione n. 282/2011.

Secondo tale norma la «stabile organizzazione» designa qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede centrale dell'attività economica, caratterizzata:

- da un grado sufficiente di permanenza
- e
- da una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici, che consentano
- di ricevere ed utilizzare i servizi forniti per le esigenze proprie di detta organizzazione, ovvero
- di fornire i servizi di cui assicura la prestazione.



La nozione di «stabile organizzazione»: b) nel diritto europeo

A differenza della disciplina OCSE,
la normativa europea è vincolante per gli Stati membri.
Inoltre, la nozione di «stabile organizzazione» fornita dalla normativa europea
diverge da quella offerta dalle fonti internazionali perché,
a differenza di queste ultime,
prevede la ricorrenza congiunta degli elementi tipici
della permanente organizzazione «materiale» e «personale».

La nozione di «stabile organizzazione»: b) nel diritto europeo

Tuttavia, la normativa internazionale e quella europea non interferiscono tra loro, perché hanno diversi campi di applicazione:

- la prima si riferisce alle imposte dirette

(*rectius*: alle imposte specificamente contemplate dalle singole convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni redatte in base al modello OCSE);

- la seconda definisce il campo di applicazione della disciplina IVA (cfr. in tal senso il par. 5 del Commentario OCSE sull'art. 5 del Modello).



La nozione di «stabile organizzazione»: c) nell'ordinamento nazionale

**Prima della riforma del 2004 il t.u.i.r.
non conteneva nessuna definizione
di «stabile organizzazione».**

**Nell'ordinamento nazionale tale nozione si desumeva
dalle Convenzioni contro le doppie imposizioni
stipulate e rese esecutive nello Stato,
così come affermato
dalla circ. min. n. 7/1496 del 30 aprile 1977.**



La nozione di «stabile organizzazione»: c) nell'ordinamento nazionale

**Nell'ordinamento nazionale la prima definizione
di «stabile organizzazione»
è stata fornita dall'art. 162 t.u.i.r. nel testo post-riforma,
ispirata alla disciplina O.C.S.E.**

La nozione di «stabile organizzazione»: c) nell'ordinamento nazionale

Questa norma si coordina con:

➤ l'art. 23, comma 1, lett. e), del t.u.i.r.

[per il quale, nel rispetto della disciplina O.C.S.E., si considerano prodotti nello Stato i redditi d'impresa dei soggetti non residenti derivanti da attività esercitate nel proprio territorio mediante stabili organizzazioni]

➤ l'art. 152 t.u.i.r.

[che stabilisce i criteri per la determinazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione]

La nozione di «stabile organizzazione»: c) nell'ordinamento nazionale

Ai fini IVA, l'art. 7, comma 1, lett. d) del d.p.r. 29 settembre 1972, n. 633, dispone che «per "soggetto passivo stabilito nel territorio dello Stato" si intende – oltre ad un soggetto passivo domiciliato nel territorio dello Stato o ivi residente che non abbia stabilito il domicilio all'estero – anche una stabile organizzazione nel territorio dello Stato di soggetto domiciliato e residente all'estero, limitatamente alle operazioni da essa rese o ricevute».



La nozione di «stabile organizzazione»: c) nell'ordinamento nazionale

Il d.p.r. n. 633 del 1972 non contiene tuttavia un'autonoma definizione di «stabile organizzazione», che va perciò ricavata - ai fini I.V.A. - dall'ordinamento europeo.



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

**Non si ravvisano problemi di coordinamento
tra ordinamento interno
ed ordinamento europeo ai fini I.V.A.,
poiché si tratta di ordinamenti armonizzati.
Sussiste invece il problema del rapporto
tra normativa interna
e disposizioni convenzionali ispirate al modello OCSE.**



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

La dottrina ha comunemente ritenuto che le norme internazionali prevalgano su quelle interne (ivi comprese quelle successive contrarie), trattandosi di norme speciali che prevalgono su quelle posteriori successive.

Tale tesi pone lo Stato al riparo dal rischio di responsabilità verso gli altri Stati per violazione dei trattati.



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione il principio della prevalenza delle norme internazionali su quelle interne è espressamente sancito dall'art. 117, comma 1, per il quale *«la potestà legislativa è esercitata nel rispetto... degli obblighi internazionali»*.

Le norme internazionali (ancorché subordinate ad ogni altro principio della Costituzione) costituiscono quindi parametri di costituzionalità delle leggi quali «norme interposte»



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

In base a tali principi la norma tributaria convenzionale
prevale sulla disciplina interna
ed è in grado di incidere sulle regole generali che riguardano:

- la soggettività passiva di imposta;
- i criteri di individuazione dei redditi tassabili nello Stato della fonte;
- la determinazione dell'imposta applicabile.



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

A ciò si aggiunge che la dottrina individua comunemente un principio consuetudinario internazionale di «non aggravamento», a cui l'ordinamento interno si adegua automaticamente ex art. 10 Cost., per il quale le convenzioni non possono mai determinare l'applicazione di una disciplina più sfavorevole rispetto a quella applicabile in base al diritto interno.



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

Il principio di «non aggravamento» trova espressione nell'art. 169 t.u.i.r., per il quale *«le disposizioni del presente testo unico si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione».*



Il rapporto tra ordinamento internazionale ed ordinamento interno

Per tutte queste ragioni occorre ritenere che

la norma interna può avere concreta efficacia solo se:

- riguarda soggetti di uno Stato a cui non sia applicabile una Convenzione contro le doppie imposizioni;
 - si riferisce ad imposte non disciplinate dalla Convenzione;
- contiene disposizioni più favorevoli di quelle contenute nella Convenzione.



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

**L'assetto di interessi delineato dal modello di Convenzione
contro le imposizioni approvato nel 1928,
rimasto sostanzialmente invariato per circa 90 anni,
è entrato in crisi con la crescente diffusione:**

- dei fenomeni di globalizzazione;**
- dei poteri dei gruppi «multinazionali».**



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Hanno concorso a questa crisi i fenomeni di:

- pianificazione fiscale aggressiva;
- abuso dei trattati («*treaty shopping*»);
- illecita concorrenza fiscale tra gli Stati.



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Attraverso l'abile dislocazione
delle proprie sedi decisionali ed operative
nei territori dei diversi Stati
in correlazione con le disimmetrie dei loro sistemi legislativi,
i grandi gruppi economici sovranazionali
hanno mirato ad eludere la disciplina della «stabile organizzazione»
e ad evitare la tassazione nei Paesi a più elevata fiscalità
(cfr. per tutti il noto caso *Philip Morris*).



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Si sono diffuse varie tecniche per orientare la tassazione verso i paesi a fiscalità privilegiata, quali:

- lo sfruttamento delle pratiche di concorrenza fiscale dannosa degli Stati;
 - la collocazione della residenza nei «paradisi fiscali»;
- la regolazione delle operazioni infragruppo («*transfer pricing*», pagamenti di «*royalties*», etc.);
 - varie forme di abuso dei trattati.



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

**Il fenomeno dell'elusione della disciplina
della «stabile organizzazione»
da parte dei grandi gruppi sovranazionali,
già presente nel sistema dell'economia tradizionale,
ha trovato la sua massima espressione
con l'avvento della economia digitale.**



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

**I sistemi elettronici
consentono il sempre più diffuso esercizio
di operazioni «a distanza»,
aventi ad oggetto beni e servizi
privi di materialità (cd. «intangibles»).**




Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Con le differenze ascrivibili alla diversa tipologia
dei vari settori dell'economia digitale
(cessione di prodotti e servizi informatici;
e-commerce; pubblicità «on line», etc.)
i «giganti del web» (o «over the top companies»)
organizzano e gestiscono il proprio «business»
in modo da evitare qualunque presenza fisica
nel territorio degli Stati che presentano
un elevato indice di fiscalità.



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»



**In questo modo, in virtù della disciplina convenzionale
derivata dal modello OCSE,
esse normalmente sottraggono all'imposizione diretta
i propri redditi di impresa
nei Paesi in cui vendono i prodotti e realizzano i profitti.**



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Gli unici redditi di tali società
concretamente tassabili nell'altro Stato
(con il sistema della ritenuta alla fonte)
sono le *royalties* percepite all'estero,

Come si è già detto, infatti,
l'art. 12 del Mod. OCSE prevede
che questi redditi siano tassati
sia nello Stato della fonte che in quello di residenza,
anche se con aliquote ridotte.



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Il confine tra redditi di impresa e «royalties» è peraltro incerto.
L'area delle «royalties» si potrebbe estendere ove si consideri che

*«i diritti sui programmi informatici rappresentano
una forma di proprietà intellettuale,*

*la cui tutela è garantita dalla legge sul diritto d'autore
(Legge 22 aprile 1941, n. 633)*

che assimila i programmi per elaboratore alle opere letterarie»
(ris. Ag. Entrate n. 128/E/2008), in guisa che la somma corrisposta
per la concessione del diritto d'uso del programma rappresenta un canone.



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Tuttavia, tale area ritorna a restringersi se si considera che il compenso per approvvigionarsi di un *software* non costituisce una *royalty* se l'acquisto è finalizzato all'utilizzo personale o commerciale, prescindendo da forme di riproduzione e commercializzazione del *software* stesso.

Secondo Commentario OCSE, infatti, «se l'acquisto del *software* è finalizzato al puro utilizzo personale e commerciale, prescindendo da qualsiasi forma di riproduzione e di commercializzazione del *software* stesso, allora il corrispettivo pagato sarà configurabile come reddito d'impresa [...] e non come *royalty*».



Crisi della disciplina della «stabile organizzazione»

Le azioni tentate dagli Stati per fronteggiare questa situazione si sono rivelate per lo più poco efficaci:
si vedano l'introduzione di imposte speciali di vario tipo (come la «*diverted profit tax*» britannica) ed i vari tentativi di introdurre una «*web tax*» in Italia.
Considerata la difficoltà di adottare efficaci rimedi fiscali, la Commissione Europea ha talvolta cercato di colpire i giganti del «web» con impropri strumenti *anti-trust*.



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

**Su richiesta dei leader politici, dei «media» e della società civile,
nel luglio 2013 l'OCSE ha elaborato e pubblicato
l' «Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting»).**

**Il Piano ha identificato 15 azioni
(l'ultima delle quali di ordine procedurale,
perché rivolta ad individuare gli strumenti più idonei
ad aggiornare le vigenti Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni)
per una complessiva strategia di contrasto dei fenomeni di
erosione della base imponibile degli Stati
e di dirottamento dei profitti verso Paesi a fiscalità privilegiata.**



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

**Il piano di azione BEPS è stato approvato dal G20
nella riunione tenuta a St. Pietroburgo il 5-6 settembre 2013.**

**Il G20 ha incoraggiato la partecipazione di tutti i Paesi a partecipare
alla elaborazione ed alla implementazione del piano, nel presupposto che
*«Profits should be taxed where economic activities deriving the profits
are performed and where value is created».***



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

Il progetto BEPS risponde alla necessità di:

- **assicurare che i profitti vengano tassati dove avviene l'attività economica;**
- **ripristinare la fiducia dei contribuenti nell'equità dei sistemi fiscali;**
- **permettere a tutte le imprese di operare nelle stesse condizioni;**
- **fornire ai governi strumenti per l'efficienza delle politiche fiscali nazionali;**
- **limitare il rischio che alcuni paesi adottino misure unilaterali che possano indebolire i principi della fiscalità internazionale.**



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)


**L' «Action 1» del Piano BEPS è specificamente indirizzata
all'analisi dell'economia digitale,
in quanto idonea ad «esacerbare» i rischi di
erosione delle basi imponibili e di dirottamento dei profitti
perché caratterizzata dalla mobilità dei fattori produttivi
e dall'intangibilità dei prodotti.**



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

**Per elaborare l' «Action 1»,
nel settembre 2013 è stata costituita
la «Task Force on The Digital Economy»
(un organismo ausiliario del «Committee on Fiscal Affairs»),
che – dopo ampie consultazioni –
ha pubblicato un primo rapporto nel Settembre 2014
(«deliverable»).**

Il «Final report» è stato pubblicato il 5 ottobre 2015.



Shifting»)

Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

Il «Final report» sull' «Action 1» evidenzia che:

«Poiché l'economia digitale sta diventando in modo crescente l'economia in sé, sarebbe difficile, se non impossibile, isolare l'economia digitale dal resto dell'economia per finalità fiscali...»

«Sebbene l'economia digitale ed i suoi modelli di business non generano questioni di BEPS originali, alcune delle sue caratteristiche chiave esacerbano i rischi di BEPS».

Per tali ragioni, tutte le azioni del BEPS sono state studiate tenendo conto delle tematiche generate dall'economia digitale ed in modo che le soluzioni proposte possano indirizzare le politiche BEPS anche nel mercato digitale.



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

**Pertanto, il «Report» sull' «Action 1» si inserisce
nel più ampio ambito dell'intero Progetto BEPS
e si coordina con i rapporti finali
relativi alle altre azioni del piano,
pubblicati nell'ottobre 2015,
dopo due anni di lavoro
e con la cooperazione di oltre 100 Stati.**



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

L' «Action 1» si coordina in particolare con:

- L' «Action 6», per la prevenzione dell'abuso dei trattati;
- L' «Action 7», per la prevenzione dell'artificioso aggiramento della disciplina della «stabile organizzazione»;
- L' «Action 3», relativa alla disciplina delle «Controlled Foreign Companies»;
- L' «Action 2», per la neutralizzazione degli effetti degli «hybrid mismatch arrangements»;
- L' «Action 4», per limitare la base imponibile mediante la deduzione di interessi e di altri pagamenti finanziari;
- L' «Action 5», per contrastare più efficacemente le pratiche dannose;
- Le «Actions 8-10», sulla disciplina del «transfer pricing».

Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

Segnatamente, secondo il «Report» i rischi generati dall'economia digitale possono essere utilmente contrastati con strumenti che riguardano anche i settori tradizionali, quali:

- a) la prevenzione degli abusi dei trattati («Action 6»);
- b) le modifiche della nozione di «stabile organizzazione previste dall' «Action 7», quali:
 - La limitazione delle eccezioni alla definizione di «permanente organizzazione» riferite alle attività «preparatorie o ausiliarie»;
 - l'introduzione di una regola che impedisca di sfuggire alla disciplina delle stabili organizzazioni mediante l'artificioso frazionamento dell'attività tra una pluralità di società («anti-fragmentation rule»);
 - la modifica della definizione di «stabile organizzazione» per i casi in cui l'attività sia svolta nell'altro Paese mediante un commissionario;
- c) una più appropriata disciplina del «transfer pricing», accompagnata da una adeguata analisi del costo dei fattori produttivi (specie «intangibles»);
- d) una nuova disciplina delle «controlled foreign companies» (che comprende anche i profitti che si producono tipicamente nell'economia digitale).



Il progetto B.E.P.S. («Base Erosion and Profit Shifting»)

Con riferimento alle altre specifiche tematiche generate dall'economia digitale, in correlazione alla mobilità del sistema produttivo ed all'intangibilità delle operazioni, il «*Final Report*» sull' «*Action 1*» evidenzia:

- a) la necessità di adeguare i meccanismi di imposizione dell'IVA con adozione del «principio di destinazione»;
- b) con riferimento alle imposte dirette, la necessità di rivedere i criteri tradizionali mediante:
 - istituzione di un nuovo criterio di collegamento («*nexus*»), fondato sulla «presenza economica significativa») per determinare il luogo di tassazione;
 - verifica della rilevanza del possesso di «dati» ai fini impositivi;
 - definizione della natura delle operazioni e qualificazione dei pagamenti.



L'attuazione del progetto BEPS

Dopo la redazione dei «*Final Reports*» sulle 15 azioni che compongono il pacchetto B.E.P.S., l'O.C.S.E. ha redatto l' «*Explanatory Statatement*» (2015), in cui ha illustrato le strategie per l'attuazione del piano, Con esso ha avvertito che «*Implementation starts now*».



L'attuazione del progetto BEPS

L'OCSE ha altresì avvertito che l'intento di ricondurre la tassazione nei luoghi in cui l'attività è effettivamente svolta ed il valore è creato può essere efficacemente perseguito solo mediante la cooperazione degli Stati ed il coordinamento di tutte le azioni previste dal «pacchetto BEPS».

Infatti, nessuna delle azioni prevista, isolatamente considerata appare sufficiente a perseguire efficacemente gli obiettivi prefissati.

L'attuazione del progetto BEPS

L'OCSE ha individuato una strategia di attuazione graduale del piano, distinguendo:

- a) standard che potranno essere immediatamente definiti, sussistendo un generale consenso per mancanza di conflitti di interessi (come per la prevenzione del «*treaty shopping*», gli scambi di informazioni, il contrasto delle pratiche dannose, la risoluzione delle controversie);
- b) standard che potranno essere implementati non appena saranno state perfezionate le necessarie intese tra gli Stati (come per la revisione dei trattati e per i prezzi di trasferimento);
- c) aree che richiedono la definizione di accordi tra gli Stati (come per le raccomandazioni sulla deducibilità degli interessi).



L'attuazione del progetto BEPS

Per quanto riguarda le misure previste dall' «Action 1» per fronteggiare i rischi specifici generati dall'economia digitale (quali l'adozione di un nuovo criterio di collegamento, fondato sulla «presenza significativa») l' «*Explanatory Statement*» precisa che *«none of these options were recommended at this stage»*, essendo preferibile verificare prima gli effetti di mitigazione che si potranno ottenere dalla adozione delle altre azioni (come la modifica della nozione di «stabile organizzazione in attuazione dell' «Action 7»).



L'attuazione del progetto BEPS

Resta salva tuttavia la possibilità che gli Stati possano introdurre alcune delle opzioni previste a questo fine nella propria legislazione domestica come salvaguardia aggiuntiva contro la BEPS, a condizione di rispettare le obbligazioni derivanti dai trattati e dalle Convenzioni bilaterali (cfr. OCSE, *Explanatory Statement*, par. 19)

L'attuazione del progetto BEPS

L'attuazione del piano comprende:

- a) misure che dovranno essere adottate dai singoli Stati per adeguare la propria legislazione interna, anche avvalendosi di linee-guida che definiscano le «*best practices*» (come quelle relative alla disciplina delle C.F.C. e dei prezzi di trasferimento);
- b) misure che richiedono specifici accordi tra gli Stati (come quelli riguardanti lo scambio di informazioni);
- c) misure che riguardano l'adeguamento del modello di Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni e la modifica e l'adeguamento delle Convenzioni vigenti (come quelle che attengono alla nozione di «stabile organizzazione» e/o alla introduzione di un nuovo «*nexus*» fondato sulla «presenza significativa»).



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

Ai fini della modifica delle convenzioni vigenti,
l' *«Action 15»* ha previsto lo strumento
di una Convenzione multilaterale,
che è stata sottoscritta il 7 giugno 2017
da 68 Stati (ad oggi 84), tra cui l'Italia.



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

**La Convenzione multilaterale rappresenta
un esempio assai originale di strumento normativo
di diritto internazionale.**

**Essa non comporta l'abrogazione
delle norme modificate.**

**La Convenzione coesiste con le previgenti Convenzioni bilaterali,
in guisa che si pone un delicato e complesso procedimento
di armonizzazione dei due testi.**



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

In particolare, la convenzione multilaterale si propone di dare attuazione:

- all' «*Action 2*» («*Hybrid Mismatch Agreements*»);
 - all' «*Action 6*» (abuso dei trattati);
- all' «*Action 7*» (modifica della nozione di «stabile organizzazione»);
 - all' «*Action 14*» (risoluzione delle controversie).

Essa non si riferisce invece all' «*Action 1*»,
che riguarda le specifiche questioni generate dall'economia digitale.



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

Sono stabilite regole assai complesse che definiscono modi, tempi e limiti di efficacia della Convenzione multilaterale.

In particolare:

- a) essa si applica ai trattati che entrambi gli Stati contraenti hanno notificato all'OCSE (Convenzioni «coperte»);
- b) le sue clausole si applicano automaticamente ai cd. «*minimum standard*» (in guisa che le Convenzioni bilaterali devono intendersi automaticamente modificate *in parte qua*, salva l'opportunità di uno scambio di note che assicuri la certezza del diritto);
- c) gli Stati possono formulare riserve ed esercitare opzioni tra le diverse soluzioni offerte da alcune norme (in guisa che risultano applicabili solo in mancanza di riserve ed in presenza di esercizio di medesime opzioni da parte degli Stati).



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

La Convenzione BEPS contiene un preambolo, sei parti distinte e le disposizioni finali.

La parte I disciplina il campo di applicazione e l'interpretazione dei termini (art. 1 e 2).

Le parti II–V contengono le disposizioni derivanti dai rapporti finali sull'azione 2 (neutralizzare gli effetti di disallineamento derivanti da alcuni strumenti e strategie ibride), sull'azione 6 (prevenire l'abuso dei trattati), sull'azione 7 (impedire l'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione) e sull'azione 14 (migliorare l'efficienza dei meccanismi di risoluzione delle controversie). Alcune parti delle disposizioni convenzionali derivanti dalle azioni 6 e 14 rappresentano standard minimi.

La parte VI disciplina la procedura di arbitrato.

La Convenzione BEPS la modifica del modello OCSE

La nozione di stabile organizzazione personale e il destino dell'attività effettiva
Stabile organizzazione attraverso comunicazione internazionale e strategia anti-
che se una persona (che non abbia lo status di agente indipendente) opera nell'altro
di attività nel territorio, che sia priva di una stabile organizzazione materiale, in
una stabilmente o meno o da altre persone come principali o per conto di
proprietà di una stabilmente o di un'altra persona in parte dell'impresa, e se
gli o meno dell'impresa o
oggetto il trasferimento della proprietà, o la concessione di un diritto di utilizzo, di beni
di fatto o di un altro tipo di attività o di utilizzo o
la prestazione di servizi da parte di tale impresa;
e della impresa stabile o di stabile organizzazione in detta stabilmente o di fatto
e in stabilmente o di fatto o di fatto per l'impresa.

La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

**Con specifico riferimento alla nozione di «stabile organizzazione»
la Convenzione, recependo le direttive dell' «Action 7»,
tiene conto delle dinamiche evolutive di mercato
e tende a far prevalere la sostanza sulla forma,
rendendo inefficaci le tecniche elusive.**

La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

In particolare:

I.

L'art. 12 modifica la nozione di «stabile organizzazione personale e si riferisce all' *«Elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso commissionaire arrangements e strategie simili»*.

Esso dispone che se una persona [che non abbia la qualità di agente indipendente] opera nell'altro Stato per conto di un'impresa non residente, che sia priva di una stabile organizzazione materiale, in modo da stipulare abitualmente contratti o da promuovere come principale operatore la stipula di contratti che sono conclusi in via abitudinaria senza modifica sostanziale da parte dell'impresa, e se tali contratti

- sono stipulati a nome dell'impresa; o
- hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà, o la concessione di un diritto di utilizzo, di beni posseduti da tale impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare; o
- riguardano la prestazione di servizi da parte di tale impresa,

si considera che detta impresa abbia una stabile organizzazione in detta Giurisdizione Contraente in relazione a tutte le attività che detta persona esercita per l'impresa.



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

II.

L'art. 13, par. 1-3, ridefinisce la nozione della «stabile organizzazione materiale».

Essa prevede due opzioni.

In base all'opzione A

(che è quella prescelta dalla Repubblica Italiana)

il termine “stabile organizzazione”

non include le attività indicate nella cd. «*negative list*»,
nel solo caso in cui esse abbiano carattere preparatorio o ausiliario.

La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

III.

L'art. 13, par. 4, contiene la «*anti-fragmentation rule*».

Esso dispone che le disposizioni della «*negative list*» non si applicano:

«ad una sede fissa di affari utilizzata o mantenuta da un'impresa se la stessa impresa o un'impresa strettamente collegata esercita attività economiche nella stessa sede o in altra sede situata nella stessa Giurisdizione Contraente e:

a) tale sede o un'altra sede costituisce una stabile organizzazione per l'impresa o per l'impresa strettamente collegata ai sensi delle disposizioni di un Accordo fiscale coperto che definiscono una stabile organizzazione; o

b) l'attività complessiva risultante dalla combinazione delle attività esercitate dalle due imprese nella stessa sede, oppure dalla stessa impresa o da imprese strettamente collegate nelle due sedi, non ha carattere preparatorio o ausiliario;

a condizione che le attività economiche esercitate dalle due imprese nella stessa sede, oppure dalla stessa impresa o da imprese strettamente collegate nelle due sedi, costituiscano funzioni complementari che sono parte di un'operazione economica coesa».



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

IV.

L'art. 14 si riferisce alla artificiosa suddivisione (*splitting-up*) di contratti, al fine di eludere la disciplina della «stabile organizzazione» facendo figurare un'attività di durata inferiore a quella minima richiesta da una Convenzione contro le doppie imposizioni per specifiche attività (e cioè di attività di costruzione, installazione o supervisione).

La norma prevede che in tali casi i periodi dei singoli contratti si sommano tra loro al fine di verificare il superamento del limite temporale che integra il requisito della «stabile organizzazione».



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

V.

L'art. 15 definisce la nozione di
«persona strettamente correlata ad un'impresa»,
ai fini previsti dagli articoli precedenti.

Esso dispone che una persona
deve intendersi strettamente correlata ad un'impresa
quando l'una ha il controllo dell'altra,
o quando l'una e l'altra sono sotto il controllo della stessa persona o impresa.

Questa correlazione sussiste in ogni caso,
allorché sussistano le specifiche condizioni previste dalla norma.



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

**Sino ad ora la Convenzione
è stata ratificata da pochi Stati
ed è entrata in vigore per pochi di essi.**



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

In sede di sottoscrizione la Repubblica Italiana
ha apposto riserva su tutte le norme,
fatta eccezione per la *«anti-fragmentation rule»*;
Inoltre Essa ha espresso l'opzione A
per la clausola inerente alle attività preparatorie ed ausiliarie.
Al giorno d'oggi, Essa non ha tuttavia ratificato la convenzione,
E conseguentemente non ha effettuato le notifiche
né formulato le riserve definitive ai sensi degli artt. 28 e 29.



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

In conseguenza della stipula della Convenzione multilaterale in data 21 novembre 2017 l'O.C.S.E. ha provveduto all'aggiornamento del modello di Convenzione bilaterale avverso le doppie imposizioni.



La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

In particolare è stato modificato l'art. 5,
concernente la nozione di «stabile organizzazione»,
con l'introduzione dell' «*anti-fragmentation rule*»
e la riscrittura del par. 5, in tema di agente dipendente.

La Convenzione BEPS e la modifica del modello OCSE

Altre modifiche del modello hanno riguardato, tra l'altro:

- L'art. 1, par. 2, che ha recepito le proposte dell'Azione 2 del progetto BEPS, volta a neutralizzare gli effetti dei c.d. «*hybrid mismatch arrangements*»;
- L'art. 4, par. 3 dell'art. 4, che prevede di risolvere i casi di doppia residenza mediante un «*mutual agreement*»;
- L'art. 29, nell'intento di dare attuazione all' «*Action 6*», con introduzione di due regole in funzione anti-abuso:
 - «*limitation on benefit rule*» (LOB), contro le doppie esenzioni in caso di stabili organizzazioni situate negli Stati terzi;
 - «*principal purpose test*», che esclude l'applicazione dei benefici previsti da una norma convenzionale qualora essi rappresentino l'obiettivo principale di un accordo.



Le iniziative in ambito europeo

In ambito europeo le problematiche inerenti agli acquisti di beni e servizi elettronici da Paesi extra-UE hanno trovato adeguata soluzione mediante l'implementazione del «principio di destinazione», in senso conforme agli orientamenti dell'OCSE. Tale principio prevede l'applicazione dell'IVA nello Stato del soggetto acquirente, sia che trattasi di soggetto passivo di imposta, sia che trattasi di consumatore finale.



Le iniziative in ambito europeo

I problemi tecnici relativi al sistema di riscossione hanno trovato soluzione con l'istituzione del M.O.S.S. (Mini-on-stop-shop).

La presenza o meno di una «stabile organizzazione» ha rilevanza solo per individuare il soggetto obbligato ad adempiere ai correlati incombenenti fiscali.




Le iniziative in ambito europeo

La normativa europea sulle operazioni effettuate mediante mezzi elettronici è stata recepita nell'ordinamento nazionale mediante il d.lgs. 31 marzo 2015, n. 42, in vigore dal 1° gennaio 2016.



Le iniziative in ambito europeo



Per tali ragioni la diffusione dell'economia digitale non genera rilevanti problemi in ambito europeo con riguardo all'imposizione indiretta. Rilevanti questioni permangono invece nell'ambito dell'imposizione diretta.



Le iniziative in ambito europeo

Con riguardo all'imposizione diretta
la Commissione Europea ha assunto varie iniziative,
non sempre coerenti
e non sempre conformi agli orientamenti dell'OCSE.



Le iniziative in ambito europeo

Una prima proposta mira ad una riforma delle imposte sulle società, da applicare su una base consolidata comune e da ripartire tra gli Stati membri in base alla ripartizione degli asset produttivi.

Una seconda proposta riguarda un'imposta temporanea sui servizi digitali («*web tax europea*»).

Entrambe queste proposte risultano "bloccate" dalla ferma opposizione di alcuni Stati membri, quali Lussemburgo, Malta e Irlanda.



Le iniziative in ambito europeo


**Nelle politiche europee appare comunque cruciale
il superamento della nozione tradizionale
di «stabile organizzazione»
e l'adozione di un nuovo concetto
di «stabile organizzazione virtuale»,
che tenga conto degli indici di
una «presenza economica significativa».**



Le iniziative in ambito europeo

L'OCSE ha raccomandato agli Stati
di adottare azioni coordinate e congiunte
ed ha avvertito che iniziative individuali e disordinate
potrebbero aggravare – anziché risolvere – i problemi esistenti.


A tal fine, essa annette rilevante importanza
ai risultati che possono derivare dall'attuazione delle prime azioni,
tra cui quella relativa alla riforma
della disciplina della «stabile organizzazione»
(cfr. OCSE, *Explanatory Statement*, par. 23-29)



L'adeguamento della normativa interna

In questa prospettiva, la Commissione Europea ha promulgato la Raccomandazione 28 gennaio 2016 n. 2016/136 con la quale ha invitato tutti gli Stati membri ad attuare ed utilizzare le nuove disposizioni contenute nell'art. 5 del Modello OCSE sulla nozione di stabile organizzazione nei trattati fiscali conclusi.

Il punto n. 5 della predetta Raccomandazione così recita: *«Ai fini del corretto funzionamento del mercato interno è essenziale che gli Stati membri siano in grado di avvalersi di sistemi fiscali efficienti e di prevenire l'erosione indebita della loro base imponibile dovuta all'involontaria assenza di imposizione e agli abusi e che le soluzioni adottate per proteggere la loro base imponibile non creino indebiti disallineamenti e distorsioni del mercato».*




L'adeguamento della normativa interna

L'art. 1, comma 1010, della l. 27-12-2017 n. 205
(legge di bilancio 2018)

ha adeguato l'ordinamento nazionale
alle disposizioni della Parte IV della Convenzione BEPS (artt. 12-15),
rubricata «*ELUSIONE DELLO STATUS DI STABILE ORGANIZZAZIONE*».


La norma ha perciò modificato l'art. 162 del t.u.i.r.,
sostituendo i commi da 4 a 7.



L'adeguamento della normativa interna


In particolare, il legislatore:

A) ha precisato che le eccezioni
allo «status» di stabile organizzazione
previste dalla cd. «negative list»
riguardano il solo caso in cui
le attività ivi previste abbiano natura
«preparatoria o ausiliaria»
(art. 162, comma 4 *bis*, t.u.i.r.).




L'adeguamento della normativa interna

La norma (che riflette l'opzione A
prevista dall'art. 13 della Convenzione BEPS
con riguardo alle attività preparatorie ed ausiliari)
sembra risolvere una precedente disputa
relativa alla necessità o meno
che le attività previste dalle lettere da a) a d)
del quarto comma dell'art. 162 t.u.i.r., nel testo previgente,
dovessero avere carattere preparatorio o ausiliario
per escludere lo *status* di «stabile organizzazione».




L'adeguamento della normativa interna

B) Ha recepito l' «anti-fragmentation rule»
contenuta nell'art. 13, par. 4,
della Convenzione BEPS
(art. 162, comma 5, t.u.i.r.)




L'adeguamento della normativa interna

Ciò implica che le varie unità operative
in cui si articola un'impresa
non residente nel territorio dello Stato
devono essere considerate unitariamente
al fine di valutare la sussistenza o meno
di una «stabile organizzazione»,
anche se abbiano una propria autonomia patrimoniale.




L'adeguamento della normativa interna

C) Ha definito la nozione
di «soggetto strettamente correlato»,
in modo conforme a quanto stabilito
dall'art. 15 della Convenzione BEPS,
per le finalità contemplate dall'art. 162 t.u.i.r.
(art. 162, comma 7 *bis*, t.u.i.r.)



L'adeguamento della normativa interna

D) In conformità con le previsioni
dell'art. 12, par. 1, della Convenzione BEPS,
che contemplano le ipotesi
del «commissionnaire arrangements»,
ha ridefinito la nozione di «stabile organizzazione personale»
(art. 162, comma 6, t.u.i.r.)




L'adeguamento della normativa interna

Secondo questo nuovo approccio, al fine di individuare una «stabile organizzazione personale» assume rilievo il luogo in cui i contratti sono effettivamente negoziati, piuttosto che quello in cui sono legalmente conclusi.


Si configura una stabile organizzazione personale sia quando una persona agisca per conto dell'impresa e abitualmente concluda contratti per essa, sia quando operi ai fini della conclusione di contratti destinati ad essere recepiti senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa estera; e ciò a prescindere dalla spendita del nome dell'impresa estera, a condizione che i contratti in questione si riferiscano a beni di proprietà di essa impresa o che essa ha diritto di utilizzare, ovvero che siano relativi alla fornitura di servizi di detta impresa.

Rimane esclusa l'ipotesi in cui il commissionario operi come agente indipendente.



L'adeguamento della normativa interna


E) In coerenza con l'art. 12, par. 2, della Convenzione BEPS,
ha ridefinito la nozione di «agente indipendente»,
precisando che non si considera tale il soggetto che
«opera esclusivamente o quasi esclusivamente
per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato»
(art. 162, comma 7, ultimo periodo, t.u.i.r.)



L'adeguamento della normativa interna


F) ha abrogato il previgente comma 5,
che così recitava:

*«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».*



L'adeguamento della normativa interna

Il legislatore ha ritenuto infine di integrare
la cd. «*positive list*»
contenuta nel secondo comma dell'art. 162 t.u.i.r.,
mediante aggiunta della lett. f *bis*).



L'adeguamento della normativa interna

In virtù della novella,

«L'espressione 'stabile organizzazione comprende in particolare....


(omissis)

f bis) una significativa e continuativa presenza economica

nel territorio dello Stato costruita in modo tale


da non fare risultare

una sua consistenza fisica nel territorio stesso»



L'adeguamento della normativa interna

La norma (che non trova corrispondenza nella Convenzione BEPS)
si ispira evidentemente agli indirizzi dell' «Action 1»,
di cui l'OCSE ha previsto un'attuazione ritardata.
Tuttavia, essa non sembra coerente né con il Modello OCSE,
né con le previsioni dell' «Action 1»
(le quali fanno riferimento al possibile superamento
della nozione di «stabile organizzazione»,
e non all'allargamento di tale nozione mediante una previsione
che non sembra riconducibile alla definizione generale di «sede fissa di affari»)



L'adeguamento della normativa interna

L'iniziativa italiana non è peraltro isolata.

Anche altri Stati (Israele, Repubblica slovacca, India)
hanno sostituito nella legislazione domestica il criterio di collegamento
fondato sulla «stabile organizzazione»
con un nuovo «nexus» fondato sulla «presenza economica significativa»
(o hanno allargato in modo corrispondente
la nozione di «stabile organizzazione»).

Altri Stati hanno manifestato l'intenzione di fare altrettanto.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

Tenuto conto del pluralismo delle fonti
(convenzionali e nazionali)
occorre preliminarmente considerare quale sia
Il rapporto reciproco e la concreta incidenza
delle modifiche normative sopravvenute.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

In questa prospettiva occorre ribadire che le norme interne:

- non possono derogare a quelle convenzionali, ex art. 117, comma 1, Cost.;
- sono tuttavia applicabili se più favorevoli per il principio di «non aggravamento», di cui l'art. 169 t.u.i.r. costituisce espressione.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future


Per questi motivi occorre ritenere che le norme interne sono applicabili solo:

- a) nei rapporti con soggetti residenti in Paesi con i quali non sia in vigore una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni;
- b) per le imposte non coperte da una Convenzione internazionale;
- c) nel caso di rapporti con soggetti beneficiari di una Convenzione, se più favorevoli.

Effetti delle modifiche normative e prospettive future

Da ciò consegue ulteriormente che:


- a) la modifica della «*positive list*» mediante inclusione della fattispecie della «presenza economica significativa», contrastando con la definizione di «stabile organizzazione» contenuta nelle Convenzioni bilaterali, ha scarsi margini di applicazione. Nel concreto, ritenuto assai marginale il caso di rapporti con residenti in Paesi non convenzionati, essa potrà valere solo per la disciplina di imposte non riconducibili a quelle contemplate da una Convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni;
- b) le modifiche dei commi da 4 a 7 dell'art. 162 t.u.i.r., essendo conformi alla disciplina già contenuta nella Convenzione BEPS, avranno il solo fine di evitare che l'applicazione della nuova disciplina convenzionale possa essere impedita per la presenza di una normativa interna più favorevole.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

Ciò premesso, occorre valutare:

- a) quali effetti possano essere sperati dalla istituzione di una tassa, non riconducibile alle imposte sui redditi disciplinati dalle Convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, che colpisca i soggetti non residenti che abbiano una «presenza economica significativa» nello Stato;
- b) quali risultati si potranno attendere dalle modifiche delle Convenzioni internazionali attuate mediante lo strumento della Convenzione multilaterale BEPS (le cui disposizioni – come si è visto – sono state replicate nella legislazione interna mediante la modifica dell'art. 168, commi da 4 a 7, del t.u.i.r.).



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

Il primo tema si collega all'analisi dei commi da 1011 a 1019 dell'art. 1 della legge di bilancio 2018 (e cioè dei commi immediatamente successivi al comma 1010, recante le anzidette modifiche all'art. 162 t.u.i.r.), che ha istituito una «imposta sulle transazioni digitali».

Il collegamento sistematico tra il comma 1010 e quelli successivi dimostra che la modifica della nozione di «presenza economica significativa» si giustifica anche (se non soprattutto) per integrare il presupposto della nuova imposta (cd. *web tax italiana*).



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

Inoltre, l'integrazione della «*positive list*»
con l'ipotesi della «*presenza economica significativa*»
potrebbe avere efficacia nelle procedure:

- di definizione delle situazioni pregresse prevista dall'art. 1 *bis* del d.l. 24 aprile 2017, introdotto dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96 (cd. «*web tax transitoria*»);
- di «*ruling*» internazionale prevista dall'art. 31 *ter* del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future


Quanto alle modifiche della nozione di «stabile organizzazione» offerta dalle convenzioni bilaterali vigenti mediante lo strumento multilaterale (ovvero, di riflesso, alle consequenziali modifiche dell'art. 162 t.u.i.r.) si osserva che:

- non si rivolgono specificamente all'economia digitale;
- avranno efficacia quando le modifiche convenzionali diverranno effettive, a seguito del complesso processo di adattamento previsto dalla Convenzione BEPS;
- richiederanno la congiunta operatività delle altre misure previste dal pacchetto BEPS;
- potranno comunque interessare alcuni modelli operativi dell'economia digitale.

Effetti delle modifiche normative e prospettive future


A tal riguardo occorre considerare che dietro la generica espressione «economia digitale» si nasconde una realtà estremamente diversificata che comprende, a titolo esemplificativo:

- l' *e-commerce* diretto;
- l' *e-commerce* indiretto;
- la cessione di licenze d'uso di software;
- la fornitura di servizi in *streaming*;
- la raccolta pubblicitaria,
- etc...




Effetti delle modifiche normative e prospettive future


Le norme anti-elusive adottate in tema di «stabile organizzazione» potranno indurre a modificare il modello di *business* ed a ricondurre la tassazione nel luogo in cui il reddito è effettivamente prodotto, limitatamente ad alcune imprese che operano in alcuni di questi settori (come quelle della raccolta pubblicitaria che si avvalgono di commissionari o come quelle dell'e-commerce indiretto, che possono essere incise dall' «*anti-fragmentation rule*» o dalle nuove norme in tema di attività preparatorie ed ausiliarie).



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

I possibili effetti delle nuove regole
sull'imputazione dei redditi alla «stabile organizzazione»
sono analizzati ed esemplificati dall'OCSE nel documento:
*«Additional Guidance
on the Attribution of Profits to Permanent Establishments»*,
pubblicato nel Marzo 2018.





Effetti delle modifiche normative e prospettive future

È invece assai dubbio che le modifiche intervenute
possano produrre significativi effetti
sui settori più innovativi dell'economia digitale,
caratterizzati dalla intangibilità dei beni e dei servizi
e dalla mobilità dei fattori produttivi,
senza nessuna presenza fisica nei luoghi di produzione della ricchezza
e senza esercizio di nessuna attività ausiliarie o di intermediazione.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

È difficile credere che i profitti realizzati dalle imprese «*over the top*» del mercato degli «*intangible*» possano essere sottoposti ad una effettiva forma di imposizione diretta nello Stato del consumo senza i più incisivi interventi all'uopo previsti dall' «*Action 1*», che dovrebbero essere incentrati:

- sulla individuazione di un nuovo criterio di collegamento («*nexus*»);
 - sulla rilevanza economica dei dati raccolti («*data*»);
 - sulla riqualificazione dei redditi prodotti («*characterization*»).




Effetti delle modifiche normative e prospettive future

Per questi soggetti, la mancanza di una «stabile organizzazione»
negli Stati della fonte del reddito
continua ad essere considerato un ostacolo insormontabile
per l'esercizio della potestà impositiva.



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

La stessa OCSE è consapevole di questa circostanza
(cfr. punto 255 dell' *«Interim Report 2018»*),
ancorché confidi negli effetti indiretti
che si potranno produrre sulle strategie delle multinazionali
dei modelli puramente digitale
per l'implementazione delle azioni
dirette ad evitare una doppia «non tassazione»
(come le nuove regole sulle C.F.C. del governo statunitense).



Effetti delle modifiche normative e prospettive future

L' *«Action 1»* prosegue faticosamente,
tra aggiornati studi ed analisi dell'OCSE
(compendiati, da ultimo, nel documento denominato:
«Tax Challenges arising from Digitalitation – Interim Report 2018»)
e tra note difficoltà originate dalla mancanza
di una concorde volontà degli Stati.



Considerazioni finali


**Tutte le complesse strategie finalizzate alla tassazione
dei redditi di impresa delle società
dell'economia digitale «pura» nel Paese della fonte
si basano sull'indiscusso presupposto,
unanimemente accettato,
che i beni ed i servizi forniti siano immateriali
(cd. «intangibles»)**

**e che i fornitori non dispongano di nessuna struttura materiale fissa
negli Stati in cui i prodotti sono commercializzati.**



Considerazioni finali

**L'innovazione tecnologica impone
di riformare i presupposti normativi sui quali si sono fondati
per quasi un secolo i sistemi di tassazione delle attività transazionali
ed, in particolare, impone la sostituzione della nozione
di «stabile organizzazione»
con la nuova nozione di «presenza economica significativa»
nel mercato di vendita.**



Considerazioni finali

Non si può ritenere del tutto eccentrica e stravagante
l'idea di verificare l'esattezza di questo comune convincimento
nell'intento di accertare se:

- a) le attività fornite esclusivamente per via digitale non possano essere ricondotte nell'ambito delle attività rese mediante una «stabile organizzazione», così come tradizionalmente intesa;
- b) se le norme che subordinano la tassazione dei redditi di impresa alla presenza di una presenza fisica nello Stato valgano anche per le prestazioni di servizi, quali devono ritenersi quelle rese esclusivamente mediante strumenti elettronici.



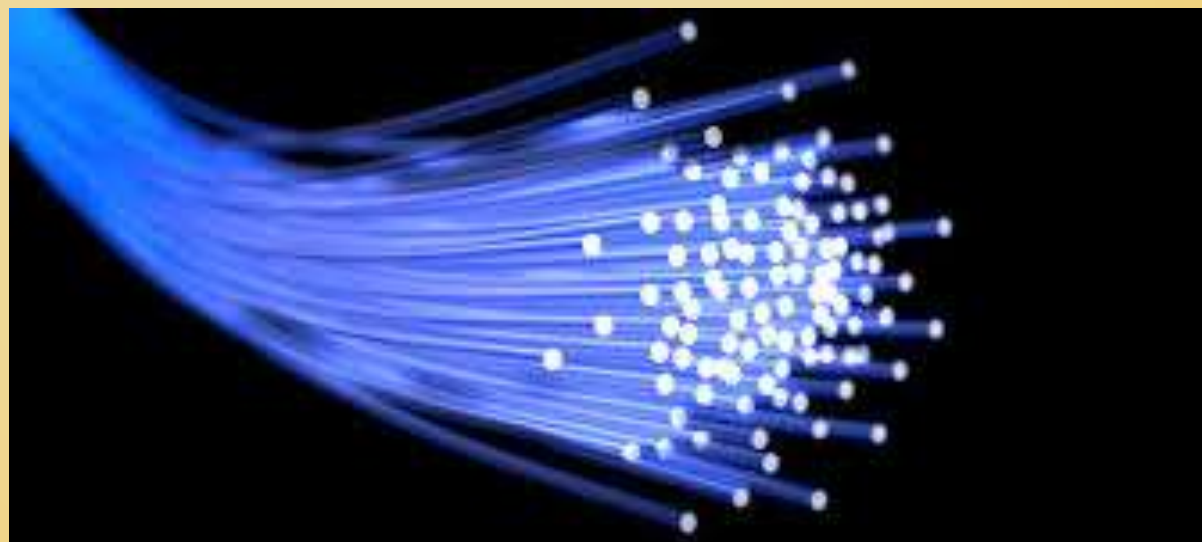
Considerazioni finali

Con riferimento alla prima questione si osserva che l'affermazione secondo cui le imprese digitali operano «a distanza», senza nessuna presenza fisica nel territorio dell'altro Stato, merita di essere precisata.

Esse infatti operano necessariamente attraverso una rete, che è una struttura fisica esistente nell'Stato.

Essi dispongono inoltre verosimilmente di «linee dedicate», composte di impulsi elettrici o elettromagnetici, che pure hanno consistenza nel mondo fisico.

Considerazioni finali





Considerazioni finali

**Per le imprese la rete (su linea fissa o via etere)
equivale alla catena di montaggio
di una società automobilistica
o all'impianto siderurgico di un produttore di acciaio,
ovvero al cantiere di un'impresa edile.**



Considerazioni finali

Si potrebbe osservare che le imprese digitali non sono proprietarie né concessionarie della rete, ma si limitano a fruire dei servizi di comunicazione elettronica che un operatore indipendente fornisce attraverso la rete.

Ciò è vero.

Ma è altrettanto vero che per il tramite dell'operatore che fornisce servizi di comunicazione attraverso la rete l'impresa digitale utilizza la rete e dispone di linee dedicate.



Considerazioni finali

Giova chiedersi: è proprio impossibile interpretare l'art. 5 del Mod. OCSE e le correlate norme del Commentario in modo da ricomprendere questa fattispecie nella nozione di «stabile organizzazione»?

La risposta affermativa consentirebbe di mantenere invariati i criteri di collegamento tradizionali, adeguandoli all'evoluzione dei sistemi tecnologici, senza necessità di affrontare il lungo e tortuoso processo di modifica dei 3.500 trattati internazionali contro le doppie imposizioni attualmente vigenti a seguito della sostituzione del criterio fondato sulla «stabile organizzazione» con un criterio sostanzialmente differente, qual è quello della «presenza economica significativa».

Considerazioni finali

In subordine, ove non sia affatto possibile ricomprendere nella nozione di «stabile organizzazione» la rete che necessita per fornire i servizi di comunicazione elettronica:

È proprio certo che per sottoporre ad imposizione diretta i redditi di impresa derivanti da prestazioni di servizio effettuate nell'altro Stato (come quelle effettuate mediante uso esclusivo di mezzi elettronici) è necessaria una presenza fisica nell'altro Stato? Un simile requisito non sarebbe necessario secondo la definizione di «permanente organizzazione di servizi» contenuta nell'art. 5, par. 3, lett. b), del modello di convenzione ONU per evitare le doppie imposizioni, così come sostenuto da alcuni Stati (in particolare, dall'Arabia Saudita) o dalle Corti Supreme di alcuni Stati (in particolare, dalla S. Corte dell'India).

(cfr. sul punto OECD 2018, *Tax challenges arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Tax Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, punti 353 s.).

Considerazioni finali

Sembra comunque certo che dal punto di vista dell'ordinamento nazionale le norme delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni non dovrebbero essere interpretate ed applicate in modo da determinare

la violazione dell'art. 53 Cost., per il quale:

«Tutti sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica secondo la propria capacità contributiva».

Infatti, se da un lato è vero che le norme interne non possono porsi in contrasto con le norme internazionali (che costituiscono «norme interposte»,

alla cui stregua occorre verificare la costituzionalità delle norme interne),

è altrettanto vero che le norme internazionali non costituiscono norme costituzionali,

ma devono sottostare ai principi dell'ordinamento contenuti nella nostra Carta Costituzionale (tra cui il principio di capacità contributiva enunciato dall'art. 53 Cost.).