

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

NUMERO SPECIALE 2019

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

A CURA DI ALESSIO PERSIANI

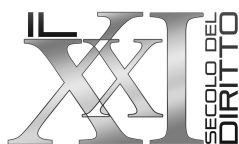
UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA — ISTITUTO DELLA ENCICLOPEDIA ITALIANA

ROMA — PALAZZO MATTEI DI PAGANICA

29 NOVEMBRE 2018

ATTI DEL CONVEGNO





© Copyright 2019 “NEU-Nuova Editrice Universitaria”
Via Collatina n. 146 - 00132 Roma
e-mail: nuovaeditriceunivers@libero.it
web: www.nuovaeditriceuniversitaria.it

Finito di stampare nel mese di dicembre 2019
dalla Infocarcere s.c.r.l. Via Collatina n. 146 - 00132 Roma

Nessuna parte di questa opera può essere riprodotta in qualsiasi forma senza
l'autorizzazione scritta della “NEU-Nuova Editrice Universitaria”

ISBN: 978-88-32133-24-0

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

NUMERO SPECIALE 2019

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

SOMMARIO

ALBERTO MARIA GAMBINO

Prefazione 7

FRANCO GALLO

Introduzione..... 11

MARCO FAZZINI

La tassazione dell'economia digitale.

Una prospettiva economico-aziendale 19

RAFFAELE RUSSO

La tassazione dell'economia digitale nel contesto internazionale:

la prospettiva globale..... 31

TULIO ROSEMBUI

Digital taxation: pillar one and two of the OECD 45

MARCO GREGGI

La tassazione dell'economia digitale nel contesto europeo:

la proposta di direttiva sulla Digital Services Tax..... 99

ALESSANDRO DE STEFANO	
<i>La stabile organizzazione nel sistema dell'economia digitale</i>	131
ALESSIO PERSIANI	
<i>I tentativi di tassazione dell'economia digitale da parte del legislatore italiano: dalla web tax all'imposta sui servizi digitali</i>	197
ANTONELLA MAGLIOCCO	
<i>Le criptovalute: i profili fiscali nell'ordinamento italiano</i>	223

PREFAZIONE

Alberto Maria Gambino

Prorettore dell'Università Europea di Roma

Il volume raccoglie gli atti del convegno tenutosi il 29 novembre 2018 presso l'Istituto dell'Enciclopedia italiana e organizzato dal Corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università Europea di Roma.

L'utilizzo dello strumento digitale pone delicate problematiche specie al confronto con le normative settoriali. Il dilemma costante è se comprendere il fenomeno entro i confini delle regole esistenti oppure adottare norme speciali, destinate a regolare unicamente peculiari fattispecie.

Ora, se il diritto civile ha iniziato ad esaminare queste tematiche già negli anni Novanta – si pensi alla forma digitale del contratto, all'espressione della volontà contrattuale online, al perfezionamento dell'accordo “telematico” – l'indagine nel diritto tributario è, invece, cominciata più di recente ed ha subito messo in crisi i principî tradizionali su cui si fonda la tassazione del reddito d'impresa; principî pensati per un'economia fondata su beni materiali e fisici.

È ben noto, infatti, che il diritto tributario ha sempre delineato il regime proprio delle fattispecie connotate dall'elemento della transnazionalità sulla base della dialettica tra principio della residenza – basato sul collegamento fisico della persona con il territorio – e principio della fonte, che postula un collegamento di carattere reale con il territorio dello Stato. Ne è così conseguito che l'inquadramento delle attività commerciali, in cui tutte le fasi della transazione si perfezionano direttamente nella rete nella tradizionale dialettica del principio della residenza-principio della fonte, abbia posto notevoli problematiche, atteso che in tali attività risulta difficile rintracciare sia il collegamento di ca-

rattere personale, con riferimento alle parti della transazione, sia il collegamento di carattere reale, rispetto all'attività produttiva di reddito.

Più precisamente, e con riferimento agli Stati europei, le difficoltà applicative del principio della residenza si collegano alla provenienza transoceanica delle più importanti imprese dell'economia digitale e, dunque, alla loro residenza fiscale negli Stati Uniti d'America. Quanto al principio della fonte, poi, la tradizionale nozione di "stabile organizzazione" – quale presupposto per assoggettare ad imposizione il reddito d'impresa – risulta di difficile applicazione rispetto ad attività svolte senza l'ausilio delle strutture fisiche che siamo abituati a conoscere o, comunque, per mezzo di strutture – il caso dei magazzini – che tradizionalmente erano considerate estranee alla nozione di stabile organizzazione.

Tali difficoltà spiegano anche la notevole attenzione che sia l'Unione europea sia l'OCSE in questi ultimi anni dedicano alla fiscalità dell'economia digitale.

In questo contesto si inquadrano anzitutto le proposte di direttiva avanzate dalla Commissione europea nel marzo 2018; proposte articolate in una soluzione di breve termine, fondata sull'adozione di un'imposta sui servizi digitali in cui maggiore è la creazione di valore riconducibile all'attività degli utenti ed in una soluzione di più ampio respiro basata sull'adozione di una nuova nozione di presenza digitale "significativa". Tali proposte, pur segnando il passo a livello europeo in ragione delle difficoltà a raggiungere l'accordo unanime degli Stati membri richiesto per l'adozione di misure in materia fiscale, forniscono comunque un contributo indiretto all'adozione di nuove forme di tassazione dell'economia digitale: si pensi alle imposte sui servizi digitali francese ed italiana, chiaramente modellate sulla falsariga della *Digital Services Tax* proposta dalla Commissione europea.

Anche l'OCSE sta contribuendo al dibattito sul tema, orientandosi su soluzioni non specificamente indirizzate alle imprese dell'economia digitale, ma elaborando proposte applicabili alla generalità delle attività

imprenditoriali; proposte, peraltro, che nelle loro versioni più recenti risultano fortemente innovative, discostandosi dai tradizionali principi di residenza e della fonte ed inclini ad attribuire potestà impositiva anche ai cc.dd. *market States*, agli Stati, cioè, ove si trovano i mercati su cui le imprese dell'economia digitale operano.

Questi sono i temi d'indagine del presente volume, che esamina l'evoluzione normativa della fiscalità della *digital economy* sia dal punto vista internazionale – con l'approfondimento dei lavori dell'OCSE e dell'Unione europea – sia dal punto di vista nazionale, con l'analisi dei molteplici tentativi di tassazione dell'economia digitale da parte del legislatore italiano negli ultimi anni. Un approfondimento specifico viene riservato poi al tema delle criptovalute, che pone anch'esso problematiche di non poco momento sotto il profilo tributario e rispetto alle quali è auspicabile che vengano assoggettate a presidi e garanzie, rispetto alla cui costruzione non possono che essere protagonisti i nostri organismi di vigilanza e l'autorità pubblica in un orizzonte, tuttavia, necessariamente transnazionale.

INTRODUZIONE

Franco Gallo

Presidente dell'Istituto della Enciclopedia italiana
e Presidente emerito della Corte Costituzionale

1. Questa giornata rappresenta il secondo atto di un'iniziativa dell'Università Europea dedicata alla tassazione dell'economia digitale. Il primo atto, come molti di voi ricorderanno, si è tradotto nella tavola rotonda del 23 febbraio 2016 svoltasi nella sede di detta Università.

Allora ci si era chiesti quale fosse il problema di fondo che da anni assilla le organizzazioni internazionali, il legislatore europeo e i singoli stati membri in tema di tassazione dell'economia digitale. L'OCSE aveva dato una prima generale risposta – che poi era una semplice constatazione – nel senso che il più importante ostacolo ad una ordinata tassazione dell'economia digitale era costituito dalla inidoneità degli attuali assetti fiscali ad intercettare i redditi prodotti dalle *digital enterprises* e, quindi, dalla inidoneità ad assoggettarli a tassazione in applicazione delle vigenti leggi e procedure.

Ormai è un dato di fatto, accettato da tutti, che questa inidoneità è la conseguenza delle difficoltà che le amministrazioni finanziarie incontrano di controllare, con gli ordinari strumenti di accertamento, le c.d. transazioni virtuali che si celano dietro la produzione di tali redditi, e cioè le transazioni globali anonime, immaterializzate e spesso prive di intermediari e dislocate in tutto il pianeta. Come è anche un dato di fatto che il settore dell'economia digitale, dominato dalle grandi multinazionali del settore, è in grado di produrre redditi molto elevati che difficilmente possono essere assoggettati a tassazione nel paese della fonte o sono, comunque, assoggettati in misura molto ridotta.

I tempi sono, perciò, maturi per procedere ad una ristrutturazione globale dell'attuale sistema delle imposte societarie e, comunque, per

introdurre criteri e istituti nuovi che consentano di attrarre a tassazione anche attività – come quelle digitali – svolte nel territorio, ma non imputabili a stabili organizzazioni.

Questo è un problema non solo tecnico, da superare con un'adeguata strumentazione altrettanto tecnica. È anche un problema di giustizia fiscale. In questi ultimi anni, infatti, con una velocità senza precedenti, un numero ristretto di grandi aziende del settore digitale ha sconvolto la vita quotidiana degli abitanti della terra, consentendo loro di avere il mondo a portata di mano e di accedere con qualche *click* a qualsiasi tipo di contenuto. Non si può evidentemente rimproverare a queste aziende il loro successo. Si può però disapprovare l'effetto di tale rivoluzione, e cioè la differenza esistente tra le ricchezze che esse creano utilizzando i nostri dati personali, da una parte, e le imposte che corrispondono, dall'altra.

Da alcuni anni gli stati e le organizzazioni internazionali hanno deciso di combattere tale ingiustizia uscendo dall'immobilismo. Non potevano comportarsi diversamente. Si è calcolato, infatti, che le aziende tradizionali pagano 14 punti percentuali di imposte in più rispetto a questi colossi del digitale. Siamo tutti d'accordo che devono essere cambiate le nostre regole fiscali obsolete, ancorate a tempi in cui i tributi erano calcolati, prima di tutto, in funzione della presenza fisica.

Il tema della tassazione delle *web companies* va perciò affrontato con strumenti, procedure e principi tributari nuovi, possibilmente frutto di accordi intergovernativi.

2. Due anni dopo la ricordata tavola rotonda deve prendersi atto che sono stati fatti notevoli, seppur non definitivi, passi avanti soprattutto da parte dell'OCSE e dell'UE.

Ricordo che l'OCSE ha in diversi suoi atti messo in evidenza che le imprese dell'economia digitale, approfittando delle particolari caratteristiche di tale tipo di economia – e cioè, la mobilità, l'effetto *network* e la volatilità generata dalla rapidità dell'innovazione tecnologica – hanno

avuto grande facilità a erodere le basi imponibili e a trasferire i profitti nei paesi a più bassa fiscalità. L'elevatissimo grado di dematerializzazione dell'industria digitale consente, infatti, a tali imprese di evitare di avere una *taxable presence*, attraverso una stabile organizzazione, nel territorio dello Stato presso il cui mercato sono attive e di ridurre e suddividere le funzioni, gli *asset* e i rischi presso il territorio di più stati.

Indubbiamente la presenza di *intangibles* altamente remunerativi favorisce il trasferimento infragruppo degli stessi al solo scopo di minimizzare il carico fiscale. Ed anche se si potesse configurare una *taxable presence* di tali imprese nel territorio dello Stato, esse potrebbero pur sempre disporre di un'ulteriore tecnica di erosione della base imponibile, consistente nella massimizzazione delle deduzioni per i pagamenti effettuati nei confronti dello stesso *head office* o di altre imprese del gruppo non residenti sotto forma di interessi, *royalties* e *service fees*. Il tutto sfruttando anche l'interposizione di *shell companies* localizzate in paesi che godono di regimi convenzionali privilegiati.

L'utilizzo massivo dei dati digitali pone, dunque, il problema delle modalità con cui calcolare il valore economico della raccolta e dell'elaborazione dei dati per il tramite di prodotti e servizi digitali e di come questi elementi possano essere correttamente qualificati ai fini contabili e fiscali utilizzando parametri che non sono il reddito prodotto mediante stabile organizzazione.

È questo problema che specie negli ultimi tre anni l'OCSE, l'UE, la recente riforma Trump e i singoli stati nazionali hanno tentato di risolvere con strumentazioni a volte coincidenti, a volte divergenti.

3. Questa giornata di studio è, appunto, dedicata all'analisi e al commento delle proposte e delle normative che si sono snodate su questi fronti. Per quel che mi risulta, le proposte più qualificanti in proposito riguardano il concetto di stabile organizzazione e, in particolare, la creazione di un nuovo criterio di collegamento basato su una "presenza digitale significativa" dell'impresa nell'economia del territorio di uno Stato

diverso da quello di residenza. Come sapete, l'OCSE al riguardo ha definito una serie di parametri, diversi da quelli tradizionali, che vanno dalla tipologia di attività concretamente esercitate dall'impresa nel territorio alle modalità di conclusione dei contratti alle tecniche di pagamento attraverso cui vengono corrisposti i prezzi da parte dei contraenti.

La Commissione UE, sulla scia dell'OCSE, ha fatto propri tali principi generali. Con una prima proposta di Direttiva, ha ritenuto, in particolare, sussistente una stabile organizzazione delle *digital enterprises* anche nell'ipotesi in cui non vi sia un'effettiva presenza fisica nel territorio dello Stato purché ricorrano alcune condizioni non cumulative con riguardo alle soglie di fatturato, di utenti o di contratti riferite a un singolo Stato membro. Secondo questa proposta – che è stata esaminata e commentata dalla bella circolare Assonime dell'agosto del 2018 – perché si generi una “presenza digitale significativa” è necessario che si sia realizzata una prestazione di un servizio digitale inteso come “Servizio fornito attraverso Internet o una rete elettronica, la cui natura renda la prestazione essenzialmente automatizzata e richieda un intervento umano minimo” (art. 7 del Regolamento di esecuzione 282/2011/UE contenente, appunto, la definizione di “Servizi prestati tramite mezzi elettronici”).

La seconda proposta di Direttiva riguarda a sua volta l'imposta sui servizi digitali (ISD). Essa è stata affiancata provvisoriamente alla prima nella consapevolezza della difficoltà di raggiungere in poco tempo un accordo sulla nozione di “presenza digitale significativa”. Di tale tributo si parlerà più diffusamente questa mattina. Mi limito qui a ricordare che si tratta di un prelievo corrispondente ad una vera e propria imposta indiretta sui ricavi al netto dell'IVA (la c.d. *web tax* europea) da effettuare provvisoriamente fino all'introduzione della Direttiva in materia di presenza digitale, con la quale condivide l'obiettivo di attrarre a tassazione nel proprio ambito applicativo tutte le attività digitali nelle quali il contributo dell'utente alla creazione del valore risulti significativo e non meramente marginale.

È apprezzabile quella parte della proposta in cui, in ossequio alla disciplina del *transfer pricing*, si basano i criteri di attribuzione dell'utile alla "presenza digitale significativa" sull'analisi sia delle funzioni svolte, sia degli attivi utilizzati, sia dei rischi assunti nelle diverse giurisdizioni. Si tratta, in particolare, dell'applicazione del c.d. *profit split method* di distribuzione dei diritti impositivi, e cioè del metodo reddituale multilaterale di ripartizione.

È sull'applicazione di tale metodo che – credo – si svilupperà il dibattito tanto all'interno della Commissione europea quanto a livello OCSE e dei rapporti tra l'UE e gli USA, specie dopo l'entrata in vigore della riforma Trump.

Riguardo poi alle iniziative assunte autonomamente dai singoli stati, ricordo che la Gran Bretagna ha affrontato questi temi in modo innovativo costruendo un interessante sistema di *Digital service tax* diretta a sostituire o, meglio, integrare la *Diverted profit tax* entrata in vigore ormai da più di tre anni e che non aveva dato grandi risultati. È con questa normativa, con quella della riforma USA – in particolare la *Global Intangible Low Tax Income* (GILTI), che è una sorta di super CFC – che dovranno confrontarsi i paesi dell'UE e dovrà, soprattutto, confrontarsi il nostro Paese nella prospettiva dell'applicazione nel 2019 della *web tax* italiana gravante sulle transazioni digitali *business to business*. Tali transazioni avrebbero dovuto essere individuate da un decreto ministeriale che, però, non mi risulta sia stato emanato. Tale decreto era atteso per il 30 aprile di quest'anno, ma non è stato ancora emesso essendo esso condizionato ad una decisione a livello comunitario che non è ancora arrivata.

Per quanto mi risulta, il prossimo ECOFIN, in programma il 5 e 6 dicembre, non dovrebbe risolvere la questione, non essendosi ancora raggiunta l'unanimità su una tassa digitale UE uguale e uniforme. Infatti, la Germania e il Regno Unito hanno frenato la loro iniziale disponibilità, lasciando alla Francia, all'Italia e alla Spagna il ruolo di *front runner*. Per avere una vera e propria *web o digital tax* europea si corre,

dunque, il rischio di attendere il 2022, che è la data in cui l'OCSE ha programmato di terminare i suoi lavori di studio e di proposta riguardo ad un regime globale dell'imposizione sull'economia digitale.

Allo stato, quindi, al nostro Governo non resterebbe che riproporre la *web tax* italiana prorogando il termine per l'emanazione del regolamento sulla sua esazione.

4. In conclusione, si può dire che, allo stato, non si sono ancora individuate soluzioni di tassazione dell'economia digitale condivise a livello internazionale. La conseguenza è che, volendo assoggettare a un qualche prelievo nazionale le *web companies*, si corre il rischio di creare, allo stesso tempo, profili di doppia tassazione e di aumentare l'incertezza fiscale a livello internazionale.

Comunque, il primo problema da risolvere è e rimane quello di definire giuridicamente la nozione di valore introdotta nel Progetto BEPS e di trasferirla alla tassazione della *digital economy*. Tale nozione non è presente nei Trattati ed è basata su analisi economiche non facilmente traducibili in categorie giuridiche proprie della tassazione del reddito d'impresa.

Il secondo problema è se le nuove forme di tassazione debbano riguardare solo le imprese digitali e non, invece, tutte le imprese che basano, in tutto o in parte, il loro fatturato sullo sfruttamento di beni immateriali. È questo, evidentemente, un problema di politica industriale e non solo fiscale che, per quanto mi risulta, è alla base dei contrasti emersi in sede OCSE e riportati nell'*Interim report* del 2018. Tra l'altro, tassare solo le imprese digitali, come propone l'UE nelle sue Direttive, colpirebbe in larga parte le imprese statunitensi che hanno un quasi monopolio in materia.

Tutto ciò va detto, non considerando che, all'interno dell'UE, già alcuni stati si sono dichiarati contrari alle proposte di Direttiva della Commissione (Paesi Bassi, Danimarca, Irlanda, Malta, Repubblica Ceca, Svezia, Finlandia). Altri paesi vorrebbero circoscrivere l'ambito ap-

plicativo dell'imposta digitale, evitando che sia tassata la vendita dei dati degli utenti. La verità è – e concludo – che saranno molto difficili soluzioni basate sulle sole iniziative legislative dei singoli paesi, prescindendo da un accordo a livello sovranazionale che accetti la possibilità di pagare delle imposte in uno Stato, sempre che esista una stabile organizzazione fisica.

Si torna così al punto di partenza, e cioè all'identificazione di una *taxable presence*. Ma se è così, mi domando allora se non sia il caso, in queste difficoltà, di tornare a ripensare anche per la *digital economy* all'utilizzo di un sistema di *formulary apportionment* basato su tre o quattro *driver* di più semplice e immediata applicazione che richiami il progetto iniziale OCSE della costruzione di basi imponibili consolidate delle imprese aventi sede nell'UE (la c.d. CCTB). Vi sarebbe, in verità, una terza via prospettata dalla Germania che, guardando alla riforma Trump, prevede l'applicazione di un'imposta minima sul reddito d'impresa a livello globale. Sul piano tecnico si tratterebbe di adottare in tutti i paesi un meccanismo che assicuri un prelievo minimo su tutte le imprese, a prescindere dall'allocazione dei profitti tra i diversi paesi. Mi dicono che la Francia sarebbe disposta ad appoggiare questa richiesta. Essa ha però il difetto, almeno a mio avviso, di sollevare problemi di doppia tassazione e soprattutto di non tassare – come si dovrebbe – le *web companies* nel luogo di vendita dei beni. Tale proposta si preoccupa, infatti, solo che queste imprese vengano tassate ad un livello minimo intervenendo sui meccanismi di *profit shifting* nei paesi della fonte dei pagamenti rafforzando le previsioni di CFC nel paese di residenza della controllante.

Con particolare riguardo alla specifica tassazione delle imprese digitali sembrerebbe che sia la Francia che la Germania si stiano indirizzando verso un nuovo compromesso, secondo il quale il tributo dovrebbe colpire con un'aliquota del 3% esclusivamente il fatturato di pubblicità on line delle grandi società digitali, con l'effetto di riduzione della base imponibile. La proposta di Direttiva dovrebbe essere appro-

vata entro marzo del 2019 e avere effetto nel 2021, nel caso in cui l'OCSE non trovi un'intesa più generale entro tale data. La Direttiva verrebbe a scadere comunque "entro il 2025". Alla base del frazionamento di tali date vi è evidentemente una certa cautela, specie della Germania, nel tassare il fatturato piuttosto che i profitti e nel peggiorare i già difficili rapporti con gli Stati Uniti. Da qui la preferenza per una decisione a livello globale, che per le ragioni che si è dette non sarebbe facile ottenere.

Marco Fazzini
Università Europea di Roma

La tassazione dell'economia digitale. Una prospettiva economico-aziendale

Sommario: 1. Introduzione – 2. Cosa è l'economia digitale? – 3. Quanto è sviluppata in Italia l'economia digitale – 4. Conclusioni

1. Introduzione

La difficoltà ad inquadrare il fenomeno dell'economia digitale non investe solamente il diritto tributario ma, in modo più ampio, anche l'economia aziendale nel suo complesso.

L'economia digitale ha segnato un punto di svolta, la cui portata storica talvolta è paragonata a quella della rivoluzione industriale avvenuta oltre due secoli or sono. In realtà, a giudizio di chi scrive, il paragone non è del tutto pertinente. La rivoluzione industriale stabilì un nuovo modo di concepire la produzione, cambiando l'interazione tra l'uomo e gli strumenti, senza tuttavia apportare, almeno nell'immediato, novità sostanziali sul prodotto. Banalizzando il concetto, il tessuto fabbricato con i telai industriali non differiva troppo da quello realizzato con le tecniche tradizionali. Inoltre la gerarchia tra uomo e mezzi vedeva il primo in posizione di preminenza, in quanto il processo di industrializzazione, pur incrementando l'efficienza dei cicli produttivi, era comunque incentrato sul fattore umano.

L'economia digitale, invece, stabilisce un rapporto tra uomo e macchine per certi versi più paritetico. Lo strumento non è meramente funzionale alla realizzazione più efficiente di un bene o di un servizio, ma sempre più

si pone come co-maker nel processo decisionale. Ad esempio, in termini molto concreti, quando ci lasciamo guidare nelle scelte di acquisto da una piattaforma che formula proposte in base alle preferenze passate, si realizza un'interazione tra l'uomo e gli algoritmi che presiedono al funzionamento dell'intelligenza artificiale: questo vale per l'acquisto di un libro o per l'approvvigionamento di beni alimentari attraverso un "frigorifero intelligente". Quando interroghiamo un navigatore satellitare per ricevere un'indicazione sul percorso ottimale, tenendo conto di distanza, del traffico e di altri fattori, facciamo affidamento su un sistema complesso che sintetizza miliardi di dati per suggerire l'opzione più conveniente. Ciascuno può aggiungere a questi semplici esempi ulteriori esperienze che quotidianamente influiscono sulla nostra vita.

Tutto ciò permette di concludere che, se nella rivoluzione industriale il mezzo era un oggetto passivo al servizio dell'uomo per svolgere con maggiore efficienza ed efficacia i processi produttivi, nella rivoluzione digitale il mezzo diventa un soggetto attivo che influisce non solo sulla sfera economica, ma anche su quella sociale attraverso una interazione che non solo affianca il processo decisionale umano, ma in taluni casi lo guida.

Accade dunque che un produttore, oggi, non deve chiedersi solo come conquistare l'interesse per il potenziale cliente, ma anche come "conquistare" gli algoritmi dei motori di ricerca o delle piattaforme di vendita per avere un livello di evidenza tale da risultare tra le proposte più convincenti e appetibili. È una partita che, con lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, sempre più si giocherà "tra macchina e macchina".

Senza evocare scenari degni dei classici film di fantascienza in cui la macchina prende il sopravvento, la classica definizione dell'azienda come "istituto economico destinato a perdurare che, per il soddisfacimento dei bisogni umani, ordina e svolge in continua coordinazione la produzione o il procacciamento e il consumo della ricchezza" (Zappa) attraverso l'interazione tra uomini e mezzi, mantiene la sua validità, ma con un differente ruolo del fattore umano e dei mezzi.

Questa premessa, che apparentemente sembra non centrare il tema di fondo, ovvero come la tassazione dell'economia digitale possa essere letta attraverso una prospettiva economico-aziendale, in realtà rappresenta un passaggio necessario, dal momento che la misurazione della ricchezza generata, e quindi la formazione della base imponibile, passa da un chiaro inquadramento del fenomeno proprio da un punto di vista aziendale.

Sarebbe infine un errore ritenere che l'economia digitale tocchi soltanto un numero limitato di imprese, ovvero quelle che per tipologia di business operano essenzialmente on line fornendo specifici tipi di servizi. L'economia digitale pervade anche i settori più tradizionali, in quanto la maggior parte delle realtà non può esimersi da un'interazione con la dimensione digitale.

2. Cosa è l'economia digitale?

Come si è visto, i tradizionali paradigmi utilizzati per definire un'impresa rischiano di diventare in parte obsoleti, se non si individua il perimetro all'interno del quale si muove un'economia che ignora i confini nazionali e che configura modelli di business del tutto innovativi, sia per quanto riguarda i contenuti che per quanto concerne i media.

Lo stesso significato di economia digitale non è circoscrivibile ad una definizione unanime e, a ben vedere, nonostante che sul tema siano stati versati negli ultimi due decenni fiumi di inchiostro, non si è ancora giunti a inquadrare compiutamente il fenomeno e a definire una tassonomia idonea per l'individuazione di metriche di rilevazione condivise.

Questo è ben sintetizzato in una pubblicazione del Fondo Monetario Internazionale, laddove si evidenzia che *“the lack of a generally agreed definition of the ‘digital economy’ or ‘digital sector’ and the lack of industry and product classification for Internet platforms and associat-*

ed services are hurdles to measuring the digital economy”¹ (IMF, Measuring the digital economy, February 2018). Su un’analoga lunghezza d’onda si collocano le parole di Ahmad (OECD) e Ribarsky (U.S. Bureau of Economic Analysis), i quali prendono atto che “*perhaps the biggest cause of confusion surrounding the digital economy is the lack of a commonly understood definition*” (2018).

La sfida posta all’economia aziendale è del tutto nuova, tanto più se si considera che i problemi definitori di impresa e azienda, che tenevano banco circa un secolo fa, si ritenevano ampiamente superati con lo sviluppo dei paradigmi industriali conseguenti al secondo conflitto mondiale. Si assiste oggi alla necessità di rimettere mano una dialettica che sembrava non più necessaria, dal momento che si presenzia alla nascita di fenomeni del tutto nuovi, i cui sviluppi sono stati e continueranno ad essere molto rapidi.

Proprio questa rapidità non consente di fissare un’istantanea sufficientemente nitida per mettere a fuoco l’impresa digitale. Basti osservare i grandi *players* comunemente portati ad esempio (Amazon, Google, Facebook, etc.) per verificare che essi negli anni hanno subito (e stanno subendo) un’evoluzione che ne ha cambiato significativamente i connotati.

Venti anni fa Amazon era essenzialmente focalizzata a mettere in contatto domanda e offerta attraverso internet, disponendo di un buon sistema logistico in grado di semplificare e velocizzare le transazioni. Volendo banalizzare, Amazon era originariamente un intermediario che svolgeva un’attività su larga scala grazie all’utilizzo del web. Nel tempo la società ha iniziato a fornire servizi diversificati, come ad esempio contenuti audiovisivi attraverso “Prime” o assistenza virtuale per il tramite di Echo, divenendo al contempo leader mondiale nelle transazioni di beni, al punto di mettere in crisi i distributori e i canali di vendita tradizionali.

Analogamente Facebook, nata come piattaforma per l’interazione tra persone, oggi è diventata il più grande collettore mondiale di big data,

¹ IMF, Measuring the digital economy, February 2018.

in grado di influire sulle dinamiche elettorali delle grandi democrazie occidentali e in procinto introdurre una valuta digitale (Libra) che, in una finanza dematerializzata come quella attuale, può aprire scenari imponderabili sugli equilibri della politica monetaria.

Storicamente, non vi è memoria di imprese in grado di indirizzare in modo così marcato la società (e di conseguenza i mercati), imponendo nuovi modelli di business rispetto ai quali mantengono una leadership difficilmente scalabile.

La velocità con cui si trasforma il fenomeno dell'economia digitale rende difficile, e in parte inutile, provare a circoscrivere il fenomeno negli stretti confini di una definizione.

Poiché tale celerità è di gran lunga superiore ai tempi di risposta dei legislatori, è inevitabile che si crei uno iato fra il fenomeno che si vuole regolamentare e la capacità di fornire risposte adeguate in modo tempestivo.

I capisaldi su cui poggia il diritto tributario, in estrema sintesi, sono la territorialità e la capacità di misurare la ricchezza creata. Si tratta di due dimensioni che nell'economia digitale possono assumere prospettive e contorni del tutto peculiari.

Per quanto riguarda la territorialità, sono ormai anni che i legislatori nazionali tentano di ricondurre l'operatività di queste imprese a una geografia politica, che non trova identico riscontro nel mondo digitale. Le soluzioni adottate, anche i più recenti provvedimenti, prendono sostanzialmente atto dell'inutilità di fare riferimento ai tradizionali canoni utilizzati per accertare la presenza o meno di un'impresa all'interno di uno Stato. Si tratta di un tema ampio, che certamente troverà un migliore approfondimento in altre parti di questo volume.

Un tema ancora più complesso riguarda le metriche. I tradizionali modelli sviluppati dall'economia aziendale per misurare la produzione di ricchezza hanno come paradigma di riferimento quello delle imprese tradizionali, che vendono un prodotto o un servizio identificabile nell'ambito di un modello transattivo facilmente identificabile.

Molte imprese che operano nell'ambito dell'economia digitale presentano un modello di business talmente frammentato, geograficamente disperso e complesso da inquadrare (anche tecnicamente), che le tradizionali metriche rischiano di non essere più sufficienti per misurare il fenomeno.

Ad esempio, una società che offre spazio sul cloud, cosa sta esattamente vendendo? Un servizio? Una frazione di spazio fisico su un hard disk? O forse qualcosa di differente, che ancora non è stato inquadrato in termini tassonomici e giuridici? O ancora, un'intelligenza artificiale interattiva che guida un utente nei propri processi di acquisto, si limita a offrire tutte le possibili alternative che rispondono alla domanda dell'utilizzatore, o svolge un'attività selettiva e mirata che potrebbe qualificarsi quasi come intermediazione?

Ancora. Con lo sviluppo del 5G prenderà corpo il c.d. "Internet delle Cose", che, tra l'altro, si caratterizzerà per un'interazione tra differenti intelligenze artificiali con una pervasività e una velocità che fino a questo momento erano impensabili. L'interscambio che si verificherà tra sistemi di intelligenza artificiale potrebbe portare alla configurazione di servizi e transazioni economiche del tutto automatica e tutt'altro che evidenti, anche ai fini di una eventuale tassazione.

Quelli appena tratteggiati sono casi limite, che non sono tuttavia lontani dalla realtà e per i quali non esistono modelli interpretativi in grado di cogliere tutte le sfumature.

Il diritto tributario è comunemente ispirato a un modello imprenditoriale novecentesco, basato sull'impresa fordistica, che configura l'incremento di ricchezza attraverso il passaggio di beni e servizi dall'impresa fornitrice all'impresa cliente e, da questa, al consumatore finale. In altre parole, la ricchezza e il suo incremento da tassare si sviluppano secondo un asse verticale che, idealmente, va dalla miniera di ferro necessaria per realizzare le carrozzerie, al concessionario che espone le automobili nel proprio salone.

L'economia digitale si configura invece come un'economia reticolare, nella quale un servizio non segue necessariamente un percorso lineare, ma può articolarsi attraverso passaggi che possono mutare continuamente, con la conseguente difficoltà di porre in essere sistemi di controllo adeguati e sistemi di tassazione standardizzabili.

In altre pagine di questo volume il lettore potrà trovare una disamina completa e approfondita circa le proposte che sono state elaborate sulla tassazione dell'economia digitale.

Ci limitiamo, in questo ambito, al progetto formulato dall'Unione Europa, che in premessa alla “Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio” intitolata “È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale”, afferma: *“siamo entrati in un'epoca in cui gli utenti dei servizi digitali partecipano sempre di più, consapevolmente o meno, al processo di creazione di valore. Gli utenti forniscono dati, condividono conoscenze e contenuti e abilitano reti vaste e diversificate. Tutto ciò genera un immenso valore nell'economia odierna, che è certamente destinato a crescere in futuro”*.

Prosegue la comunicazione, facendo presente che *“la necessità di tassare gli utili nel luogo di creazione del valore è un principio riconosciuto a livello internazionale. Tuttavia le attuali norme fiscali internazionali sono state concepite per le imprese ‘fisiche’. Esse si basano, in larga misura, sulla presenza fisica e non sono state elaborate per far fronte a modelli d'impresa fondati principalmente su beni immateriali, dati e conoscenze”*.

L'Unione Europea, prendendo atto che le norme fino ad oggi in vigore non sono adeguate a fornire una risposta adeguata, ha introdotto un pacchetto per la tassazione delle imprese digitali, individuando una presenza digitale significativa al raggiungimento di una delle seguenti soglie:

- ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali superiori a 7 milioni di euro;

- numero di utenti superiori a 100.000 in un anno fiscale;
- numero di contratti conclusi on-line superiore a 3000.

Nel breve termine, l'Unione Europea ha proposto l'introduzione di un'imposta pari al 3% dei ricavi generati da società che abbiano un fatturato annuo di oltre 50 milioni di euro nell'UE e di oltre 750 milioni di euro in tutto il mondo. In particolare, l'imposta sarebbe applicata ai ricavi derivanti da tre principali tipologie di servizi: vendita di pubblicità *online*; vendita dei c.d. "*user data*"; messa a disposizione di piattaforme digitali che facilitano le interazioni tra gli utilizzatori.

Il pregio di questa proposta sta nel fatto di aver avviato un tentativo di regolamentazione di un fenomeno difficile disciplinare, anche se le soglie individuate rispondono ad una logica empirica e manifestano la complessità di andare oltre ad un approccio "forfettario" e di individuare una vera e propria base imponibile.

3. Quanto è sviluppata in Italia l'economia digitale

Come si è detto, l'individuazione di metriche attendibili sullo sviluppo dell'economia digitale in un paese è un esercizio complesso, anche per la difficoltà a tracciare compiutamente i confini di questo fenomeno.

Con i limiti del caso, da alcuni anni è stato introdotto a livello europeo il Digital Economy and Society Index (DESI), che sintetizza alcuni indicatori inerenti alla performance e al progresso della competitività digitale degli Stati membri (DESI 2019).

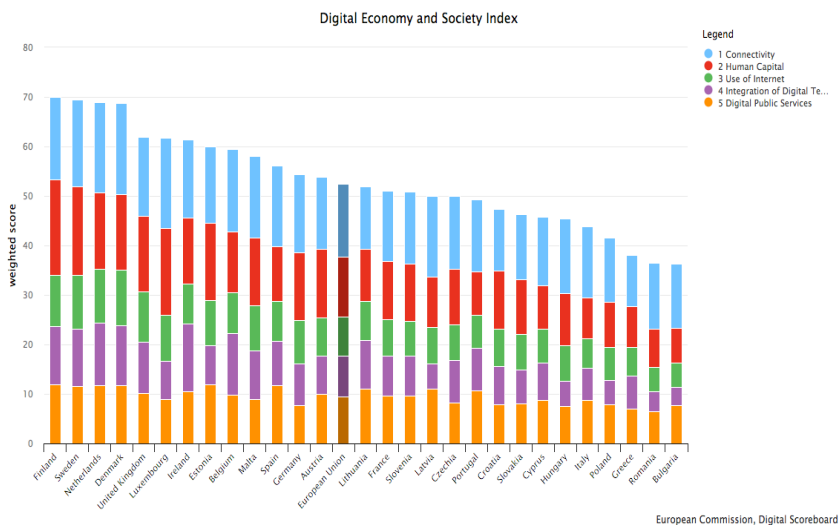
Tale indice è articolato in cinque dimensioni:

- connettività, che considera la banda larga fissa e mobile, la banda larga veloce e ultraveloce e i relativi prezzi;
- il capitale umano, per quanto concerne le competenze nell'utilizzo di internet;

- utilizzo di internet, in termini di numero di utilizzatori e di transazioni on line;
- integrazione della tecnologia digitale, che riguarda la digitalizzazione delle imprese e lo sviluppo dell'e-commerce;
- i pubblici servizi digitali, nella più ampia accezione di e-government ed e-health.

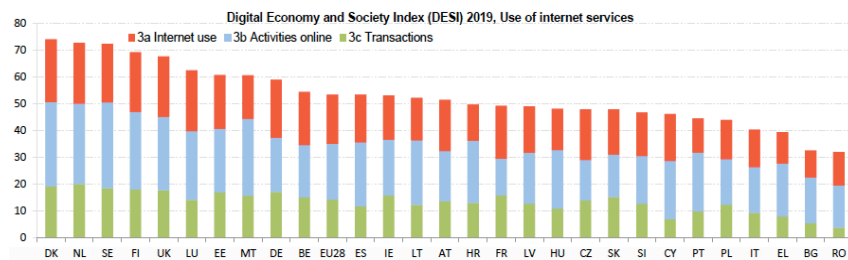
Come risulta dalla Figura 1, l'Italia si pone agli ultimi posti in classifica, nonostante i miglioramenti registrati a livello di singole componenti negli ultimi anni.

Figura 1 – Il DESI 2019



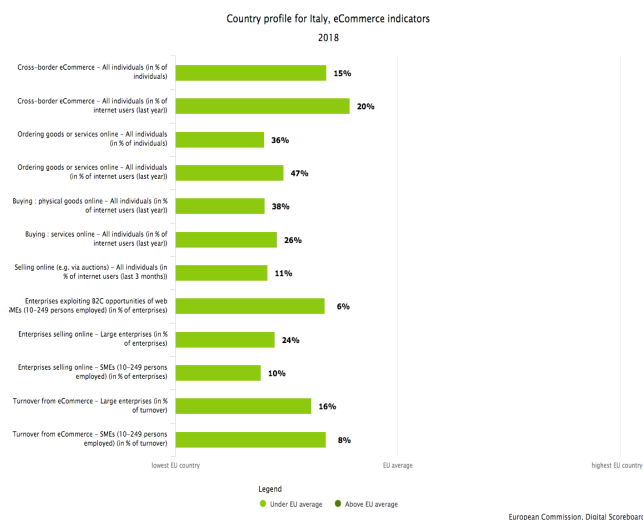
Anche laddove si volesse focalizzare l'attenzione sulla dimensione più "economica" del fenomeno, che riguarda nello specifico l'utilizzo di internet, le attività on line e le transazioni, lo scenario non migliora. Addirittura l'Italia passa dal quintultimo al quartultimo posto in classifica (Figura 2).

Figura 2 – L'utilizzo dei servizi Internet (DESI 2019)



Dal momento che la presenza digitale è stata inquadrata e regolamentata dall'Unione Europa avendo principalmente riguardo delle transazioni on line, è interessante esaminare le variabili chiave che sottintendono all'e-commerce (Figura 3). Dal grafico emerge una situazione non troppo confortante, dal momento che gli indicatori, anche presi singolarmente, sono al di sotto della media europea.

Figura 3 – Gli indicatori dell'e-commerce (DESI 2019)



È evidente che, a livello sistemico di paese, non vi è solo la necessità di regolamentare il fenomeno da un punto di vista tributario, ma occorre ancor di più creare le condizioni culturali ed economiche affinché le imprese, a livello sia B2B che B2C, siano in grado di colmare il gap che esiste rispetto ad altri paesi, adeguando la legislazione anche nella prospettiva di migliorare la “vis attrattiva” nei confronti dei players internazionali.

4. Conclusioni

Fornire una panoramica, seppur sintetica, sui profili economico-aziendali dell'economia digitale è una sfida complessa, dal momento che essa è ben lungi dall'essere compiutamente inquadrata attraverso elementi puntuali e una tassonomia coerente.

Tale complessità è stata percepita anche dal legislatore fiscale che, solitamente puntuale nell'individuare le modalità di determinazione della base imponibile, in questo caso è dovuto venire a patti con un fenomeno economico difficile da regolamentare.

L'Italia, ad oggi, è in Europa il fanalino di coda per quanto riguarda le performance e la competitività digitale. Si renderà necessario un impegno a livello sistemico che permetta di recuperare il terreno perduto, così da porsi in condizione di guidare attivamente cambiamenti che si configurano epocali non solo dal punto di vista economico, ma anche sociale.

Raffaele Russo

Senior Advisor OCSE/Ministero dell'Economia e delle Finanze¹

La tassazione dell'economia digitale nel contesto internazionale: la prospettiva globale

Sommario: 1. Il contesto internazionale – 2. Il focus del dibattito attuale – 3. L'erosione della base imponibile e l'allocazione artificiosa di utili (BEPS) – 4. Le sfide sistemiche della digitalizzazione al sistema tributario – 5. Sviluppi nazionali ed internazionali – 6. Prospettive – 6.1. Utilizzatori e creazione del valore – 6.2. Fisco ed innovazione tecnologica – 6.3. Le piattaforme come intermediari fiscali.

1. Il contesto internazionale

La presente riflessione prende spunto da una frase, oramai divenuta famosa, di un giornalista che si occupa di tecnologia per la testata *Tech Crunch*: “la più grande società di taxi del mondo non ha macchine, la più grande società di media al mondo non produce contenuti, il più grande distributore al mondo non ha magazzino, il più grande albergatore al mondo non ha nessun tipo di proprietà immobiliare, sta succedendo qualcosa di davvero grande”. Siamo secondo molti nel bel mezzo di una vera rivoluzione, di una transizione da un modello economico-sociale ad un altro, e la fiscalità è una di quelle aree che per prima riesce a cogliere, o comunque immediatamente percepisce, l'impatto di questi grandi cambiamenti.

¹ Il presente lavoro è svolto a titolo personale e non impegna in alcun modo gli enti di appartenenza.

Il primo rapporto dell'OCSE su questi temi – all'epoca si parlava di e-commerce – è degli anni '90, in un momento nel quale si iniziava a realizzare che la diffusione di internet avrebbe posto delle sfide importanti ai sistemi fiscali dei vari Paesi ed alle regole multilaterali che gli stessi Paesi si erano dati per evitare la doppia imposizione e favorire il commercio e gli investimenti transfrontalieri. Ma questi sforzi, forse anche per la miopia di alcuni, non producono risultati concreti. Dopo vari anni, nel 2013 arriva quella che potremmo definire “la diagnosi” del progetto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) sulle cause della crescente erosione della base imponibile in Paesi ad alta fiscalità e lo spostamento artificioso di utili in Paesi a bassa fiscalità². Alla diagnosi è seguita poi la “cura”: il piano di azione BEPS che enuclea 15 azioni da portare a termine nel giro di due anni³.

Una di queste azioni, la prima, riguardava esplicitamente la tassazione dell'economia digitale, e risulta nella pubblicazione del rapporto dell'OCSE del 2015⁴, seguita nel prosieguo dei lavori BEPS in tema di attuazione, dal c.d. *interim report* sullo stesso tema del 2018⁵, pubblicato nella stessa settimana di pubblicazione delle proposte di Direttive europee⁶.

In altre parole, il tema è stato affrontato per un periodo di tempo relativamente lungo, senza grande successo. Una delle maggiori difficoltà per coloro che si cimentano in quest'esercizio è rappresentato dalla velocità con cui cambia il panorama di riferimento: nel momento in cui si riesce ad identificare il problema, lo stesso è già mutato. Lo sviluppo tecnologico evolve così velocemente che diventa difficile ragionare sull'identificazione del problema, la ricerca di soluzioni, la valutazione delle stesse e la decisione di attuarle. Dovremmo tutti riconoscere che questo “sfasamento temporale” è una delle principali sfide per i *policy-maker* interessati a questi temi.

² OCSE, *Addressing base erosion and profit shifting*, 2013.

³ OCSE, *Action Plan on base erosion and profit shifting*, 2013.

⁴ OCSE, *The tax challenges of the digital economy*, 2015.

⁵ OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report*, 2018.

⁶ Si veda M. Greggi, *La tassazione dell'economia digitale nel contesto europeo: la proposta di direttiva sulla Digital Services Tax*, *infra*.

2. Il focus del dibattito attuale

Il dibattito attuale appare ancora particolarmente confuso, caratterizzato da una commistione di problemi diversi. Quello che tra l'altro il rapporto sull'azione 1 del progetto BEPS aveva cercato di fare era proprio di chiarire che esistono tematiche tra loro differenti che con ogni ragionevole probabilità devono essere affrontate con strumenti differenti.

Andiamo con ordine. Esistono almeno due macro-temi.

Uno è il tema dell'elusione fiscale o della c.d. *base erosion and profit shifting*, e cioè dell'allocazione artificiosa di utili in Paesi a bassa fiscalità e l'erosione della base imponibile in Paesi ad alta fiscalità. Questo è un tema che riguarda le c.d. *tech companies*, ma che riguarda anche tutti gli altri grandi gruppi multinazionali. È fondamentalmente dovuto ad un serie di concause quali, ad esempio, la facilità con cui possono essere abusati i trattati contro la doppia imposizione, l'applicazione formalistica delle regole di *transfer pricing*, l'acuirsi della concorrenza fiscale dannosa tra Stati, e più in generale una mancanza di coerenza tra le legislazioni fiscali dei vari paesi.

Altro tema, invece, è quello più generale, ed a tratti sistemico, delle modalità con cui il sistema fiscale dovrebbe adattarsi ai cambiamenti tecnologici che stiamo vivendo; in altri termini, il tema di come il sistema fiscale debba accompagnare i mutamenti economico-sociali che stiamo vivendo per arrivare a soddisfacenti risultati di *policy*, soprattutto dal punto di vista dell'equità.

Queste due tematiche vengono confuse fra loro, spesso per arrivare a giustificare proposte di soluzione o prese di posizione, senza una chiara distinzione tra la lotta all'elusione fiscale (BEPS) ed una riforma delle regole fiscali che prenda in considerazione, e sia in grado di catturare, i nuovi meccanismi di creazione del valore.

Anche se vi possono essere delle aree di sovrapposizione, sarebbe opportuno, dal mio punto di vista, trattare separatamente le due tematiche.

3. L'erosione della base imponibile e l'allocazione artificiosa di utili (BEPS)

Le aspettative degli osservatori quando il progetto BEPS è stato lanciato nel luglio del 2013 erano, per usare un eufemismo, molto basse. C'era una quasi totale mancanza di fiducia nella capacità dell'OCSE e dei suoi Paesi membri di portare a termine le 15 azioni dell'*action plan* nel giro di soli due anni. Si parlava già allora di approccio populista: il dibattito e le proposte BEPS venivano considerate *fake news*, disinformazione. Chi osava rappresentare la rilevanza politica del tema in un contesto di crisi globale e sfiducia crescente nelle istituzioni democratiche veniva accusato di mancata comprensione dei modelli di *business*. Si percepiva un clima di generale scetticismo in merito alla capacità dei Paesi di arrivare a soluzioni di compromesso. Il progetto veniva più che altro rappresentato come un palliativo dei decisori politici in attesa che il *focus* del dibattito si spostasse su altri temi.

Qualcosa è probabilmente cambiato quando è divenuto chiaro che c'era serietà e determinazione nella volontà politica di affrontare il problema e modificare le regole del gioco.

Al fine di modificare le regole, subito apparvero utili tutti quei lavori che erano stati portati avanti nel passato e che però, per mancanza di una forte volontà politica, non avevano mai visto la luce. Oggi tutti parliamo della Convenzione Multilaterale che ha consentito l'adattamento dei trattati bilaterali alle regole decise all'interno del progetto BEPS⁷. Ma in pochi ricordiamo che la prima volta nella quale si parlò di questo tema era all'interno di un progetto dell'OCSE che si chiamava STAP (*Streamlined Treaty Amendment Process*), che, in mancanza di volontà politica, venne però riposto nel cassetto⁸. Questo segnala un altro im-

⁷ OCSE, *Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*, 2015.

⁸ J.F. Avery Jones-P. Baker, *The multiple amendment of bilateral double taxation conventions*, in *Bulletin for international taxation*, 2006, n. 1, pp. 19-22.

portante elemento di riflessione: **spesso il lavoro tecnico va portato avanti anche in mancanza di una chiara volontà politica, per far sì che, quando maturano i tempi di una precisa volontà politica, i tempi di reazione possano essere congrui rispetto alle aspettative dei decisori politici.**

I lavori BEPS hanno quindi sancito la necessità di apportare modifiche alla definizione di stabile organizzazione, in relazione alle eccezioni previste per le attività preparatorie e/o ausiliare, ed all' utilizzo di commissionari per evitare di ricadere nell'ambito della definizione di stabile organizzazione personale. Allo stesso modo, sono state introdotte disposizioni per evitare l'abuso dei trattati e contrastare l'utilizzo di *letter box companies* al solo fine di ottenere i benefici di un trattato concluso per evitare la doppia imposizione (e che nella realtà si traduceva in uno strumento per ottenere la doppia non imposizione).

Sono state poi aggiornate le linee guida sul *transfer pricing* per chiarire che il punto di partenza dell'analisi sono i contratti e gli accordi tra le parti, ma gli stessi vanno rispettati soltanto quando questi effettivamente rispecchiano la sostanza economica della transazione. Questo, per molti operatori, è un mero chiarimento che non apporta modifiche di sostanza al proprio modo di operare, mentre – per altri – non era probabilmente così. Questi ultimi, – attraverso una lettura aggressiva di quelle che erano le linee guida – ritenevano che ad esempio l'allocazione contrattuale di un marchio ad una società in un'isola dei Caraibi, dove non vi era alcun tipo di sostanza economica, fosse abbastanza per allocare le *royalties* in quella giurisdizione. Le modifiche alle linee guida OCSE vanno di pari passo con quello che rappresenta uno dei cambiamenti più radicali e che avrà un impatto sostanziale sull'appetito dei contribuenti per la pianificazione fiscale aggressiva, il c.d. *country by country reporting* e le nuove linee guida sul *master file* e sul *local file* a fini della fissazione dei prezzi di trasferimento.

Il progetto BEPS ha anche testimoniato l'inizio di un nuovo approccio da parte dell'OCSE in campo tributario: raccomandazioni che ri-

guardano il *design* della legislazione interna dei Paesi. Queste sono tematiche delle quali l'OCSE si era raramente occupata in passato. Però con il progetto BEPS si è arrivati alla consapevolezza che alcuni elementi del sistema tributario di un Paese hanno un effetto immediato sul sistema tributario di altri Paesi. Pertanto, un minimo di coordinamento, che non significa armonizzazione, potrebbe garantire una maggiore coerenza tra sistemi fiscali diversi ed assicurare maggiore equità nella tassazione. Parliamo delle regole CFC, delle regole sulla deducibilità degli interessi e delle disposizioni che riguardano gli strumenti finanziari e le società ibride (c.d. *Hybrid mismatch arrangements*).

Dal punto di vista dei Governi dei Paesi partecipanti, il progetto BEPS ha anche rappresentato una presa di coscienza e di responsabilità da parte degli Stati stessi che hanno riconosciuto che in alcuni casi le strutture di pianificazione fiscale aggressiva, in particolare quelle che sono diventate famose nei colloqui quotidiani (il c.d. *double irish, dutch sandwich*), sfruttavano caratteristiche del sistema tributario di uno o più Paesi. All'epoca cominciavano a diffondersi per esempio i c.d. *patent box*, spesso rappresentati come incentivo all'innovazione e sostegno alla ricerca scientifica, ma che nella realtà dei fatti rischiavano di ridursi a meccanismi per attirare non attività di ricerca e sviluppo ma i redditi derivanti dall'output di queste attività svolte in altre giurisdizioni.

Ovviamente, anche se nell'ambito BEPS, si può ancora fare di più, e il lavoro sta continuando su alcuni temi, tutto questo non può distogliere l'attenzione dal fatto che in due anni sia stato fatto molto. Il problema che affligge molti di noi è quello dell'immediatezza della risposta: tutto deve avvenire subito, qualsiasi cosa venga fatta ci si aspetta l'immediato risultato conseguente. Stiamo parlando di una riforma della fiscalità internazionale che potremmo ragionevolmente definire epocale e che richiede i suoi tempi. Tempi per l'attuazione e tempi per il monitoraggio e la valutazione dei risultati. Una volta analizzati questi risultati, si potrà tranquillamente arrivare alla conclusione che non è stato fatto abbastanza o che bisogna fare qualcosa di diverso. **In questa prospettiva,**

pertanto, una compiuta e distaccata valutazione del progetto BEPS sembrerebbe prematura. Occorre attendere prima di esprimere valutazioni e giudizi sull'effettivo impatto dello stesso⁹.

4. Le sfide sistemiche della digitalizzazione al sistema tributario

Passando al tema, delle sfide sistemiche al fisco, è utile partire da un chiarimento fondamentale: il progetto BEPS non ha mai preteso di modificare l'allocazione della potestà impositiva tra Stati. Lo stesso piano di azione statuiva in modo chiaro che il lavoro si sarebbe focalizzato soltanto sul BEPS senza pretendere di cambiare gli standard di allocazione della potestà impositiva tra i c.d. paesi della residenza ed i c.d. paesi della fonte.

Quello che si è cercato di fare con il rapporto sull'economia digitale del 2015 (probabilmente senza successo vista la confusione del dibattito attuale) è stato di porre le basi per una riflessione più ampia sui paradigmi della fiscalità nazionale ed internazionale. Tra l'altro il rapporto sull'azione 1 ha anche fornito raccomandazioni in materia di IVA ed in materia di transazioni B2C che nel giro di pochi anni sono state adottate da più di cento Paesi ed hanno avuto risultati significativi anche da un punto di vista del gettito che però non vengono sufficientemente evidenziati. Nell'Unione Europea si stima un gettito aggiuntivo di 3 miliardi oggi versati nei Paesi dove si trova il consumatore finale che prima o non venivano pagati affatto o venivano pagati nel Paese in cui si trovava il venditore, spesso ad un tasso molto basso, con effetti sulla concorrenza nel mercato di riferimento.

Passando alle sfide sistemiche nel campo della fiscalità diretta, queste consistono essenzialmente: (i) nella possibilità di operare in modo capillare in un paese senza necessariamente essere presente fisicamente, (ii) nella crescita esponenziale della c.d. "economia dei dati", ed infine (iii) nella dif-

⁹ P. Saint-Amans e R. Russo, *The BEPS package: promise kept*, in *Bulletin for international taxation*, 2016, n. 4, pp. 236-241.

ficoltà di qualificazione di una serie crescente di transazioni favorite dall'economia digitale. Sono state individuate possibili opzioni tecniche per affrontare le sfide poste dall'economia digitale che vanno oltre BEPS. Il lavoro ha preso in considerazione diverse opzioni per affrontare queste più ampie sfide fiscali e ha analizzato le questioni tecniche che avrebbero sollevato. Ha concluso che le opzioni analizzate, ed in particolare un nuovo concetto di presenza economica significativa, una ritenuta alla fonte su alcuni tipi di transazioni digitali e l'introduzione di un'accisa di perequazione, potevano essere introdotte nell'ordinamento dei paesi che lo ritenessero opportuno, in modo da applicarle nei confronti di Paesi con i quali non era in vigore un trattato contro la doppia imposizione. In altre parole, le tre opzioni non erano tali da poter essere considerate come standard internazionali. Allo stesso tempo, era evidente che il lavoro in questo ambito avrebbe dovuto continuare a livello multilaterale, sia per monitorare possibili sviluppi ed approfondire una serie di questioni tecniche relative alle opzioni sia per monitorare trend quali ad esempio la diffusione dell'internet delle cose, delle stampanti 3D, della *blockchain* e dello sviluppo dell'intelligenza artificiale.

5. Sviluppi nazionali ed internazionali

Il sistema delle *peer review*, e cioè dei controlli da parte degli altri paesi sul rispetto degli impegni presi in ambito OCSE-G20 in tema di abuso dei trattati, di concorrenza fiscale dannosa, ovvero di *country by country reporting* e procedure amichevoli, sta dando i propri frutti.

Le direttive a livello europeo ATAD 1 e ATAD 2 sono forse il miglior esempio della diffusione di queste misure, insieme alla convenzione multilaterale OCSE/G20 e ad una serie di iniziative legislative interne dei paesi OCSE-G20. Alcuni Paesi sono andati oltre, come nel caso delle varie *Diverted Profits Tax* introdotte nel Regno Unito, in Australia, in Nuova Zelanda. Allo stesso tempo la riforma fiscale america-

na sotto molti punti di vista ha scompigliato le carte sul tavolo. Infatti, quando l'OCSE ha pubblicato i rapporti BEPS del 2015, una delle critiche, da parte di coloro che pretendevano un'azione più incisiva, era che non era stato fatto abbastanza in materia di CFC (società estere controllate), che non c'era un livello di incisività tale da portare i paesi all'attuazione. Cosa che poi in realtà si è rivelata errata guardando da un lato alle Direttive ATAD a livello europeo e soprattutto alla riforma Trump negli Stati Uniti. Anche in questo caso ci vorrà tempo per ottenere dei dati e poterli analizzare; però un dato che già oggi è interessante è che nei primi 6 mesi dall'entrata in vigore della riforma Trump, gli investimenti diretti dagli Stati Uniti verso l'Irlanda sono diminuiti del 41%. Questo non significa che gli investimenti diretti siano effettivamente diminuiti del 41%, ma significa che oggi utilizziamo meccanismi di quantificazione degli investimenti diretti che non vanno alla sostanza degli stessi ma si arrestano alla forma.

La riforma Trump, che per molti era inattesa, presenta due elementi di grande novità dal mio punto di vista: GILTI, cioè la super CFC per la tassazione *outbound* e BEAT, cioè una norma antielusiva sul lato *inbound*. Queste due disposizioni sono la rappresentazione plastica, dal mio punto di vista, del fatto che anche gli Stati Uniti considerano che il transfer pricing non è auto-sufficiente e va corroborato da altre regole. Questo costituisce un cambiamento radicale, perché a livello multilaterale le posizioni sono spesso state molto diverse. Posizioni che giustificavano ad esempio l'assenza di regole CFC in alcuni paesi europei con il fatto che la stessa problematica poteva essere affrontata con il transfer pricing. “La fuga in avanti” degli Stati Uniti in questo campo sparglia le carte, tanto più se si considera che rende di fatto ormai ineludibile la discussione in Europa ed in altri contesti del concetto di *minimum tax*, e cioè di un livello minimo di tassazione sul reddito transfrontaliero.

6. Prospettive

Si sta restringendo molto l'ambito della riflessione, anche utilizzando delle categorie che forse andrebbero esse stesse ripensate. Il *focus* del dibattito attuale è infatti sull'imposta sulle società, la creazione del valore e l'allocazione dello stesso tra Paesi. Il motivo va ricercato nella commistione del tema BEPS con quello delle sfide sistemiche poste dalla digitalizzazione, e nella inconscia associazione di idee che esiste tra *big tech companies* e mancato pagamento delle imposte. Come detto in precedenza, per quanto riguarda le tematiche relative all'elusione fiscale, sarebbe il caso di dare tempo al progetto BEPS di manifestare i propri effetti, in modo da poterli valutare in modo obiettivo ex post.

La riprova di questa commistione è che un tributo sotto molti aspetti innovativo come la *Digital Service Tax* in ambito europeo (che è in sostanza l'elaborazione dell'opzione accisa presentata dal rapporto OCSE del 2015) viene rappresentata come una soluzione di breve termine nelle more di un accordo su una soluzione di lungo termine di stampo "reddituale". Non viene cioè vista come una soluzione a sé stante in relazione alla problematica relativa al valore del contributo degli utilizzatori, ma viene semplicemente proposta come una misura temporanea rispetto ad un cambiamento successivo.

Al fine di ampliare le frontiere del dibattito attuale, sarebbe opportuno affrontare perlomeno tre macro-temi: (i) il nesso tra creazione del valore e tassazione; (ii) il rapporto tra fisco e innovazione (iii) il ruolo delle piattaforme digitali come nuovi intermediari fiscali.

6.1. Utilizzatori e creazione del valore

È chiaro, almeno dal mio punto di vista (ma so che alcuni non sono d'accordo), che in alcuni modelli di *business*, soggetti che sono estranei all'impresa, cioè non sono né dipendenti, né consulenti, e non vengono remunerati per l'attività che svolgono attraverso il pagamento di denaro

e la contrattualizzazione del rapporto, contribuiscono in modo significativo alla creazione del valore per la stessa impresa. Tali soggetti vengono spesso definiti *active users* o *prosumers*.

Se partiamo da questo presupposto, la sfida dal punto di vista fiscale sorge perché questo valore creato dagli utilizzatori viene poi monetizzato in forme, tempi e luoghi molto diversi. Esistono svariate forme di monetizzazione, quali ad esempio la vendita dell'informazione a soggetti interessati (ad es. un'azienda farmaceutica è interessata a sapere chi sono i soggetti allergici), l'utilizzo dell'informazione per la vendita di pubblicità mirata, l'utilizzo dell'informazione per incrementare le vendite (hai comprato il libro X forse ti piace anche il libro Y). Allo stesso modo, quel valore può essere monetizzato attraverso l'incremento del valore dell'impresa, come nel caso di *What's app*, che è stata venduta per 19 miliardi di dollari ed è una società che all'epoca aveva circa una dozzina di dipendenti, non aveva mai fatto utili e prevedeva di essere in perdita per i prossimi anni. In quel caso, o sono completamente fuori di senno gli acquirenti oppure c'è del valore che non viene preso in considerazione dalle metriche classiche. Quel qualcosa, secondo me, è il valore degli utilizzatori attivi. I tempi di monetizzazione possono essere nell'immediato o possono essere nel futuro. Infine, i luoghi di monetizzazione possono essere molto lontani dal luogo nel quale si trova il soggetto che ha dato il suo contributo alla creazione del valore dell'impresa.

Se esiste ancora qualcuno che non crede che gli utilizzatori abbiano un valore, basta dirigerlo verso il bilancio di esercizio di una delle grandi tech companies. Ad esempio, una delle più note afferma espressamente “il nostro reddito per utilizzatore da un punto di vista geografico è suddiviso sulla base di quella che noi consideriamo la localizzazione dell'utilizzatore quando l'utilizzatore svolge un'attività che genera reddito”. Se la conclusione alla quale si arriva è dunque che gli utilizzatori creano valore per l'impresa, dovremmo poi domandarci qual è il modo migliore per tassare quel valore.

Da questo punto di vista, la risposta non deve necessariamente essere l'imposta sulle società, né una diversa allocazione degli utili del soggetto multinazionale. Possono, essere prese in considerazione anche altre possibilità, che sono molto più prossime all'imposizione indiretta e che non hanno alcun rapporto con gli utili d'impresa. Il parallelo più calzante è probabilmente quello con le risorse naturali. Quando una società non residente estrae del petrolio dal territorio dello Stato, il fatto che quel petrolio serva a produrre delle buste di plastica, del carburante o venga utilizzato nella propria fabbrica, non ha rilevanza dal punto di vista dell'imposizione indiretta. In altre parole, la soluzione potrebbe essere molto più immediata se si esce fuori dal campo delle imposte dirette.

6.2. Fisco ed innovazione tecnologica

Alcuni Paesi, inclusa l'Italia, hanno introdotto incentivi per la digitalizzazione della catena produttiva mentre altri affermano la necessità di tassare le macchine per compensare la perdita di lavoro che deriva dalla loro introduzione nella catena produttiva¹⁰. Siamo quindi di fronte a politiche fiscali contrapposte: da un lato si afferma di voler favorire la digitalizzazione e quindi si prevedono incentivi fiscali, dall'altro si sostiene che la digitalizzazione crea un problema nel mercato del lavoro e quindi la necessità di tassare i robot, immagino per distribuire una sorta di reddito minimo ai cittadini del paese. Tematiche estremamente interessanti sulle quali non mi sembra che ci sia stato un dibattito approfondito. Sarebbe utile invece affrontare il tema per arrivare a determinare quale sia la migliore scelta di *policy* a livello nazionale ed internazionale e su come il sistema tributario possa accompagnare la transizione tecnologica che stiamo vivendo per evitare che cambiamenti troppo bruschi possano avere degli impatti negativi sulla società nella quale viviamo.

¹⁰ X. Oberson, *Taxing robots? From the emerge of an electronic ability to pay to a tax on robots or the use of robots*, in *World tax journal*, 2017, n. 2, pp. 247-261.

6.3. Le piattaforme come intermediari fiscali

Sotto certi punti di vista, le piattaforme digitali di oggi assomigliano alle banche di decenni fa: hanno una serie di informazioni che sono utili al sistema tributario. Sono i depositari di tre elementi di importanza fondamentale per il fisco: l'identificazione del soggetto, la sua geolocalizzazione ed in alcuni casi, la fornitura di mezzi di pagamento. Esistono enormi opportunità di semplificazione del sistema fiscale attraverso la compartecipazione di questi “nuovi” intermediari, a patto che si affrontino in modo determinato i temi della territorialità e della giurisdizione. La territorialità, perché spesso i detentori delle informazioni si trovano al di fuori dei confini nazionali. Diventa quindi difficile obbligarli a mettere in piedi determinati comportamenti e, nel momento in cui non adempiono, ad applicare idonee sanzioni. Andrebbero probabilmente valutate le esperienze in altri settori quali la lotta al terrorismo, la pedopornografia, per valutare la possibilità di “tagliare” l'accesso al paese alle cui finanze il soggetto ha deciso di non contribuire. È un passo molto lungo, ed è un passo che ha effetti immediati sulla popolazione e quindi ha delle conseguenze politiche che non possono essere sottaciute, però sarebbe perlomeno opportuno lanciare un dibattito su questi temi.

* * *

Concludo con quella che è una citazione attribuita ad Einstein: “*se avessi un'ora per risolvere un problema, impiegherei 55 minuti pensando al problema e 5 minuti pensando alla sua soluzione*”. Nel campo della tassazione nell'era digitale stiamo facendo esattamente l'opposto.

Digital taxation: pillar one and two of the OECD

Table of contents: 1. Introduction – 2. The new taxing rights. Pillar one: revised nexus and profit allocation rules – 2.1 User participation. – a) The Digital Services Tax of the European Union – b) United Kingdom: project of the Digital Services Tax – c) France: Tax on certain services provided by large companies of the digital sector – d) Spain: project of the Tax on Certain Digital Services – e) Italy: Tax on Digital Services – 2.1.1. State aid – 2.2. Significant digital presence and significant economic presence – a) The significant digital presence in the proposal of the European Union – b) The virtual nexus. – c) The apportionment formula – 2.3. Distribution-based approach. Marketing intangibles – 2.3.1. Reasons for criticism related to the marketing intangibles proposal – 3. The erosion of bases. Pillar two: global anti-base erosion – 3.1 United States: the GILTI and the BEAT – 4. Conclusions – 5. Addendum: A Unified Approach. The latest OECD Proposal of October 2019

1. Introduction

Since 2018, the OECD has changed its modest initial positions regarding the action to be taken in the ambit of digital taxation. Probably, this has depended on the projects on digital taxation developed in the EU and on the idea of minimum overall taxation promoted by the US in its tax reform of 2017¹¹.

¹¹ OECD-G20, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 2019.

The G20 of Japan welcomed the OECD Report on the Fiscal Challenges Arising from Digitalization and its leaders expressed their willingness to “*endorse the ambitious work program that consists of a two-pillar approach...*”¹².

Pillar One focuses on the assignment of new taxing rights to the states, on the reform of the rules on the allocation of profits and on the regulation of the nexus (permanent establishment). Pillar Two, which is an evolution of the principle of protection of the tax base, introduces the right of every state to exercise its taxing power (“right to tax back”) when this was not exercised by the primary jurisdiction or when such jurisdiction charged no or low taxes.

The G7 Finance Ministers and Central Bank governors meeting held in Chantilly in July, “*fully supported a two-pillar solution to be adopted by 2020. The G7 looks forward to furthering progress in the context of the G20 and a global agreement on the outlines of the architecture by January 2020*”.

Accordingly, they agreed that:

“*New rules should be developed to address new business models, allowing companies to do business in a territory without any physical presence*” (Ibid.).

“*The new taxing rights... could be determined by reference to criteria reflecting the level of business active participation in a customer or users’ jurisdiction, such as valuable intangibles or employment of highly digitized model...*” (Ibid.).

“*...a minimum level of effective taxation, such as the US GILTI regime, would contribute to ensuring that companies pay their fair share of tax*” (Ibid.).

The first concern of the G7 Finance Ministers is companies’ remote usability of the markets to obtain excess profits that escape taxation. In point of fact, in the absence of a physical or material presence in the

¹² G20, G20 Osaka leaders’ declaration, 2019.

market jurisdiction – thus, in the place in which the user creates the value of the economic activity – the profit of the company tends to vanish.

The second concern is the attribution of the untaxed foreign income to the state of residence of the “effective” parent company, for taxing it or for denying the tax benefits that can favor it. That is, an extension of the international fiscal transparency rules (Controlled Foreign Corporation regime) to prevent the tax base erosion provoked, for example, by the establishment of entities owning intangible capital in zero or low tax jurisdictions or by those companies that increase in an artificial way the deductible expenses for intra-firm loans to entities residing in countries with a standard tax regime.

2. The new taxing rights. Pillar one: revised nexus and profit allocation rules

The digital economy exacerbates the risks of BEPS due to the mobility of new intangibles, remote sales, artificial fragmentation of physical operations in the country in which profits are obtained, and to the shifting of the co-created value through transfer pricing.

Consequently, there is a need to protect the base of the market jurisdiction – by recognizing its power to tax the economic activity that takes place and creates value in its territory (Pillar One) –, as well as the jurisdiction of the “effective” parent company, by catching the profits that were not taxed abroad through the taxation of local subsidiaries (Pillar Two).

The most relevant content of the new taxing rights is the attribution of more power to the market country, namely the jurisdiction in which the consumer/user is located, *“in situations where value is created by a business activity through (possibly remote) participation in that*

jurisdiction that is not recognized in the current framework for allocating profits”¹³.

The OECD describes three proposals for the assignment of the new taxing rights: user participation, significant economic presence and marketing intangibles.

2.1 User participation

User participation is crucial for the creation of digital value, as it implies the supply of personal data, the elaboration of predictive products (profiling) and/or informational goods and the possibility to interact with other users.

In fact, the excess profit (behavioral surplus) of both digital and conventional companies, derives from the regular, systematic and periodic capture of personal and non-personal data, while the active participation of the user capitalizes the brand equity and the market power of the economic agent. In a nutshell, more users mean more market power and economy of scale.

As a consequence, user participation must be considered as a specific manifestation of the ability-to-pay. Data and users are special and unique intangibles; sources of value that must be subject to the profit split. Accordingly, the OECD proposes to modify the residual profit split method and to “*rely on formulas that would approximate the value of users and users of each country, to a business*”¹⁴. This implies a radical change in taxing rights, as these will be shifted from the state of residence to the market jurisdiction in which the user is located.

The profit split consists of two elements. On the one hand, there is the routine profit or ordinary profit of the activity and, on the other, the

¹³ OECD-G20, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, cit..

¹⁴ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Public Consultation Document*, 2019.

residual profit (excess profit). The first is the average return on investment, while the second is the behavioral surplus generated by the special and unique intangible: the personal data. Such excess profit is the amount that remains after having assigned the routine profit.

The aim of the reform of the residual profit split method is to attribute the residual – or excess – profit of certain digital activities by using, as an indicator, the value created by the user participation in the market jurisdiction. In this way, the excess profit will be taxed in the state in which it was generated: *“The MRPS method would allocate to market jurisdictions a portion of an MNE group’s non-routine profit that reflects the value created in markets that is not recognised under the existing profit allocation rules”*¹⁵.

*“Residual profit is highly concentrated among a small number of firms: about one-third of all residual profits accrues to the largest one percent and is also concentrated among firms headquartered in a few economies (notably the U.S., U.K., Japan, China, and Hong Kong SAR)”*¹⁶.

a) The Digital Services Tax of the European Union

The EU Digital Service Tax (DST) is the first example of a – draft – tax that considers the central role of the user in the creation of digital value¹⁷.

The tax design aims at catching those digitized activities that cannot exist without the monetization of users’ contribution. In fact, the axis of the DST is the the value obtained by those who manage the traffic of users' personal data.

This is not an indirect tax on turnover, but a direct tax on gross income. It can be said that it is a tax focused on a specific profit of the

¹⁵ OECD-G20, *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, cit..

¹⁶ IMF, *IMF Policy paper: Corporate taxation in the global economy*, available at <http://www.imf.org/external/np/sec/misc/qualifiers.htm>, 2019.

¹⁷ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, COM(2018)148.

company, different from the corporate tax, that can be assimilated to royalties and to the taxes on the extraction of natural resources – but in this case the resource is the personal data –: *“Like these other taxes, the DST takes a view about where profit is located and is specifically tailored to taxing such profit”*¹⁸.

The taxable event is the total income obtained by an entity for the performance of digital services – in the EU – derived from the monetization of the user contribution.

The tax period is the calendar year in which the income has been accrued and the tax base is the gross income earned during the tax year.

“The revenues included in the scope of this tax (taxable revenues) would be those derived from the provision of any of the following services (taxable services), as set out in Article 3(1):

- *services consisting in the placing on a digital interface of advertising targeted at users of that interface; as well as the transmission of data collected about users which has been generated from such users' activities on digital interfaces;*
- *services consisting in the making available of multi-sided digital interfaces to users, which may also be referred to as “intermediation services”, which allow users to find other users and to interact with them, and which may also facilitate the provision of underlying supplies of goods or services directly between users”*¹⁹.

Nevertheless, the DST does not consider within its scope the services consisting in the supply of digital content such as video, audio or texts made by the entity through the digital interface, since *“it is less*

¹⁸ W. Cui, *The Superiority of the Digital Service Tax over Significant Digital Presence Proposals*, available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3427313, 2019.

¹⁹ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, cit..

clear that the user plays a central role in the creation of value for the company supplying the digital content”²⁰.

This is quite surprising. If the objective is the monetization of the value of users’ personal data, why the value of such contribution in the ambit of the e-commerce should be excluded? The e-commerce allows companies to obtain personal data through users’ access to the digital interface and transactions and, when it comes to data, the access is probably more profitable than the singular transaction itself. The value is in the data, whatever the ways of procuring them.

The reason of such exclusion seems very clear to the EU Legislator: *“DST is therefore not a tax on the collection of data, or the use of data collected by a business for the internal purposes of that business, or the sharing of data collected by a business with other parties for free. What DST targets is the transmission for consideration of data obtained from a very specific activity (users’ activities on digital interfaces)”²¹.*

Declaring that DST’s aim is to monetize the contribution of the user and, immediately later, rectifying the scope, is completely contradictory: there is no doubt that the Big Data analysis monetizes each and every personal data for the elaboration of predictive products, regardless of whether they derive from the e-commerce or are harvested for “internal”, inscrutable purposes of the company that owns them or shares them with others. The informational good is never for free when it is employed.

These arguments pave the way to two important concepts. The first is that no data can be excluded from the scope of the tax, as digitization is a complete machine that changes the entire market economy by extracting, storing and processing data. Both the new economy and the conventional economy have discovered and use data to create their

²⁰ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, cit..

²¹ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, cit..

behavioral surplus²². This is true for online platforms and online search engines, as well as for the pharmaceutical industry or the automotive sector. The excess profit is not a peculiarity of digital companies; thus, taxes shall be levied on every economic organization that obtains excess profits through the capture of personal data, even when this is not their exclusive economic purpose.

The development of predictive products is not and cannot be limited to digital or virtual goods. Its methods expand and are shared by the – conventional – economy specialized in physical and material goods²³.

The second concept is that the data, whatever its origin, serves profiling, the regular programming of predictive products that are elaborated through users' personal and non-personal data, either for lucrative reasons – excess profits – or for purposes of domain, surveillance and control.

The target of the DST is the systematic accumulation and the usual monitoring of personal data derived from digitalization, even though it is principally focused on precision propaganda and companies with a high digital significance. A wider version should aim at the inclusion of every kind of economic activity performed with digital support, because when the data is used for the purchase of a vehicle, a movie or a text, surveillance procedures are exactly the same. The problem lies in the capture, the storage, the profiling, the development of predictive products and – last but not least – in robotics, since this is a key element of the automation.

DST's taxpayers are those entities, with or without legal personality, that carry out a business activity and whose income overcomes two thresholds:

- The amount of worldwide income of the last tax year exceeds 750 million euros; and

²² S. Zuboff, *The Secrets of Surveillance Capitalism*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, May 5, 2016.

²³ S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Bari, 2018.

- The total amount of taxable income within the EU exceeds 50 million euros.

The first threshold limits the number of taxpayers to involve only large organizations that base their activities on network effects and exploitation of the Big Data: *“Such business models, which lead to higher differences between where profits are taxed and where value is created, are those falling within the scope of the tax”*²⁴.

The selection of large taxpayers is motivated by two reasons. The first is that such companies demonstrate ability-to-pay for their aptitude to attract a large number of users; the second is their tendency to the aggressive tax planning and the abuse of law.

It is important to remark that the aptitude to attract users is a clear indicator of ability-to-pay, as it identifies in the accumulation of data the necessary condition for elaborating predictive products. Therefore, personal data become quantifiable in the tax base, because they can have an economic value²⁵.

The second threshold limits the application of the tax to those cases in which there is a “significant digital footprint” at the EU level; namely, the income derived from the provision of digital services, the number of users or the number of contracts.

This approach recalls the idea of a users’ attraction aimed at profiling their personal data and the systematic and usual monitoring of their activities. That is, from the collection to the development of predictive products.

The estimated number of taxpayers ranges from 120 to 150 companies: half of them are headquartered in the US, one third in the EU and the rest in Asia²⁶.

²⁴ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, cit..

²⁵ T. Rosembuj, *Inteligencia Artificial e Impuesto*, Barcellona, 2018.

²⁶ S.S. Johnston, *European Commission Proposes Stopgap Tax on Digital*

The DST is charged by the State in which users are located. This is the place in which users create the value, regardless of whether they had – economically – contributed to the generation of income for the company or not. The access defined by the user's Internet Protocol is enough for identifying the creation of value, even when it is for free.

The EU project is precise in the definition of the place of taxation: *“Taxable revenues obtained by an entity in a tax period shall be treated for the purposes of this Directive as obtained in a Member State in that tax period if users with respect to the taxable service are located in that Member State in that tax period”*²⁷.

The criterion applicable to online advertising is the number of times an advertisement appeared on the user's device in a tax period in a Member State; in other words, the placing of adverts on a digital interface related to the data of a user accessing from a Member State.

The criteria applicable to intermediation services are:

- If the service allows underlying transaction involving the provision of goods and services between users, the allocation of taxable revenues in a tax period to a Member State is made according to the number of users who conclude such a transaction in that tax period while using a device in that Member State;
- If transactions involving the provision of goods and services are not allowed, the allocation of taxable revenues is made in accordance with the number of users who, in that tax period, hold an account that was opened using a device in that Member State.

The DST anticipates the need for a formula to distribute the taxable revenue between the Member States, which should be applied after an

Activities, in *Tax Notes International and Worldwide Tax Daily and BEPS Expert: News Stories*, March 22, 2018.

²⁷ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, cit..

assessment of the tax base similar to the CCCTB (*Common Consolidated Corporate Tax Base*).

The DST promotes tax harmonization between Member States and it does not aim at taxing the companies that operate in different jurisdictions more than those whose activities take place in a single jurisdiction. Accordingly, the common base would imply the use of a single measure of quantification of the taxable income generated in the whole EU. Once the base is estimated, this will be distributed among the Member States.

The taxable income whose source consists of users located in different Member States or in other non-member States is distributed proportionally and according to the type of service. The distribution is made according to: number of social networks' users; number of times an advertisement appears on the user's device; transactions concluded on digital platforms; and, when it comes to the transmission of personal data, the number of users.

Such distribution is a formulary apportionment based on the criterion of users' location with respect to taxable services. Thus, it is directly related to the digital presence in each territory or to the significant economic presence – in each Member State – of the digital service provider group.

*“The commission contemplates allocation of the group’s European revenues among EU member countries according to number of users for social media, transactions for platforms with transactions, number of times an ad appeared and number of users whose information is sold when information is sold. Readers will recognize formulary apportionment”*²⁸.

The place of taxation of the DST present the location of the users as a solution to establish the nexus of the virtual permanent establishment.

²⁸ L.A. Sheppard, News Analysis: Five Takeaways From the Digital Tax Debate. *Worldwide Tax Daily and Tax Notes: News Analysis*, March 26, 2018.

The DST is applicable by a Member State for the proportion of taxable income obtained during the tax period through the users of such state (in this way the taxable income is considered obtained therein).

The tax rate is 3%.

The taxpayer is responsible for the payment of the tax and for the formal duties of identification and declaration. In order to manage the administrative aspects related to this tax, the Directive introduces a One-Stop-Shop (OSS) simplification mechanism; a single contact point (the Member State of identification) through which all DST obligations can be fulfilled. *“That Member State of identification is responsible to share that information with the other Member States where DST is due, as well as to transfer the proportion of DST collected on behalf of such other Member States”*²⁹.

Every Member State must adopt the necessary measures to prevent tax evasion, avoidance, and abuse of the DST. Tax verification and inspections are regulated by the law of each Member State.

The DST proposal was rejected by Sweden, Finland, Denmark, and Ireland, while the other twenty-four Member States supported it. As a consequence, some Member States decided to take individual actions and, among them, there are UK, France, Spain and Italy.

b) United Kingdom: project of the Digital Services Tax

UK carried out a deep reflection and intense consultations, before making public its proposal to tax certain digital services.

The core of the measure, which is still awaiting approval, is the exam of users' participation. In point of fact, it considers users' commitment and active contribution as the primary source of value creation of the digital economy³⁰.

²⁹ European Commission, *Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*, cit..

³⁰ HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: position paper update*, 2018.

The user establishes a strong relationship with digital platforms, and this allows companies to make their own interests through a tailor-made adjustment of users' behavior. At the same time, such enterprises are able *“to generate valuable data on users' behaviors, interests and consumption habits through the intensive monitoring of their engagement with the platform”*³¹.

The value of the digital user is higher when the number of users grows. As the number of users rises, the economy of scale increases and the marginal costs decrease, because the user's activity is strictly related to the interaction with the others.

Moreover, the participation of the user leads to an increase in the reputational capital of the platform, especially in the value of its brand equity. The greatest value of marketing intangibles originates from the massive concurrence of buyers and sellers –users that attract other users to the platform – who have no control over the platform and the quality of goods and services being provided.

The main targets of the measure are: social networks, search engines, intermediation platforms and online content providers. Social networks are defined as *“platforms that facilitate the interaction of users that create and share their own content”*³². The business model of these platforms is based on the ability to attract users and to generate profits from users' data.

Search engines are platforms offering services that connect users with other creators of contents or information and are usually integrated with other functions that rely on user participation.

Intermediation platforms – sharing economy platforms, online marketplaces, app-stores –, are platforms that connect two groups of users who *“provide content and critical mass of supply and demand”*. Then, there are the online content providers, which are *“platforms that provide content online, either through acquiring rights to distribute the*

³¹ HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: position paper update*, cit..

³² HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: position paper update*, cit..

*content created by third parties/other users or delivering self-developed content*³³.

The measure should tax the income derived from the following business activities:

- advertising directed at a user base, built on an online service, through the monitoring of their activities and the collection of their personal data;
- advertising directed at a user base, built on an online platform that allows them to share content, through the monitoring of their activities and the collection of their personal data;
- provision of an online marketplace that generates a commission from bringing together a third-party buyer and seller of goods or digital services;
- creation of a user base on an online platform to take a commission from matching users' common interests.

The design of the British DST aims at identifying tax revenue whose material value depends on the participation of the user. This means individuating the business activities that obtain their value from the participation of the user – e.g. in-scope activities like social networks, search engines, intermediation platforms and online content providers – and taxing the income they generate.

*“For these business models, the government believes that user participation provides a valuable and integral function in terms of providing data, building the brand and increasing the utility of other users, thus helping to build scale and market power”*³⁴.

The DST proposed by the UK promotes the division of the profit for its attribution to the appropriate jurisdiction (*profit split*): the local or market jurisdiction. The creation of value by the local user is the residual profit; the excess profit deriving from digital economic

³³ HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: position paper update*, cit..

³⁴ HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: position paper*, 2017.

activities. This is the profit that remains after the attribution of the routine profit, namely the profit that is not related to the intangibles owned by the multinational company (i.e. marketing intangibles, brand equity, trademark, patents, know-how, copyright and, in particular, the new intangibles).

In the British perspective, the main companies within the multinational group qualify as owners of a residual profit that cannot be compared with any other profit in the market, as it is generated through users' participation and includes the excess value of the marketing intangibles.

The percentage of residual profit is based on the identification of active users or on the income attributable to the users of every market country. In fact, the assessment of taxable revenues is always linked to the participation of the user in the United Kingdom³⁵.

The DST would apply a 2% tax rate on the income of certain types of digital companies, provided that they are linked to users located in the United Kingdom. The company would be taxed only if:

- its yearly income exceeds 500 million pounds; and
- its activities in the UK generate more than 25 million pounds of profits.

“If a social media platform generates revenues from targeting adverts at UK users, the government will apply a 2% tax to those revenues. If a marketplace generates commission by facilitating a transaction between UK users, the government will apply a 2% tax to those revenues. If a search engine generates revenues from displaying advertising against the result of key search terms inputted by UK users, the government will apply a 2% tax to those revenues”³⁶.

³⁵ S. Bhogal, *Can the U.K. Digital Services Tax Address the Digital Economy?*, in *Tax Notes International*, June 24, 2019, pp. 1307-1312.

³⁶ HM Treasury, *Budget 2018: Digital Services Tax*, 2018.

The place of taxation is the place in which users are located. Therefore, the link is not the physical or material presence, but the significant economic activity in the market jurisdiction, which, in spite of being remote, is represented by the value created by the users in relation to certain economic activities.

c) France: Tax on certain services provided by large companies of the digital sector

The Law n. 2019-759 of the 24th of July 2019 introduced in the French Tax Code the tax on certain services provided by large companies in the digital sector (*Taxe sur certains services fournis par large entreprises du secteur numérique*).

The target of tax is the gross income obtained by large digital companies through the provision of services characterized by the importance of the user for the creation of value: “*une taxe sur les produits bruts tirés de certains services numériques fournis par les grands groupes du secteur caractérisés par l’importance de l’internaute dans la création de valeur... Les services taxés se caractérisent par une capacité contributive particulière, tirée de la valorisation de l’activité des internautes*”³⁷.

The purpose of the tax is to tax those digital services whose value is created by the users located in France, because of the exploitation of their data.

The tax focusses on two categories of services:

- The provision, by means of electronic communications, of a digital interface which enables users to contact other users and to interact with them, particularly with a view to the delivery of goods or the provision of services directly between those users;

³⁷ Assemblée Nationale, *Projet de loi No1737 portant création d’une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l’impôt sur les sociétés*, 2019.

- Services marketed to advertisers, or their agents, which aim at placing on a digital interface some targeted advertising messages that are based on data related to the user who consults it and collected or generated during the consultation of such interfaces. Such services may include, but are not limited to, purchasing, storing and advertising, advertising control and performance measurement services, and user data management and transmission services.

The provision of a digital interface is not subject to tax when the digital interface is principally employed to supply users with: digital content; communications services and/or payment services, since it is considered that the business model of such digital interfaces relies on the availability of a specific good or service and on the completion of a previously committed operation³⁸. Other services that are excluded from the scope of the tax –provided they are true to their purpose– are: subscription services, computerized booking systems, regulated financial services and related services of delivery or storage.

The companies that are subject to this tax are those with:

- a gross income in return for digital services – deductions excluded – that exceeds 750 million euros worldwide; and
- a gross income in return for digital services – deductions excluded – obtained in France that exceeds 25 million euros.

The tax rate is 3%.

Declaration, collection and control are regulated according to the norms on turnover taxation. Companies belonging to a group can opt for a centralized system of declaration and payment.

The temporal aspect of the taxable event takes into consideration the taxpayer's annual ability-to-pay; the tax year in which the company

³⁸ Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés*, 2019.

obtained the income in return for the provision of the taxable digital services in France.

The main criterion of territoriality is the user's access to a digital interface through a device located in France, whatever the place of establishment of the economic agent (in France or abroad). Intermediation services through the digital interface that allows users to deliver goods and services are deemed to be carried out in France when operations have been concluded by users located in France during the tax period. If the digital interface does not allow these transactions, the intermediation service is deemed to be realized in France when the user has an account opened in France during the tax year or previously, which allows the access to the services of the interface. Advertising services are deemed to take place in France when the data of a user who access a digital interface from France are used for placing the advert on such interface.

d) Spain: project of the Tax on Certain Digital Services

On January 25, 2019 Spain presented a draft law regarding a Tax on Certain Digital Services (*Proyecto de Ley del Impuesto sobre determinados servicios digitales*), which clearly reflects the influence of the EU Draft Directive on the DST that is still awaiting approval.

The tax targets the digital services that cannot be carried out –in their current form– without the involvement of the users; in particular:

- the inclusion in a digital interface of advertising directed at its users (online advertising services);
- the provision of multifaceted digital interfaces that allow users to find other users or interact with them, and/or facilitate the supply of underlying goods and/or services between these users (online intermediation services);
- the transmission, including the sale or transfer of the users' collected data that have been generated during their activity in the digital interface (data transmission services).

The taxable event is the provision of digital services in the Spanish territory. The accrual of the tax takes place when the operations subject to tax are performed, carried out or realized by the company.

The profits that are not subject to tax are those deriving from:

- sales of goods or services for which the provider does not act as an intermediary and retail e-commerce activities;
- provision of digital content, communication services or payment services;
- supply of underlying goods and/or services among users in an online intermediation service;
- regulated financial services;
- provision of data transmission services by regulated financial entities;
- provision of digital services between entities that belong to the same group with a 100% participation.

The place of performance of the services is the place in which users are located, regardless of whether they paid the services or not. Users' location is determined according to the IP address (Internet Protocol) related to their devices.

The taxpayers are companies and entities that on the first day of the tax year overcome the following threshold:

- the net amount of turnover in the previous tax year exceeds 750 million euros; and
- the total amount of income derived from the provision of digital services in the Spanish territory in the previous tax year exceeds 3 million euros.

The first threshold highlights the large size digital taxpayers, their wide network of users and huge market power. The second limits the application of the tax to those cases in which there is a significant digital footprint (significant economic presence).

In the case of entities belonging to a group, the thresholds' amounts to consider must regard the whole group. To this end, the first threshold will be the one defined by the EU Law for the mandatory automatic exchange of information, which establishes the declaration related to the Country-by-Country Reporting, and by the international norms of the Project on BEPS regarding the documentation on transfer pricing and Country-by-Country Reporting (Action 13). The second threshold will be determined without excluding the provision of digital services between entities of the same group.

If the group exceeds these two thresholds, all entities under its control that realize the taxable event are considered taxpayers, regardless of whether each of them overcome the threshold of 3 million euros or not.

The tax rate is 3% and the tax base is determined as follows:

- Advertising services: the proportion that represents the number of times in which the advertising appears on the devices located in the Spanish territory, against the total number of times in which said advertising appears on any device and in any place, is applied on the total income obtained by the company.
- Intermediation services in which there are provisions of underlying goods and/or services between users: the proportion that represents the number of users located in the Spanish territory, against the total number of users involved in that service in any place, is applied on the total income obtained by the company.
- Other intermediation services: the tax base is determined according to the total income directly derived from users when the accounts that allow access to the digital interface have been opened through a device located in the Spanish territory.
- Data transmission services: the proportion that represents the number of users located in the Spanish territory who have generated the data, against the total number of users in any place, is applied on the total income obtained by the company.

The draft law shows that Spain supports and agrees with the DST proposal of the EU. Nevertheless, given the delay in the adoption of the relative Directive, this country has decided to opt for a unilateral solution allowing the exercise of the legitimate right to tax the value that companies obtain thanks to users and data located in Spain. This has been clearly

stated in the “Exhibition of Motivations” included at the beginning of the draft law, but the same introductory explanations involve some ambiguous concepts as well.

For example, it was argued that the tax is not a tax on income or wealth, because it does not take into account the characteristics of the service provider; including its ability-to-pay. This is a mistake, because the large size of the taxpayer highlighted by the thresholds is a significant element for their identification and qualification. To support the thesis that it is not a tax on income or wealth it would have been more appropriate to allege that it considers the gross income –instead of the net income or net profits or returns calculated after the deduction of expenses–, which is typical in those taxes. Additionally, it could have been remarked that the draft law does not provide for a mechanism for integrating the DST in the income or corporate tax.

However, the idea that it is an indirect tax, which has been exposed in the motivations, does not cease to raise doubts either. This is because the gross revenue may approximate it, in substance, to a direct tax, based – like the Equivalence Tax of India – on an absolute presumption of income or on a specific income: the digital revenue.

e) Italy: Tax on Digital Services

The Italian Budget Law n. 145/2018 of the 30th of December 2018, introduced a tax on digital services, which will enter into force in January 2021.

The taxpayer is the company that, at the individual or at the group level, obtains during a calendar year:

- a total amount of worldwide income exceeding 750 million euros; and
- an amount of income derived from digital services provided in the Italian territory that exceeds 5,5 million euros.

The legislator does not explain in detail if the worldwide total income of the taxpayer must derive exclusively or predominantly from digital services; this is established only in the threshold of the local income. However, the nature of tax and taxpayers leads to interpret that the amount of total income should derive from digital services too, since these are, after all, the targets of the tax.

The tax is levied on the income resulting from the following digital services:

- conveyance on a digital interface of advertising directed at users of the same interface;
- provision of a multilateral digital interface that allows users to be in touch and interact, also for facilitating the direct supply of goods and services;
- transmission of the data collected from users and generated by the use of a digital interface.

The income derived from intra-group services is not subject to tax

The taxable revenue includes costs and excludes the amounts paid to comply with VAT and other indirect tax obligations. The tax period corresponds to the calendar year.

The digital service is taxed if the user is located in the Italian territory. The main criterion to establish where the user is located is the identification of the place in which s/he used a device to access the taxable digital services during the tax period.

The tax rate is 3%.

2.1.1 State aid

One of the emerging and shared concerns related to the introduction of DSTs is the likelihood of conflicts with the concept of “state aid” (Art. 107 of the Treaty on the Functioning of the EU). In particular, this can be deduced from some reflections that have regarded the French tax and, in general, the project of the EU.

State aid implies a public intervention through public resources that disrupts the trade between Member States by conferring a selective advantage on recipients, which can lead to distortions or threats to the fair competition.

Measures considered as state aid are aimed, directly or indirectly, at favoring certain companies or at providing them with an economic advantage that they would not have achieved under normal market conditions. Even when state aid does not consist of budgetary subsidies, it places the recipient in a more favorable financial position than that of other competitors, e.g. accelerated amortizations, reduced tax rates, tax profits.

The tax advantage brought by a measure is not selective when it applies without distinctions to all economic operators. This can be determined by finding out if the tax advantage has been discriminatory with respect to the standard tax treatments applicable in the Member State. In the absence of a legal or factual justification regarding the provision of different treatments to companies – and unless it results from the application of basic principles of the tax system –, it is assumed that the tax advantage is unfair.

Some scholars believe that discriminations based on the size of the company can lead to disguised national discrimination. Additionally, they argue that turnover taxes on digital services violate the principles of state aid and freedom of establishment.

“While the principal intent of DSTs may be to discriminate against U.S. multinationals, states adopting them presumably also intend to

*discriminate against the EU subsidiaries of U.S. multinationals. The fundamental freedoms protect such subsidiaries from such discrimination...because they are intended to and, as applied by individual Member States likely would, burden mostly non-resident companies*³⁹.

This approach should be considered wrong, because there is no direct relationship between state aid and unequal treatment between taxpayers of different size. The presence of tax discrimination depends on the configuration of the constitutional duty to contribute to the public expenditure of each Member State and on how they apply the ability-to-pay principle. If taxpayers with a different ability-to-pay receive a different tax treatment, there is neither a violation of the rules on the freedom of establishment nor a breach of the principle of state aid.

According to the Advocate General Kokott: *“If the same tax is payable for identical turnover, there is no distortion of competition. If a higher tax is payable for higher turnover, the same ‘unequal treatment’ exists as where higher tax is payable for higher profit... The volume of turnover indicates (without manifest error at least) a certain financial. Accordingly, as the Commission itself shows with the proposal for a digital services tax, turnover can also be seen as a (slightly rougher) indicator of greater economic power, and thus greater financial capacity*”⁴⁰.

Net income is not the only valid indicator of ability-to-pay and financial capacity. The turnover is a plausible indicator of ability-to-pay too. The ability-to-pay is recognized by the EU case law as a principle that favors the coherence of the tax system with the principles of the Welfare State (Art. 3(3) of the Treaty on European Union). Accordingly, the Advocate General Kokott affirmed that: *“it would not therefore appear unreasonable to regard turnover, as a reflection of an*

³⁹ R. Mason-L. Parada, *The Illegality of Digital Services Taxes Under EU Law: Size Matters*, in *Virginia Law and Economics Research Paper*, 2018, p. 16.

⁴⁰ ECJ, Opinion of the Advocate General Kokott on the Case C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt. VS Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, July 4, 2019.

undertaking's size or market position and potential profits, also as a reflection of its financial capacity and to tax it on that basis. Consequently, the general presumption evidently made by the Hungarian legislature that, as a rule, larger (higher-turnover) undertakings also have more financial capacity than smaller undertakings is in any case not manifestly incorrect. The (private) banking sector also differentiates in lending operations according to the volume of turnover of the borrower. Even the planned EU digital services tax appears to be based on this presumption if only undertakings from a certain turnover limit are to be taxed (regardless of whether they actually generate profits). Therefore, turnover is perhaps not an ideal indicator, but neither is it an irrelevant indicator of financial capacity”⁴¹.

A different economic standing, expressed by the turnover, indicates a diverse ability-to-pay that justifies the disparity in treatment. To a higher ability-to-pay must correspond a greater contribution to the public spending and this is totally compatible with the EU Law.

“This is also consistent with the approach taken by the Commission in the planned EU-wide digital services tax. The Commission is also attempting to obtain a greater contribution to public costs from multinational undertakings (in that case primarily from certain non-member countries) if they generate profits within the EU, without being subject to income tax there. If the Commission considers a turnover-based progressive tax for certain undertakings to be necessary in order to ensure fair taxation between larger, globally operating undertakings and smaller undertakings operating (only) throughout Europe, a comparable national tax which seeks to obtain a greater contribution to the public burden from larger undertakings than from smaller undertakings can hardly, in principle, constitute an abuse of rights”⁴².

⁴¹ ECJ, Opinion of the Advocate General Kokott on the Case C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt. VS Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, July 4, 2019.

⁴² ECJ, Opinion of the Advocate General Kokott on the Case C-323/18, *Tesco-*

Moreover, the Advocate General of the Court of Justice of the EU has pointed out that the taxation on turnover prevents the aggressive tax planning aimed at the erosion of tax base and at the displacement of profits even better than the taxes on profits: *“In addition, turnover is in some ways even more appropriate than profit for representing an undertaking’s financial capacity. Unlike profit, turnover is much less amenable to reduction by decreasing the taxable amount or shifting profits, for example using transfer prices. Focusing on turnover can therefore also be an effective means of countering aggressive tax planning, as the Commission rightly stresses in connection with its proposed turnover-based digital services tax”*⁴³.

The European Commission considers that the progressive taxes on turnover introduced by Hungary on advertising services and by Poland on retail trade constitute state aid as long as they do not tax or tax at a reduced rate, certain companies, because they may favor some taxpayers to the detriment of others that are in similar factual circumstances and have an analogous legal status⁴⁴. The decisions were controversial to the point that the General Court of the EU decided to annul them⁴⁵.

In point of fact, according to the Court *“a variation criterion taking the form of progressive taxation above a certain threshold – even if that*

Global Áruházak Zrt. VS Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága, July 4, 2019.

⁴³ ECJ, Opinion of the Advocate General Kokott on the Case C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt. VS Nemzeti Adó- és Vámhivatal Fellebbviteli Igazgatósága*, July 4, 2019.

⁴⁴ European Commission, *Commission Decision (EU) 2017/329 of 4 November 2016 on the measure SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover*; European Commission, *Commission Decision (EU) 2018/160 of 30 June 2017 on the State aid SA.44351 (2016/C) (ex 2016/NN) implemented by Poland for the tax on the retail sector*.

⁴⁵ EGC, *Judgment of the General Court (Ninth Chamber, Extended Composition) of 16 May 2019 Republic of Poland VS European Commission, Joined Cases T-836/16 and T-624/17*; EGC, *Judgment of the General Court (Ninth Chamber) of 27 June 2019 Hungary VS European Commission, Case T-20/17*.

threshold is a high one – which may reflect the wish to tax an undertaking's activity only when that activity reaches a certain level, does not in itself imply the existence of a selective advantage”⁴⁶.

Similarly, in France, the Conseil d'État discarded the assumption that the DST constitutes state aid, because it considers that the definition of taxpayer is based on a specific model of large company that takes into account users' contribution to the business activity.

“...les entreprises entrant dans le champ d'application de la taxe ne sont pas dans une situation objectivement comparable à celles qui en sont exclues en raison de leur taille, compte tenu du modèle économique spécifique sur lequel leur activité repose”⁴⁷.

The configuration of the taxpayer on the basis of size or economic dimension does not constitute disguised national discrimination. The discrimination of large companies –with respect to smaller entities – is easily and objectively verifiable by applying the principles that guide the national tax system.

“Le Conseil d'État considère dès lors que si le projet de taxe affecte majoritairement des redevables non-nationaux, c'est en raison de la capacité contributive particulière qu'ils tirent de l'ampleur de leurs activités et qui les place dans une situation non comparable aux opérateurs de plus petite taille au regard de l'objet de la loi”⁴⁸.

In conclusion, the DST does not seem to undermine the principle of state aid, as it reflects the idea that to a greater ability-to-pay corresponds a higher tax.

⁴⁶ EGC, *Judgment of the General Court (Ninth Chamber, Extended Composition) of 16 May 2019 Republic of Poland VS European Commission, Joined Cases T-836/16 and T-624/17*.

⁴⁷ Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés*, cit..

⁴⁸ Conseil d'État, *Avis sur un projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés*, cit..

2.2 Significant digital presence and significant economic presence

The significant digital or economic presence implies a nexus between the company and the market jurisdiction that identify the presence factor even in the absence of a physical or material presence.

a) The significant digital presence in the proposal of the European Union

The significant digital presence is the concept that aims at defining the permanent establishment of digital services and at subjecting them to the corporate tax of each Member State.

The EU proposed specific rules for the corporate taxation of a significant digital presence.

The targeted activities are:

- the collection, storage, processing, analysis, deployment and sale of user-level data;
- the collection, storage, processing and display of user-generated content;
- the sale of online advertising space;
- the making available of third-party created content on a digital marketplace;
- the supply of any digital service not previously listed.

The significant digital presence shall be considered to exist in a Member State, in a tax period, if the business activity consists wholly or partly of the supply of the aforementioned services through a digital interface, and one or more of the following conditions is met:

- the proportion of total revenues obtained in that tax period and resulting from the supply of digital services to users located in that Member State exceeds 7 million euros;
- the number of users of one or more digital services who are located in that Member State in that tax period exceeds 100.000;

- the number of business contracts for the provision of digital services that are concluded in that tax period by users located in that Member State exceeds 3.000.

The idea is that the company must pay its tax in the Member States in which it has a significant digital – economic – presence, although it lacks physical presence. Accordingly, the presence factor is identified through the income obtained from digital services, the number of users and/or of contracts for digital services.

“Non-residents for taxation purposes become liable to tax in a country only if they have a presence that amounts to a permanent establishment there. However, such rules fail to capture the global reach of digital activities where physical presence is not a requirement anymore in order to be able to supply digital services. New indicators for significant economic presence are therefore required in order to establish taxing rights in relation to the new digitalised business models”⁴⁹.

In parallel, the proposal lays down new standards for the attribution of profits to a digital company, based on development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of intangible assets in the realization of the significant economic activity of the digital presence. The intangible assets in evidence are the use of personal data and the profiling for persuasion, motivation and behavior’s manipulation. This synthesizes the idea of value creation and behavioral surplus – excess profits – of the digital company. *“The current rules...do not reflect the fact that digital business models have different characteristics than traditional ones in terms of how value is created...The digital economy relies heavily on intangible assets such as user data and advances data analytics methods in order to extract value from user data. These*

⁴⁹ European Commission, *Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*, COM(2018)147.

*business patterns are becoming more and more the value drivers within multinational groups and are difficult to value*⁵⁰.

b) The virtual nexus

The starting point of the concept of virtual nexus is fundamental: the permanent establishment must recognize the changes produced by automation, by enabling each state to tax the economic presence of the non-resident in its territory, even if it does not have a material presence and, at the same time, update – if not profoundly change – the rules on transfer pricing and allocation of profits *“to tax profits where the value is digitally created without physical presence”*⁵¹.

The significant presence would be functionally equivalent to the economic presence, and not to the physical presence. This implies an idea of market usability through a business model that is not material – although this is not excluded –; it focusses on obtaining profits from the use of data and local users by means of remote sales. Accordingly, the intentional connection aimed at taking advantage of the market appears as a sufficient condition for taxing the company. Therefore, the appropriate denomination would be “significant economic presence”, rather than the significant digital presence.

The virtual nexus disrupts the traditional and conventional notion of permanent establishment that has led, for more than a hundred years, to restrict the taxation at source by favoring the state of residence of the parent company. This is relevant not only to the treaties to avoid double taxation and non-subjection; by allowing the fiscal access to income and market profits without physical or material presence, the potential

⁵⁰ European Commission, *Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*, cit..

⁵¹ Council of the EU, *Meeting document on the “Challenges of the digital economy for direct taxation - State of play and the way forward”* (11 October 2017). From: Presidency. To: Working Party on Tax Questions (Direct Taxation – CCTB).

absence of any type of business function or risk in the source territory will be revealed.

As regards the attribution of profits between jurisdictions, preference is given to the application of an apportionment formula (CCCTB) and, as an alternative, to the division of the profit between routine and residual profits (residual profit split method).

The user is the most important intangible asset and, therefore, the force that attracts to the state – in which the user is located – the value creation from which taxable excess – or residual – profits derive. That is, the special and unique intangible that determines the significant digital or economic presence.

“It follows that the functions related to the development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of unique intangibles would be typical to a significant digital presence. Each of the economically significant activities contributes to the value creation in the digital business models in a unique manner and is an integral part of these models. The profit split method would therefore often be considered as the most appropriate method to attribute profits to the significant digital presence”⁵².

According to the OECD, the significant economic presence should be *“based on factors that evidence a purposeful and sustained interaction with the jurisdiction via digital technology and other automated means”* such as: billing and collection in local currency; the maintenance of a website in a local language or the responsibility for the final delivery of goods to customers⁵³. Among presence factors, the OECD included the *“sustained marketing and sales promotion activities”* and this a mistake, because such activities are remote and cannot be an indicator of presence in a jurisdiction.

⁵² European Commission, *Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence*, cit..

⁵³ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Public Consultation Document*, 2019.

The digital interaction in intra-firm operations leads to the irrelevance of the at arm's length method (normal market value), as the parts and the totality of a global organization cannot be objectively separated, differentiated and compared as if they were independent companies. Therefore, the non-existent comparison should be replaced by profit split methods or by an apportionment formula – characterized by the absence of comparables – that would be applied when it is impossible to determine a profit according to the market value.

As a matter of fact, an attribution of the residual profit based on participants, functions, risks and resources would reveal the value created by the interdependence and the combination

between the parts of a multinational company, regardless of the normal market value. From this perspective, the division of the residual profit (profit split) appears closer to the apportionment formula than to the arm's length.

*“...in the formative League of Nations debates, the International Chamber of Commerce (ICC) had proposed a profit-split method with a formulary apportionment default rule to resolve the source-versus-residency allocation in an even-handed manner. That sensible approach was rejected in the 1920s in favor of a mercantilist international tax policy paradigm that sought to overallocate profits away from source countries to residency jurisdictions”*⁵⁴.

c) The apportionment formula

The novelty of the OECD proposal of the nexus based on the presence factor – significant economic presence – consists in allowing the attribution of profits by means of a distribution formula between jurisdictions (apportionment formula or fractional apportionment method). This technique is a clear alternative to at arm's length method

⁵⁴ B. Wells, *Get with the BEAT*, in *Tax Notes*, 2018, pp. 1023-1032.

for the determination of the consolidated and unitary profit of the multinational digital service company.

The method assesses the amount of profit subject to the new taxing rights without making a distinction between routine or residual profits. It implies, first of all, the determination of the profit subject to apportionment and the appropriate factors that the formula must consider – e.g. sales, assets, personnel, users' data –, then, the application of the formula to allocate fractions of profits to the market jurisdictions.

The CCCTB project of the EU treats the significant economic presence as a nexus and bases the apportionment formula on four factors: labor, assets, sales by destination and collection and use of personal data of online platforms and services users.

“Combining the new Directive on digital presence with amendments to the CCCTB will ensure both that Member States' corporate tax systems and the proposed common consolidated tax base at EU level will have rules which address the challenge of taxation of the digital economy”⁵⁵.

The apportionment formula of the CCCTB based on four factors – rather than three, as initially established – has been fully supported by *European Economic and Social Committee*, which considers the fourth factor as the one allowing the allocation of the residual profit: *“– the EESC – suggests a formula consisting of four factors be used for the allocation of the residual profit, rather than the three factors included in the Common Consolidated Corporate Tax Base formula and the Committee fully recognises the complexity of the calculation of international taxation rights. At the same time an acceptable and fair allocation of taxation rights among countries is necessary”⁵⁶.*

Nevertheless, the final document of the CCCTB proposal does not mention that the fourth factor, the allocation of residual profit, is

⁵⁵ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy*, COM(2018)146.

⁵⁶ EESC, *Taxation in the digitalised economy (own-initiative opinion)*, 2019.

connected to marketing intangibles⁵⁷. There is nothing in such version that refers to considering, as a fourth factor, the resources derived from research and development and the remuneration to the country in which these are carried out. The only clear argument is that the formal reflection on the fourth factor of the CCCTB that appears in the final proposal involves the collection and use of personal data of online platforms and services users.

Since 2018, India applies the concept of significant economic presence to the non-resident company if it: exceeds a certain amount of digital or non-digital transactions in the territory, interacts – digitally – with a certain number of users, or uses digital means for the systematic and continuous realization of its economic activities, regardless of its physical or material presence in its territory.

Additionally, India wants to adopt a fractional apportionment formula based on the information related to the operations performed within the country, thus avoiding the application of the consolidation of accounts of the foreign company and the difficulties related to the obtainment of accounting information outside its territory.

The project involves a fractional apportionment formula based on three equally weighted factors (30%): sales, labor and assets. For a more accurate determination of the economic activity of the company, a fourth factor, the user, is also considered. The weighting of the user is not the same as that of the other three factors: it is 10%, or 20% if the user's contribution to the business activity is particularly significant. In this case, the weight of salary and assets is proportionally reduced, while the sales' weight remains 30%.

“It takes into account the contribution of demand as well as supply to the profits of the enterprise, and thereby reasonably allocates profits to the jurisdiction where the consumers and market are located as well

⁵⁷ S.S. Johnston, *EU Body Pushes 4-Factor Residual Profit Allocation Method*, in *Tax Notes International*, July 17, 2019.

*as where the factors of production are located and where activities on supply side are conducted*⁵⁸.

2.3 Distribution-based approach. Marketing intangibles

The US-backed proposal of the OECD is to attribute profits to the market country linked to marketing and distribution. This, first of all, requires dividing marketing intangibles profits from any other profit derived from the rest of intangibles – e.g. patents, copyright, know-how, technical assistance – that can be subject to tax, for their attribution to each state. Accordingly, no distinction is made between residual profit and routine profit.

The attention is focused on economic activities involving intangibles that are aimed at developing or at taking advantage of a base of consumers in the jurisdiction. The percentage of profit derived from marketing intangibles would be taxed in the market jurisdiction, while the percentage of profit obtained from other intangibles – trade intangibles – would be subject to the current rules that regulate transfer pricing: at arm's length. That is, a minimum tax on local sales assignable to the country in which these take place.

The intangible that would be subject to this distribution-based approach is, essentially, the creation of value associated with the consumer, the customer of the commercial activity.

The OECD defines a marketing intangible “*as an intangible ... that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer*

⁵⁸ Government of India, *Public Consultation on the proposal for amendment of Rules for Profit attribution to Permanent Establishment-reg*, 2019.

*relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers*⁵⁹.

The return of marketing intangibles depends on investment in advertising. The higher the expenditure directed at the persuasion of the consumer or customer, the higher the profitability of scale.

The consumer is different from the user. The consumer enriches the relational capital of the company, the base of customers, and can play a role in marketing and brand equity by generating value references – e.g. customer lists, distribution channels, etc. –, but this is always subordinated and indirect with respect to the organization and against consideration. Consumers do not belong to the organization, because they are variable and their involvement is unpredictable.

The definition of a percentage of profit eludes the real specification of the profit in the market jurisdiction. The minimum tax to which it would give rise impedes the monitoring of the activity country by country, product by product, line of action by line of action. Thus, the residual profit – the digital excess profit – would remain untaxed.

2.3.1 Reasons for criticism related to the marketing intangibles proposal

The EU has a complete plan to address the current challenges of digital and non-digital taxation, and this can be easily deduced from its preference towards the OECD proposals regarding user participation and significant economic presence. However, the same cannot be said with respect to the US, which endorsed the proposal of the marketing intangibles approach.

The main weaknesses of this last method are two. The first is that the separation between marketing and non-marketing intangibles implies an arbitrary and subjective evaluation based on the investment choices of

⁵⁹ OECD, Glossary, in *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, 2017, pp. 23-31.

economic agents and on the information that they provide. The combination of predetermined taxation for marketing intangibles' profit and at arm's length for trade intangibles' profit condemns the market jurisdiction to the fiscal inefficiency. This depends on the non-determination of the excess profit derived from the digital activity and on the inability of the at arm's length method to define the residual profit when the comparison with similar goods or services is impossible.

The second is the qualification of recipients of advertising as consumers, which distinguishes them from data users. The consumer is not the user, and the user can be a consumer – or not – and continue to be a user.

The participation of the digital user shows an activity in the value creation chain that is not typical of the consumer, because it arises from the performance of *“supply-side functions that would historically have been undertaken by the business itself”*⁶⁰.

The connection between the company and the user is the ambit in which the value is created and obtained. That is, the value is co-created by the company and by the user of goods and services (co-creation of value).

Collin and Colin say that the digital economy creates a new resource: the free work of users. The denominations may change – co-creation, crowdsourcing, web 2.0 –, but the substance is the same: *“Le numérique a, lui aussi, sa loi explicative: il abat les frontières entre l'intérieur et extérieur des organisations et permet de faire levier de l'activité de millions d'utilisateurs qui, par leur «travail gratuit», deviennent des auxiliaires de la production des biens et services”*⁶¹.

Free user contributions to the digital economy explain its spectacular increase in profits. Users incorporate their originality in the co-creation of the applications of Internet companies and feed their exponential yields with no economic return.

⁶⁰ HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy: position paper update*, 2018.

⁶¹ P. Collin-N. Colin, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, 2013.

Data trading does not need the physical opening of facilities abroad. The technology structure itself allows exporting through the web in different countries and languages. The data is exportable without requiring material presence or physical connection outside the borders. Therefore, the link to the permanent virtual establishment would be the local contributors to personal data.

Data trading provides the user with at least two “products”. On the one hand, the desired good or service – book, movie, clothes, etc. – and, on the other hand, a range of alternatives, from the product review to a suggestion for other purchases that is close to personal preferences or habits. This is the result of predictive products, which implies another product besides the physical or material one that has been purchased or not yet purchased.

Mandel affirms that these data are valuable, even in the absence of purchase, because they have their own value to consider and estimate. The digital good is not equivalent to the physical good bought in a direct and traditional way; as it implies other services, which also suppose a value, for both seller and purchaser, that arises for the simple fact of entering the web, even when no transaction is made⁶².

The consequences of this concept are significant from a tax perspective. On the one hand, the co-creation of value points to the physical location of the value in the place in which it originates. The global company, without a physical connection to any territory, is now present in all of them, and each part of its local income can be allocated through the base or set of users of its services. The idea of a permanent establishment not based on domestic, physical, or material organization, does not impede the application of the tax, if the economic activity is reflected in the market. Accordingly, the virtual permanent establishment indicates that the location of the income obtained through the co-creation of value is at source.

⁶² M. Mandel, *Beyond goods and services: the (unmeasured) rise of data-driven economy*, 2012.

On the other, local users denote the public goods used by each country to improve education, social security and infrastructure and that global companies can take advantage of such resources without paying for their enjoyment.

Regarding weaknesses of the marketing intangible approach, it should be added that the differentiation of intangibles' profits does not prevent the manipulation of transfer pricing – at arm's length – for profit shifting towards low/no tax jurisdictions and/or for moving costs and deductible expenses – marketing intangibles – to regular tax jurisdictions.

The US-backed proposal is the master way to preserve the immunity of the residual profit of its multinational companies and it is aimed at avoiding the circulation of their intangibles in – or their shift to – the market jurisdiction. The priority of the US is the protection of the intellectual capital – intellectual property, industrial property, technological transfer – of the multinational companies headquartered in its territory. This inevitably leads to the preservation of the at arm's length fiction and of the criterion of the separate and independent company within the single and unitary organization.

*“Enterprises situated in developed countries have for many decades possessed valuable technological and other proprietary information protected by their home country laws and the laws of other developed countries with which they do business. The country of whose enterprises this is truest is the United States”*⁶³.

The marketing intangibles proposal could bring, at most, “the minimum tax architecture”: a strict percentage of sales in each jurisdiction in accordance with the global operating margin of the multinational company. This is a broad, comprehensive, simple, minimum tax structure that takes as an indirect and distant reference the potential profit of intangibles, as in the GILTI model. Such minimum tax is conceived as a fixed percentage of sales that would be based on

⁶³ S.I. Langbein, *United States Policy and the Taxation of International Intangible Income*, in *University of Miami Inter-American Law Review*, 2019, pp. 1-83.

the global operating margins of each company, without considering the consolidation of its unitary accounts and by accepting as true the financial accounts of the tax results.

“The main variable that would determine this minimum market jurisdiction taxable amount globally would be a measure of global operating margin, either overall or by business line. A fixed return on sales would then be allocated to market jurisdictions in general. The fixed return percentage would vary based on operating margins. The minimum market profit amount deemed allocable to market jurisdictions would be calculated by multiplying the fixed return percentage by revenues, and would then be apportioned among market jurisdictions on the basis of local revenues (sales)”⁶⁴.

The US supports this proposal because it aspires to the global tax exemption of the digital and non-digital excess profits of its taxpayers and accepts only the taxation on routine profits – which are comparable and strictly linked to the functions and risks highlighted by the presumptive normal market value, at arm’s length – and the separation and autonomy of the parts of the multinational company as if they were independent

The system impedes to pay attention to the residual profit – excess profit – and preserves the current transfer pricing regime and the intellectual capital of the multinational company, given that this is subject to the conventional rules of normal market value. The simplification of the system implies the renounce to any attempt to reveal the aggressive tax planning of large companies in market jurisdictions, the participation of the user as a value co-creator and the significant economic presence.

⁶⁴ I. Grinberg, *Stabilizing “Pillar One”: Corporate Profit Reallocation in an Uncertain Environment*, Oxford, November 9, 2019.

3. The erosion of bases. Pillar two: global anti-base erosion

Pillar Two is a complement to the BEPS common principle regarding the protection of the tax base of every country. It enables jurisdictions to establish their own level of tax safeguard, as long as this does not harm other jurisdictions, especially when the income is taxed at an effective rate lower than the minimum rate.

This means, on the one hand, that each jurisdiction can tax the profits deriving from the economic activities carried out in its territory – where the value is created – and, on the other, that the taxing power cannot be used to attract investments, savings, foreign capital.

The OECD's global anti-erosion proposal is aimed at strengthening the principle of tax protection and the correlative restriction on harmful tax competition.

The proposal is based on two – medium-level – principles. The first, named “income inclusion rule”, is aimed at taxing the income of a controlled branch or subsidiary if this was subject to a low effective tax rate in the jurisdiction of residence. The principle is equivalent to that of the Controlled Foreign Corporation regime: a minimum tax to the shareholder of a company on the income obtained abroad – regardless of whether it was repatriated or not – if this was not subject to an effective tax rate exceeding the minimum rate. However, the income inclusion rule does not distinguish residual and routine profits according to functions, assets and risks for separating the parts of the unitary organization (first fiction) and enabling the application of the at arm's length method (second fiction).

The second principle regards the taxation on the deductible payments that erode the tax base. This implies the denial of deductions, the taxation at source and any other necessary change in double taxation treaties, with the purpose of impeding that certain payments are taxed at – or above – a minimum rate (“undertaxed payments rule: a subject to tax rule”).

These principles go beyond digitalization. Their range of action covers the entire ambit of the economic activity and, in particular, the –

marketing and non-marketing – intangibles used to shift profits to low or no-tax jurisdictions and any other type of transfer pricing manipulation – e.g. intra-group financial operation and similar activities.

Nevertheless, the lack of further specifications makes them useless, especially the income inclusion rule.

3.1 United States: the GILTI and the BEAT

The OECD proposal was influenced by the 2017 Tax Cuts and Jobs Act. This US norm introduced the Global Intangible Low Taxed Income (GILTI) and anti-erosion standards like the Erosion and Anti-abuse Tax Base (BEAT). More specifically, they are a minimum tax on outbound foreign direct investments returns (GILTI) and a minimum tax on inbound investment (BEAT).

These unilateral provisions are the source of the aforesaid principles, but their implementation is not conditioned by the effective tax rate applicable in other countries, as in the OECD proposal.

The GILTI, as well as the OECD income inclusion principle, attributes the untaxed or undertaxed income of a foreign affiliate to its resident parent company and subjects it to a 10.5% tax rate. This income, consisting of the total active income of the affiliate that exceeds 10% of the tangible assets amortized by the parent company, is in fact incorporated in the annual gross income of the latter and taxed. The extractive industry benefits from a generous exemption.

The idea is to tax only the foreign residual – non-routine – profits that were subject to low external taxation. Therefore, the GILTI aspires to be a norm against the use of tax havens, regardless of whether this conduct is aimed at taking advantage of intangible assets or not.

Nevertheless, the GILTI regulation has been a subject of doctrinal criticism, as it may appear as an incentive to offshore assets and displace profits, rather than a deterrent.

“GILTI is not a sufficient deterrent to profit shifting because the minimum tax rate is, at most, half of the 21% corporate rate... Given the wide differential between the domestic rate and the minimum tax rate there remains substantial motivation to shift profits”⁶⁵.

This GILTI regulation promotes offshoring due to the insufficient definition of intangibles profits and to its aptitude to favor a general mix of external tax credits, instead of applying the country-by-country approach. This allows the tax arbitrage to locate investment in low tax jurisdictions and to combine it with income and taxes from countries with standard taxation with the purpose of diluting any responsibility in the state of residence.

“While GILTI stands for global intangible low taxed income, the focus is on high foreign rates of return, regardless of whether they are from intangibles. Although it relies on measuring foreign profits relative to tangible assets, those profits either “could be related to the presence of intangibles, as economists often assume, or may have nothing to do with intangibles at all.” For this reason, practitioners who are overly fixated on the provision’s name have even called it Orwellian” (Shaviro, 2018).

The GILTI confirms the objective of the US-backed proposal of the distribution-based approach: the maximum protection of the residual profit, not only for the digital company but for every US tax resident.

“That policy is that the amounts determined to be the “residual” income of multinational corporations – the excess of the total profits of an integrated group over the sum of all “marginal” returns accorded to the “functions, assets, and risks” which can be definitely associated with individual component enterprises of the group – should be virtually exempt from taxation by any country”⁶⁶.

⁶⁵ R.M. Kysar, *Judging the New International Tax Regime, Testimony of Rebecca M. Kysar, Before the US Senate Committee on Finance, April 24, 2018.*

⁶⁶ S.I. Langbein, *United States Policy and the Taxation of International Intangible Income*, cit..

The GILTI should have led to the source of excess profits derived from intangible assets and this would have been possible only by recognizing that the difference between the market value of a company and the value of its tangible assets is a variable – Tobin’s q – that may depend on the presence of intangibles – if the first value is higher than the second –⁶⁷.

The provision starts with a clear and valid idea: from the comparison between the deemed intangible income and the deemed tangible income return can derive a residual profit whose cause is the offshore location of the investment. However, the imprecise concept of intangible income jeopardizes it, leading the income inclusion principle to exempt the residual profit of the offshore multinational company from every kind of taxation.

Unlike GILTI, the displacement of profits through earnings stripping within the multinational company is well pre-arranged in the BEAT measure. In point of fact, this is an instrument that provides effectiveness to the BEPS principles and improves them.

The BEAT measure, like the anti-erosion principle, imposes a tax on deductible payments – such as interest, royalties, and other services – made by the US resident company to participated foreign affiliates (at least 25% participation). It involves a comparison between the tax paid by the resident company at the standard 21% rate and a tax, the BEAT, calculated by including in the tax base the deductible payments made to the affiliates and by applying an 8% rate (for the 2018 tax year, from 2019 onwards it will be 10%). If the tax paid by the resident company is lower than the BEAT, it must pay the difference between the two amounts.

BEAT’s taxpayers are those companies that obtain a gross annual income exceeding 500 million dollars (averaged over the prior three

⁶⁷ J. Tobin, *A General Equilibrium Approach To Monetary Theory*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, 1969, pp. 15-29.

years) and make more than 3% of their total deductible payments to foreign affiliates.

This measure is undoubtedly applicable at the global level. The anti-erosion principle as a minimum tax, has all the features for being a model to protect the national tax bases against artificial deductible expenses or harmful transfer pricing. In this way, as Wells says, states “*preserve their rights to at least a reasonable split on the combined profits of associated enterprises that conduct operations within those countries*”⁶⁸.

The model of Pillar Two is valid, above all, for the principle of “undertaxed payments rule, a subject to tax rule”, as it opens unprecedented perspectives in the fight against the displacement of profits and the harmful tax competition, but the income inclusion rule is insufficient and ambiguous. Therefore, the final balance is a “yes” to the BEAT and a “no” to the GILTI.

4. Conclusions

In 2019, the OECD formulated the proposal of the two pillars of consensus on the digitalization of the economy. Pillar One focuses on the assignment of new taxing rights to the states, on the reform of the rules on the allocation of profits and on the regulation of the nexus (permanent establishment). Pillar Two, which is a complement to the principle of protection of the tax base, introduces the right of every state to exercise its taxing power (“right to tax back”) when this was not exercised by the primary jurisdiction or when such jurisdiction charged no or low taxes.

The digital economy exacerbates the risks of BEPS due to the mobility of new intangibles, remote sales, artificial fragmentation of

⁶⁸ B. Wells, *Get with the BEAT*, cit..

physical operations in the country in which profits are obtained, and to the shifting of the co-created value through transfer pricing.

Consequently, there is a need to protect the base of the market jurisdiction – by recognizing its power to tax the economic activity that takes place and creates value in its territory (Pillar One) –, as well as the jurisdiction of the “effective” parent company, by catching the profits that were not taxed abroad through the taxation of local subsidiaries (Pillar Two).

The OECD describes three proposals for the assignment of the new taxing rights: user participation, significant economic presence and marketing intangibles.

User participation is crucial for the creation of digital value, as it implies the supply of personal data, the elaboration of predictive products (profiling) and/or informational goods and the possibility to interact with other users.

Data and users are special and unique intangibles; sources of value that must be subject to the profit split.

The profit split consists of two elements. On the one hand, there is the routine profit, which corresponds to the profit from ordinary activities that can be compared with other activities in the market that involve material assets, services, and intangibles, and, on the other, the residual profit (excess profit). The first is the average return on investment, while the second is the behavioral surplus generated by the special and unique intangible resulting from the appropriation and the free use of personal data. The residual profit is an excess profit that is incomparable in the market: the amount that remains after having assigned the routine profit.

The EU Digital Service Tax (DST) is the first example of a – draft – tax that considers the central role of the user in the creation of digital value. The axis of the DST is the income obtained from the monetization of the user contribution; the value obtained by those who manage the traffic of users' personal data. The EU proposal involves:

services consisting in the placing on a digital interface of advertising targeted at users of that interface, as well as the transmission of data collected about these users; and services consisting in the provision of multi-sided digital interfaces to users – intermediation services –, which allow users to find other users and to interact with them, and facilitate underlying supplies of goods or services directly between users.

The DST proposal was rejected by Sweden, Finland, Denmark, and Ireland, while the other twenty-four Member States supported it. As a consequence, some Member States decided to take individual actions and, among them, there are UK, France, Spain and Italy.

The Law n. 2019-759 of the 24th of July 2019 introduced in the French Tax Code the tax on certain services provided by large companies in the digital sector (*Taxe sur certains services fournis par large entreprises du secteur numérique*).

The Italian Budget Law n. 145/2018 of the 30th of December 2018, introduced a tax on digital services, which will enter into force in January 2021.

The DST, in spite of the critics of some doctrine, does not seem to undermine the concept of state aid, as its fundament is “the greater the ability-to-pay, the higher tax”. The configuration of the taxpayer based on its economic dimension does not constitute disguised unfair discrimination between small and large economic agents of the market jurisdictions, because it is in accordance with the principles that guide tax systems, especially the ability-to-pay principle. The oligopolistic size of digital companies is due to their domain over personal data and to the modification of user behavior and this is an indicator of ability-to-pay.

The significant digital or economic presence implies a nexus between the company and the market jurisdiction that identify the presence factor even in the absence of a physical or material presence.

The novelty of the OECD proposal of the nexus based on the presence factor – significant economic presence – consists in allowing the attribution of profits by means of a distribution formula between

jurisdictions (apportionment formula or fractional apportionment method).

The CCCTB project of the EU treats the significant economic presence as a nexus and bases the apportionment formula on four factors: labor, assets, sales by destination and collection and use of personal data of online platforms and services users.

The marketing intangibles approach is the US-backed proposal aimed at attributing profits to the market country linked to marketing and distribution. This, first of all, requires dividing

marketing intangibles profits from any other profit derived from the rest of taxable intangibles – e.g. patents, copyright, know-how, technical assistance – for their attribution to each state. Accordingly, no distinction is made between residual profit and routine profit.

The OECD qualifies this method as a distribution-based approach. The intangible that would be subject to this approach is, essentially, the creation of value associated with the consumer; the customer of the commercial activity.

The marketing intangibles proposal will bring tax immunity or, at most, “the minimum tax architecture”: a strict percentage of sales in each jurisdiction in accordance with the global operating margin of the multinational company

The US supports this approach because it aspires to the global tax exemption of the digital and non-digital excess profits of companies headquartered in its territory. This is consistent with the US permanent purpose of protecting the residual profits of such companies, as it implies only the taxation on routine profits – which are comparable and strictly linked to the functions and risks highlighted by the presumptive normal market value, at arm’s length – and the separation and autonomy of the parts of the multinational company as if they were independent. That is a curious attitude: the US keeps the route of the transfer of profits to the low or no-tax jurisdictions immutable and, at the same time, declares its vocation to combat it.

Unlike the US, the EU has a complete plan to address the current challenges of digital and non-digital taxation, and this can be easily deduced from its preference towards the OECD proposals regarding user participation and significant economic presence. In particular, it should be remarked that the EU favors the separation of the residual profit through a reformed profit split method focused on the new intangibles –capture, storage and traffic of personal data –, which channels taxing rights towards the Member States according to the CCCTB founded on four factors – rather than three, as in the first CCCTB proposal –: sales (consumer), labor, assets and data.

Therefore, it can be concluded that the minimum tax on a basic intangible market profit is the worst proposal of Pillar One.

Pillar Two is a complement to the BEPS common principle regarding the protection of the tax base of every country. It enables jurisdictions to establish their own level of tax safeguard, as long as this does not harm other jurisdictions, especially when the income is taxed at an effective rate lower than the minimum rate.

The proposal is based on two – medium-level – principles. The first, named “income inclusion rule”, is aimed at taxing the income of a controlled branch or subsidiary if this was subject to a low effective tax rate in the jurisdiction of residence. The principle is equivalent to that of the Controlled Foreign Corporation regime: a minimum tax to the shareholder of a company on the income obtained abroad – regardless of whether it was repatriated or not – if this was not subject to an effective tax rate exceeding the minimum rate. However, the income inclusion rule does not distinguish residual and routine profits according to functions, assets and risks for separating the parts of the unitary organization (first fiction) and enabling the application of the at arm's length method (second fiction).

The second principle regards the taxation on the deductible payments that erode the tax base. This implies the denial of deductions, the taxation at source and any other necessary change in double

taxation treaties, with the purpose of impeding that certain payments are taxed at – or above – a minimum rate (“undertaxed payments rule: a subject to tax rule”).

The model of the Pillar Two is valid, above all, for the principle of “undertaxed payments rule, a subject to tax rule”, as it opens unprecedented perspectives in the fight against the displacement of profits and the harmful tax competition, but the income inclusion rule is insufficient and ambiguous. In fact, this is not able to change the ineffective transfer pricing criteria – based on the fiction of the autonomy of the parts of the multinational group – that are applied to the profits generated by the new intangibles and contributes to the offshoring of the digital excess profit.

5. Addendum: A Unified Approach. The latest OECD Proposal of October 2019

In October 2019, the OECD launches a new proposal: *A Unified Approach*.

The proposal tends to highlight the coincidences in the Pillar One alternatives.

First, the proposals try to reallocate the taxation rights in favor of the user/market jurisdiction so that “*digitalized business is able to operate remotely, and or are highly profitable*”⁶⁹.

Second, all propositions hold a new rule about virtual independent nexus of physical presence in the jurisdiction of the user/market.

Third, all alternatives go beyond the principle *at arm's length* and the principle of a separate entity.

The OECD document covers digital models, but with the claim that its purpose also includes the economy based on the consumer/user.

⁶⁹ OECD, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*, October 9, 2019-November 12, p. 4.

The purpose accentuates the digitized global economy interacts with the consumer base and users by creating value without the traditional physical presence market.

The link, the permanent establishment, is virtual and extrinsic to physical or material presence, based substantially on sales. The economy is moving in the direction of the lack of physical presence in the territory of interest, through the sustained and significant commitment in the use of the market through remote operations with respect to consumption and the user, to achieve profits.

The allocation of the new profit rule applies to all taxpayers, regardless of whether they have a presence in the marketing country or distribution presence or sell through independent distributors.

The creation of the virtual nexus is obligatory because it is impossible to attribute benefits to this new non-physical or permanent material establishment, given the lack of functions, assets, and risks assumed in the use of the market to which the non-resident company aspires.

The absence of physical presence establishes the uselessness of the principle *at arm's length*, preventing the recourse to the new taxation right that corresponds to the market jurisdiction, except for routine, comparable transactions. “*The new rules... will need to deliver the agreed quantum of profit to market jurisdictions...*”⁷⁰.

Unfortunately, contradictory conclusions are reached from the beginning.

There are three mechanisms of profit attribution:

The new taxation right assignable to the country of the market, without physical presence and which rounds up an approach to the concept of excess profit subject to taxation due to the sales or other-users factor-and which represents the departure from the conventional transfer pricing rules and *at arm's length*. And the qualification of the

⁷⁰ OECD, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*, cit., p. 8.

other benefits as routine, subject to those traditional rules, because it would apply only by reference to the presence of a traditional nexus in the market jurisdiction (a subsidiary or permanent establishment) and not in the case of a taxable presence resulting from the application of the new non physical nexus rule⁷¹.

- Amount A - a part of the residual profit considered using a formulary method. e.g. the new taxation right.

The attribution of the residual benefit will be practiced in favor of the market jurisdiction, regardless of its location or any indication related to physical presence.

The profit split method, through a limit that allows excluding the routine benefit, and the distribution formula among the countries where the economic activity is carried out and the value is created.

First, the consolidated benefit of the multinational company must be identified. Second, the routine benefit threshold must be set. Third, once the non-residual benefit is cleared, a distribution attributable to the market and a fraction that is assigned to other factors are postulated. e.g. trade intangibles, capital, risk.

Thus, the splitting of the excess profit leads to a division between the country's jurisdiction market and the company itself, by residual profit that belongs to it: innovative algorithms and software. Finally, the residual benefit attributable to the country would be established through an internationally agreed fixed percentage and based on distribution formulas on variables, such as sales, between countries.

- Amount B - a fixed reference remuneration for marketing and distribution functions in the market jurisdiction.

⁷¹ OECD, *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One*, cit., p. 13.

The second type of profit involves a fixed amount for marketing and distribution activities retribution in the territory, channeled as a benefit of routine, and therefore subject to the conventions and regimes applicable to transfer pricing and *at arm's length*.

- Amount C - mechanisms for prevention and resolution of mandatory and effective conflicts related to the elements of the proposal, including any added benefit when the functions in the country exceed the reference line of the marketing and distribution activity, under the application of the traditional norms of transfer prices and *at arm's length*. Not less important, it is the consideration of mandatory conflict resolution mechanisms when there are disputes between the excess profit usually defended by the market jurisdiction and the fixed compensation protected by the multinational company.

The work of the OECD is contradictory, rather than unifying, of its previous proposal⁷².

The program retains the current regime of transfer pricing and *at arm's length* concerning intangible marketing, taxable as generators of routine benefit at a fixed remuneration. It is not understood that it is impossible to separate the benefits of marketing and distribution from the rest of the intellectual capital-trade intangibles. But, in addition, the explanation regarding the validity of the transfer pricing regime and *at arm's length* that irretrievably affects the allocation of excess profit to market use is insufficient.

Nor does the dichotomy of residual profit between the multinational company and the market country introduce any reasonableness. The creation of value is in the user and not in the algorithm or software. User participation determines the type of excessive non-residual benefit. The distribution formula must be total and based on the factors

⁷² OECD, *Program of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalization of the Economy*, cit..

adopted by India and the European Union, in its Common Base and Consolidated Corporate Tax project.

Finally, the introduction of conflict resolution mechanisms in the discrepancies of the application of the attributable benefit conspires against the simplification and fiscal certainty that is intended, *“although this would require robust measures to resolve disputes and prevent double taxation”*⁷³.

⁷³ OECD, *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*, cit., p. 16.

Marco Greggi
Università di Ferrara

La tassazione dell'economia digitale nel contesto europeo: la proposta di direttiva sulla *Digital Services Tax*

Sommario: 1. Introduzione: la fiscalità della “Economia digitale” alla ricerca di un nuovo modello impositivo – 2. Il quadro di riferimento: il piano BEPS e l’Azione 1, le complessità linguistiche nell’individuazione della *Digital Economy* – 3. Le condizionalità europee alla tassazione della Economia digitale – 4. Il tentativo di superamento dei vincoli internazionali mediante l’introduzione di un nuovo tributo: un’analisi delle linee essenziali della proposta di direttiva – 5. Profili di diritto comparato: le strategie degli altri paesi al di fuori dell’Unione europea – 6. La scelta italiana nella legge di stabilità per il 2019 – 7. Considerazioni conclusive

1. Introduzione: la fiscalità della “Economia digitale” alla ricerca di un nuovo modello impositivo

L’affermazione progressiva della “*Economia digitale*”, intendendo per tale sia quelle ascrivibile a fenomeni di *e-commerce* (diretto o indiretto) che di veri e propri servizi erogati in rete, ha suscitato difficoltà crescenti sia per gli operatori che per la teoria generale del diritto tributario¹. Temi ed istituti come quello della territorialità del reddito, del luogo di consumo della ricchezza prodotta, e della qualificazione dei proventi derivanti dalle suddette attività hanno sollecitato riflessioni

¹ M.C. Fregni, *Mercato unico digitale e tassazione: misure attuali e progetti di riforma*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2017, I, p. 51.

dalla dottrina nel corso degli anni, sia in Italia che all'estero. Le risposte sono state tutt'altro che unanimi².

I primi studi, risalenti alla seconda metà degli anni novanta del secolo scorso³, avevano da subito evidenziato con straordinaria lucidità quelli che sarebbero rimasti i profili caratteristici dell'economia digitale: la spiccata mobilità dei fattori produttivi, la difficile ascrivibilità dei proventi realizzati (e quindi dei redditi conseguiti) a uno stato o a un altro, la complessità nel distinguere tra loro diverse tipologie di reddito (come ad esempio quelli di impresa commerciale e i proventi per lo sfruttamento di *intangibles* e di licenze per l'uso di *software*) e così via.

Nonostante l'importanza quantitativa del fenomeno, il progressivo affermarsi della "Economia digitale" e dei servizi a questa scrivibili, né il legislatore europeo né tantomeno quello nazionale hanno saputo adattare i modelli di imposizione diretta alle nuove sfide, preferendo utilizzare istituti tradizionali come quello della stabile organizzazione per affrontare uno scenario profondamente diverso. Ad esempio non sono mancate, anche in un periodo recente, scelte dell'Amministrazione finanziaria orientate a riconoscere la presenza di una stabile organizzazione (occulta) nei confronti di società che svolgevano la loro attività in rete⁴, con ciò considerando l'economia digitale quasi in una situazione di fisiologica contiguità con comportamenti di pianificazione fiscale aggressiva.

L'imposta sul valore aggiunto invece si è contraddistinta per uno scenario assolutamente diverso. In questo contesto l'Unione europea ha

² Si veda diffusamente F. Montalcini-C. Sacchetto, *Diritto tributario telematico*, Torino, 2017.

³ F.M. Horner-J.P. Owens, *Tax and the web: new technology, old problems*, in *Bulletin for international taxation*, 1996, p. 516.

⁴ Per quanto non inerente l'economia di internet il tema della c.d. "stabile organizzazione occulta" in sede giurisprudenziale è stato affrontato sistematicamente da Cass. n. 32261 del 13 dicembre 2018. Ne sono prova anche le recentissime verifiche sulla società Netflix, in merito alla possibile esistenza in Italia di una sua stabile organizzazione occulta, come riportato dalla stampa.

saputo, e potuto, in ragione del diverso rilievo del tributo all'interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, intervenire sul tessuto normativo dell'imposta già in epoca risalente, assoggettando ad imposta le operazioni di commercio elettronico (o comunque mediate da servizi informatici) nel luogo in cui è (presumibilmente) localizzato il soggetto fruitore delle stesse. Tale mutamento dei criteri di territorialità del tributo è stato poi confermato nella successiva (ma anch'essa ormai risalente) riforma della territorialità dell'imposta⁵.

Se da un lato le risposte del legislatore tributario, della giurisprudenza e anche della prassi operativa sono state asistematiche, incerte e in un certo qual modo addirittura erratiche, in Italia, in Europa e nel mondo, l'economia che trova il suo baricentro nella rete e nella digitalizzazione dei prodotti e dei servizi ha continuato la sua evoluzione in modo inarrestabile.

Tale trasformazione è oggi apprezzabile sia da un punto di vista quantitativo che qualitativo, e non sempre è stata adeguatamente distinta nell'analisi che del fenomeno è stata sin qui fatta. Dal primo punto di vista (quello quantitativo) è innegabile la progressiva erosione effettuata dalle modalità di commercio elettronico nei confronti di quelle ordinarie, e con essa l'incremento delle situazioni in cui la base imponibile in un paese viene erosa a favore di un altro stato. Nella prospettiva qualitativa invece, il progressivo rafforzarsi delle infrastrutture tecniche ed elettroniche ha permesso la creazione (e successivamente l'offerta) di servizi digitali in remoto (su *cloud*) in un primo momento impensabili, proprio in ragione delle difficoltà operative che rendevano siffatti prodotti irrealizzabili (essenzialmente, in ragione della larghezza di banda di connessione disponibile ai consumatori del servizio stesso).

La nuova "Economia digitale" ha ad esempio permesso la fornitura di servizi c.d. "remoti" che spaziano dalla semplice disponibilità di spazio per i propri archivi digitali, alla potenza di calcolo che viene erogata

⁵ P. Tarigo, *Intermediazioni, servizi prestati tramite mezzi elettronici e criteri di collegamento Iva*, in *Rass. trib.*, 2013, p. 343.

per le diverse finalità (si pensi anche solo che persino un semplice elaboratore di testo, oggi, può essere fornito in rete, senza che sulla macchina remota dell'utente sia installato alcun *software* specifico al di fuori di un ordinario *browser web*), e così via.

Insomma, la rete si è progressivamente trasformata da semplice *medium* per una messa a disposizione (e la promozione) di servizi e prodotti (che venivano poi consegnati o scaricati) a *luogo* in cui questi ultimi sono localizzati. Il paradigma tributario quindi, solo oggi e non prima, ha portato gli interpreti ad individuare una nuova territorialità: un nuovo territorio (digitale) nel quale servizi e prodotti sono direttamente fruiti all'utente.

Poi, ancor più recentemente, la cronaca ha portato all'attenzione della letteratura modelli di *business* concentrati sulla gestione di informazioni (in remoto) e la possibilità da un lato di monetizzare i dati raccolti dagli utenti dei diversi servizi, e dall'altro dalla facoltà di creare valore dagli stessi alla luce delle medesime interazioni di quelli che tradizionalmente, sarebbero considerati consumatori (o comunque fruitori) del servizio (basta pensare al mercato straordinariamente redditizio del *gaming online*).

Un modello di impresa commerciale che la letteratura tributaria anglosassone⁶ ha individuato come concentrato sulla figura del *Pro-Sumer* (*Producer and Consumer*) ha naturalmente inciso sulle modalità classiche di applicazione dei tributi: da un lato rendendo ancora più incerta l'individuazione del luogo in cui l'attività economica sia effettivamente svolta, e dall'altro aggiungendo ulteriore complessità ed incertezze alla catena di creazione del valore che dal punto di vista tributario assume un ruolo centrale. Basti pensare in questo senso ai diversi modelli di determinazione dei prezzi di trasferimento infragruppo.

⁶ Il concetto è stato utilizzato nell'ambito tributario per la prima volta da M. Devereux durante il convegno del 2 luglio 2018 presso la Said Business School, University of Oxford. L'intervento è stato poi sviluppato in M. Devereux-J. Vella, *Implications of Digitalization for International Corporation Tax Reform*, Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper 17/07.

Dal punto di vista prettamente giuridico, poi, il diritto tributario internazionale mal si presta ad un repentino mutamento di scenario, come quello impresso dalla “Economia digitale”, se non altro per quanto riguarda l’imposizione diretta. Ciò in ragione, dell’intricato tessuto di convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni e di un ormai omogeneo modo di intendere istituti tradizionali, come quello della stabile organizzazione, che ben difficilmente possono essere riconfigurati *ex novo*. Tutto questo è reso ancora più difficile se tale necessità di rideterminazione viene avvertita da alcune, e non da tutte, le parti in causa.

Dal canto suo l’OCSE ha svolto (e sta svolgendo) un ruolo essenziale in tale contesto, nel quadro del progetto BEPS: sta cioè tentando in via interpretativa quello che non è possibile conseguire con un cambiamento del diritto positivo, al contempo proponendo un modello di convenzione multilaterale che dovrebbe sovrascrivere, almeno in parte, il *network* di convenzioni contro le doppie imposizioni⁷.

Il percorso seguito dall’Unione europea è stato profondamente diverso. Da un lato l’Unione ha avvertito la necessità di contrastare un modello d’impresa (quello fondato sulla rete e sulla natura digitale dei servizi erogati) che, complice la straordinaria mobilità dei fattori produttivi, finiva per erodere la potestà impositiva dei paesi membri, e dall’altro ha maturato la consapevolezza di dover di operare con i limiti del Trattato, che non le permettono di intervenire nell’ambito di fiscalità diretta se non per salvaguardare il funzionamento del mercato. Al contempo ha dovuto tener conto dei Trattati contro le doppie imposizioni conclusi dai diversi stati membri e già vigenti.

È nata così, stretta fra Scilla e Cariddi, la proposta della Commissione europea del marzo 2018 per l’introduzione di una nuova imposta sui servizi digitali: una *Digital Services Tax*⁸. In quanto tributo nuovo e

⁷ P. Baker, *The Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, in *British Tax Review*, 2017, p. 281.

⁸ Si vedano le conclusioni dell’Ecofin del 12 marzo 2019, sintetizzate ad esempio qui <https://www.consilium.europa.eu/en/meetings/ecofin/2019/03/12/>.

diverso, indiretto nella sua natura, sarebbe legittimato dall'architettura costituzionale europea, dovrebbe sfuggire ai vincoli pattizi di diritto tributario internazionale e al tempo stesso dovrebbe permettere agli stati di recuperare una quota parte del potere impositivo nei confronti di multinazionali straniere (per la massima parte statunitensi, nel periodo storico attuale) che avevano mantenuto nel corso degli anni modelli di pianificazione fiscale particolarmente aggressiva (o che semplicemente avevano massimizzato il vantaggio fiscale concesso da norme di diritto tributario internazionale incapaci di incidere su queste nuove modalità di creazione della ricchezza). Tutto questo, mantenendo per quanto possibile l'esito conforme alle risultanze del piano d'azione BEPS dell'OCSE e, in particolare, con l'Azione 1 di quest'ultimo che è notoriamente dedicata ad affrontare le sfide dell'economia digitale.

2. Il quadro di riferimento: il piano BEPS e l'Azione 1, le complessità linguistiche nell'individuazione dell'*Economia digitale*

Il progetto coordinato dall'OCSE, su mandato del G-20, finalizzato allo studio dell'erosione della base imponibile e allo spostamento dei profitti in paesi diversi rispetto a quelli ove dovrebbero essere assoggettati ad imposta (*Base Erosion and Profit Shifting*) costituisce un autentico spartiacque per l'evoluzione della fiscalità internazionale. Lo è almeno per i paesi che aderiscono all'organizzazione internazionale e per quelli che comunque si sono impegnati informalmente ad aderire alle conclusioni del progetto. Dal canto suo l'OCSE ha sempre auspicato una convergenza sulle linee di *policy* suggerite che andasse ben oltre il novero dei paesi aderenti.

Ad oggi in effetti non è possibile confrontarsi con l'evoluzione più recente del diritto tributario internazionale senza rapportarsi alle scelte fatte proprie dall'OCSE: non lo è neppure per la Commissione europea

che, nella sua proposta di *Digital Services Tax* con quelle conclusioni si confronta, seppur disattendendole in parte⁹.

Delle quindici azioni sulle quali il progetto BEPS si articola, la prima, dedicata alla “Economia digitale” è forse quella dal contenuto maggiormente programmatico e, per così dire, caratterizzato ad un ampio respiro di politica fiscale. Le ragioni di questa impostazione sono molteplici: da un lato il fatto che ogni intervento in tema di fiscalità del commercio elettronico e di servizi digitali, teso a redistribuire il potere impositivo tra stato della fonte e stato della residenza, vede la ferma opposizione dei paesi (come gli Stati Uniti) che sulla base della legislazione vigente trovano le proprie imprese multinazionali in un oggettivo vantaggio se rapportate ai concorrenti negli altri stati.

Dall’altro lato, le difficoltà di intervento si giustificano anche in base al fatto che concetti come “Economia digitale” o “Economia di Internet” sono sicuramente evocativi, ma dal punto di vista operativo non permettono di individuare agevolmente i limiti di questo nuovo modo di fare impresa e di creare valore. Non sono, in altri termini, giuridicamente connotativi. Così non sbaglia chi ha osservato (come appunto l’OCSE) che in un certo qual modo tutta l’economia moderna si caratterizza per ampi segmenti di digitalizzazione (o di impiego della rete), e che pertanto immaginare forme di prelievo dedicate all’ “Economia digitale” (o quella di *Internet*) in realtà sia un tentativo destinato al fallimento, o peggio ancora ad effetti distorsivi e controproducenti. Si tratterebbe, tutto sommato, di un esito analogo a quello cui si perverrebbe qualora si proseguisse nell’immaginare forme di tassazione sui c.d. “robot” come pure è stato in letteratura suggerito¹⁰.

⁹ Sulla prima versione della Web tax italiana, M. Greggi, *La “Web tax” e le sue radici costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2018, p. 211.

¹⁰ V. Ooi, *Automation tax vs Robot-tax*, in Research Collection of the School of Law, Singapore Management University, 2019, reperibile su: https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/2899.

Di qui l'esito dell'Azione 1 del progetto BEPS che, rispetto a tutte le altre, è forse anche quella che si qualifica per un esito maggiormente conservatore. L'Organizzazione di Parigi infatti non auspica forme di prelievo speciale per la "Economia digitale" (soprattutto in quanto conferma le difficoltà nell'individuare questo specifico settore rispetto a tutti gli altri), raccomandando invece di affrontare le sfide che essa propone (e segnatamente la riallocazione del reddito imponibile all'estero, la difficoltà nell'individuare un radicamento della c.d. "Impresa digitale" in uno stato attraverso una sede fissa di affari, e così via) mediante opportuni adattamenti da apportare sia a strumenti che tradizionalmente vengono già impiegati per scongiurare fenomeni di erosione della base imponibile (come quello riguardante le società controllate estere) sia alle regole sui prezzi di trasferimento, che dovrebbero essere adattate e plasmate in base alla necessità di intercettare l'effettiva creazione del valore del servizio digitale in un paese o in un altro. Tutto questo, naturalmente tenuto conto del contributo che ogni attore del processo produttivo (dall'imprenditore al consumatore finale) ad esso conferisce, mentre utilizza questi servizi.

Per quanto riguarda in particolare la stabile organizzazione, l'Azione 1 del progetto BEPS ne ha raccomandato, sin dal rapporto del 2015, un progressivo adattamento (in chiave espansiva), teso ad intercettare tutte quelle strategie d'impresa che permettono la penetrazione su un mercato senza soddisfare i requisiti tradizionalmente intesi della sede fissa d'affari. Il riferimento è in particolare alla stabile organizzazione occulta, e alle modalità di gestione dei rapporti commerciali realizzate attraverso formule contrattuali orientate ad evitare deliberatamente il verificarsi dei requisiti della stabile organizzazione intesa in senso classico.

Pur nell'oggettiva incertezza della raccomandazione, pare evidente la volontà dell'OCSE di suggerire modifiche interpretative al concetto di stabile organizzazione in chiave essenzialmente antielusiva o di contrasto all'abuso del diritto. Questo emerge in modo particolare laddove l'azione suggerisce modifiche all'interpretazione dominante, ma solo nei casi in

cui ciò sia reso necessario da un comportamento fiscalmente aggressivo da parte del contribuente. Non si tratta di una soluzione pienamente accettabile, poiché contribuisce nei fatti ad erodere ulteriormente il concetto di stabile organizzazione, ancorandone la sussistenza o meno a fattori esogeni come l'intenzione del contribuente, la sussistenza o meno di fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva e così via. Insomma, si piega quello che è un istituto di diritto sostanziale verso un'area propria dell'accertamento, e in una logica di contrasto di fenomeni elusivi nella misura in cui la sussistenza o meno della sede fissa d'affari viene quasi fatta dipendere da un'*intentio* del soggetto non residente.

Peraltro, i primi frutti di questo modo di inquadrare la stabile organizzazione sono già stati colti nell'ordinamento italiano. Nel nostro sistema il legislatore ha rapidamente recepito l'opportunità fornita dall'OCSE, intervenendo sul tessuto normativo dell'art. 162, d.P.R. 917/1986, introducendo una nuova fattispecie (quella di stabile organizzazione occulta), che adesso risulta essere pienamente applicabile (basti vedere il richiamo di cui all'art. 162, co. 2, lett. f-bis).

Va da subito precisato che la stabile organizzazione occulta non è fenomeno esclusivamente ascrivibile alla "Economia digitale", ma è altrettanto vero che in questo specifico settore le occasioni di occultamento della base imponibile ai fini delle imposte dirette sono particolarmente esaltate dalla possibilità di condurre anche un'intensa attività commerciale in un paese, mantenendo la catena distributiva, commerciale e di assistenza (magari *after sale*) al di fuori dello stesso, avvalendosi al massimo della rete e svolgendo su quel "territorio digitale" le attività che normalmente sarebbero effettuate nello stato in cui i consumatori sono localizzati.

Vero è che l'Amministrazione finanziaria italiana già in un passato recente aveva con successo contestato la sussistenza di stabili organizzazioni occulte, utilizzando invero la lettera della norma (l'art. 162 del Testo unico, se non addirittura le convenzioni contro le doppie imposizioni) prima della recente modifica. L'attività di verifica e controllo, in

particolare, ha interessato sostanzialmente tutte le imprese multinazionali operanti nella “Economia digitale” alle quali seppure con diverse modalità era stato contestato da un lato la sussistenza di una stabile organizzazione in Italia ovvero, in altre situazioni, la non corretta applicazione del regime dei prezzi di trasferimento. Tali modalità di controllo, e la sussistenza di una stabile organizzazione asseritamente celata, avevano poi riguardato sia le imprese della “Economia digitale” che svolgevano commercio elettronico in rete sulla falsariga di quanto già avveniva negli ultimi anni del secolo scorso (come Amazon, per intenderci), sia le nuove imprese che invece forniscono servizi direttamente su piattaforma digitale (come ad esempio Netflix o Spotify), e per le quali un collegamento con il paese in cui risiedono gli utenti (in particolare, i fruitori del servizio) è ancora più labile ed incerto.

La scelta del legislatore nazionale, per quanto criticabile in ragione dell’incertezza che introduce nel sistema, e della difficile applicabilità in ragione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti, ha però il pregio di essere coerente con quanto auspicato dall’OCSE nell’Azione 1 dedicata all’economia digitale: quindi di concretizzare una scelta di politica fiscale condivisa fra i paesi dell’Organizzazione di Parigi e di tutti gli altri che, comunque, si sono riconosciuti nel piano d’azione BEPS e nelle raccomandazioni finali che da esso sono scaturite.

3. Le *condizionalità* europee alla tassazione della *Economia digitale*

Nella sua proposta di intervento sulla “Economia digitale”¹¹, la Commissione europea si è mossa lungo quello che un precedente Ministro dell’Economia avrebbe definito un “sentiero stretto” di politiche

¹¹ Il pacchetto di proposte da parte della Commissione europea è illustrato su https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. In letteratura N. Nieminen, *The scope of the Commission’s digital tax proposals*, in *Bulletin for international taxation*, 2018, p. 664.

fiscali concretamente attuabili, limitato com'è sia da aspetti giuridici inerenti il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che dalla rete di trattati e di convenzioni contro le doppie imposizioni stipulati dagli stati membri dell'Unione, che appartengono anche all'OCSE. Oltre a questi profili, attinenti rispettivamente il diritto eurounitario e quello prettamente internazionale, vi sono poi le distinte posizioni degli stati nel quadro di una politica fiscale che li vedrebbe magari rispettivamente come vincitori o sconfitti in uno scenario votato alla tassazione dell'economia di Internet in ragione del ruolo di importatori o esportatori di servizi digitali.

Ultima, ma non meno importante, va considerata anche la possibilità di ipotizzare forme di cooperazione rafforzata che, per quanto non formalizzate nel quadro iniziale della proposta di direttiva, potrebbero portare nell'ambito della fiscalità della "Economia digitale" ad un esito analogo a quello che ha contraddistinto una analoga proposta europea riguardante la tassazione delle transazioni finanziarie, per la quale la tanto auspicata (e giuridicamente necessitata) unanimità non era stata conseguita.

L'Unione dal canto suo ha già, e con successo, legiferato sull'economia digitale sia per quanto riguarda il sistema di imposta sul valore aggiunto che, seppure indirettamente, in materia doganale.

In questo secondo campo l'attuale Codice doganale conferma la possibilità di computare nel valore delle merci anche quello delle proprietà intellettuali ad esse connesse¹², e che concorrono a creare il valore ai fini dell'applicazione del tributo. Questo naturalmente è vero per gli accordi di distribuzione commerciale, spesso utilizzati per deprimere il valore di beni importati ai fini dell'applicazione dei dazi doganali, ma può essere anche valido per i prodotti informatici (*hardware*) il cui funzionamento dipende imprescindibilmente da porzioni di *software* in essi installati, o da installare successivamente. La prassi ha già registra-

¹² M. Allena, "Royalties" e valore in dogana, in *Dir. e prat. trib.*, 2014, I, p. 865.

to casi in cui operazioni di *unbundling* del valore dei beni mobili importati sono state efficacemente contrastate dall'Agenzia delle Dogane, nell'ottica evidentemente di ricostruire in modo perfetto la catena del valore alla luce dei tributi all'importazione.

Sicuramente più interessanti sono stati gli interventi in materia di imposta sul valore aggiunto, che hanno determinato in un passato oramai piuttosto risalente un mutamento del quadro impositivo del tributo dal punto di vista della territorialità, che ancora ne costituisce il baricentro. Questo nonostante tentativi di superamento recenti, e di spostamento del regime di territorialità IVA finalmente al regime definitivo auspicato sin dalla sua introduzione). Nel sistema IVA la direttiva di rifusione del 2006 (2006/112) individua specifici criteri applicabili alle operazioni in rete, e comunque digitali, che sono poi stati efficacemente trasfusi nel domestico d.P.R. n. 633/72. Nonostante le complessità di ordine quantitativo, pare oramai confermato un modello di applicazione dell'imposta che sposta l'addebito del tributo (e giocoforza la *compliance* che da esso deriva) nel paese in cui o sono localizzati i fruitori dei servizi *online* oppure a livello centralizzato in un solo stato, che poi agisce in qualità di *proxy* nei confronti di tutti gli altri sia per quanto riguarda l'attività di controllo che l'effettivo riparto del tributo effettivamente riscosso.

Si tratta di una soluzione coerente con la *ratio* del tributo, che restando finalizzato ad incidere su consumo, per evidente simmetria dovrebbe andare a beneficio del paese in cui l'effettivo consumatore risulta localizzato (o meglio, ove il consumo ha luogo). Anche in questo contesto non sono mancate le critiche e le difficoltà operative: in particolare, si è evidenziato che il radicamento territoriale di un utente risulta a tratti opinabile, nella misura in cui è pur sempre possibile, in rete, alterare la propria localizzazione per simulare la residenza in un diverso territorio. Si tratta di interrogativi ai quali neppure la proposta di direttiva sulla *Digital Services Tax* riesce a fornire convincenti soluzioni.

Se dunque nell'ambito delle imposte indirette già conosciute i margini d'intervento delle Commissione e dell'Europa sono o particolarmente esigui o già esauriti (come nel caso dell'IVA), la situazione non è più felice per quanto riguarda le imposte dirette.

In questo specifico contesto, come si è detto in precedenza, i margini d'intervento dell'Unione sono stretti fra i vincoli del Trattato e il *network* di convenzioni contro le doppie imposizioni vigenti.

È a tutti noto che il Trattato non garantisce all'Europa spazi di intervento particolarmente penetranti nell'ambito delle imposte dirette: la situazione attuale peraltro è addirittura peggiorata quando, dopo il Trattato di Lisbona è stato espunto dall'ordinamento eurolunitario l'unico riferimento alla fiscalità diretta, che impegnava la Commissione a promuovere accordi fra stati orientati alla rimozione della doppia imposizione¹³.

La necessità di unanime consenso, unitamente a una base giuridica particolarmente debole (la necessità di funzionamento del mercato comune) ha reso gli interventi dell'Unione in questo contesto episodici, circoscritti nello scopo, e conseguiti dopo un tempo tale da renderli spesso già superati dallo sviluppo tumultuoso dell'economia reale. In particolare quest'ultimo aspetto (la sensibilità del fattore temporale) finirebbe per frustrare ogni ipotesi di utile intervento nell'ambito dell'economia digitale che esige risposte entro termini oramai non più procrastinabili. I limitati margini di intervento dell'Unione europea nel contesto della fiscalità diretta sono poi plasticamente testimoniati dal percorso tortuoso (e non ancora compiuto) che ha caratterizzato (e sta caratterizzando) la proposta europea in merito alla base imponibile comune. Questa potrebbe indubbiamente risolvere una buona parte delle problematiche dell'economia digitale, ma ancora langue in attesa di quel consenso di cui si è fatto riferimento in precedenza¹⁴.

Solo alla luce di queste *condizionalità*, per usare una terminologia cara al Fondo monetario internazionale, si possono comprendere le

¹³ Art. 293 del Trattato di Roma, non presente nell'attuale formulazione.

¹⁴ Si veda nota 12 *supra*.

scelte strategiche della Commissione in merito alla tassazione dei servizi digitali. La proposta di direttiva in questo senso (che fa il paio con quella dedicata invece alla stabile organizzazione digitale) si inserisce perfettamente nel “sentiero stretto” già richiamato, e intende dare risposte concrete e azionabili in una logica *de iure condito*.

Ancora prima di affrontare il tessuto normativo della proposta di direttiva, così come pubblicato nel marzo 2018, è evidente che la maggior parte delle scelte effettuate si rivelino essere delle semplici conseguenze dello scenario sopra prefigurato. In ragione dei vincoli, interni ed esteri, alla modifica delle imposte vigenti, il prelievo sulla “Economia digitale” doveva essere pensato come un tributo del tutto nuovo, a modo suo un *Tertium genus* nel panorama europeo. Per gli stessi motivi, avuto riguardo alle limitazioni giuridiche riguardanti l'imposizione diretta, la nuova forma di prelievo doveva essere considerata come tributo indiretto, invero altro rispetto a quelli tradizionalmente applicati, e in particolare all'IVA. Infine, avuto riguardo alle difficoltà nell'individuazione dell'economia digitale (nel senso che, con un ragionevole grado di approssimazione, tutta l'economia sviluppata odierna è, più o meno intensamente, digitale), il tributo dovrebbe trovare applicazione soltanto a specifiche attività individuate dal legislatore, contribuendo così a garantire la certezza applicativa e dunque la gestibilità da parte dei contribuenti. Ultimo, ma non meno importante, requisito: il nuovo tributo dovrebbe trovare una solida giustificazione, per così dire, di diritto pubblico, nel legittimare un prelievo da parte di uno stato nei confronti del quale il nesso di collegamento, classicamente inteso, non risulta verificato né per l'IVA (il richiamo qui non è al consumatore ma al prestatore del servizio, che è il soggetto passivo del medesimo) né per le imposte dirette che, come noto, sono ancora radicate sul concetto della stabile organizzazione per giustificare una forma di prelievo a favore di uno stato in cui l'imprenditore commerciale non risulta essere residente.

Di qui l'ultimo tassello dell'innovazione: quello che consiste nel voler ascrivere al consumatore del servizio (il cliente del medesimo) un

segmento di creazione del valore di quest'ultimo: quasi alla stregua di un suo contributo causale alla redditività dell'impresa non residente, giustificando quindi in tal modo la tassazione del soggetto non residente in un paese in cui egli non è localizzato, nella misura in cui il fruitore del servizio concorre all'economia del non residente stesso. Insomma, se ogni consumatore è anche produttore del servizio, allora risulta così giustificata la tassazione del soggetto non residente anche nel luogo in cui è localizzato il suo cliente (che viene ad essere inteso come parte del processo produttivo).

Questo, in estrema sintesi, il codice genetico nell'imposta sui servizi digitali così come resa pubblica dalla Commissione nello scorso anno, e destinato ad influire sulle scelte domestiche a prescindere dalla sua effettiva adozione (oramai quanto meno incerta), come peraltro già si è verificato in Italia.

4. Il tentativo di superamento dei vincoli internazionali mediante l'introduzione di un nuovo tributo: un'analisi delle linee essenziali della proposta di direttiva

La direttiva sui servizi digitali è stata pubblicata, dopo una lunga gestazione, nel marzo del 2018. Essa ha concorso a formare un pacchetto molto più ampio con il quale la Commissione europea ha inteso finalmente prendere una posizione univoca nei confronti della "Economia digitale" e delle sollecitazioni che erano arrivate dall'OCSE in questo senso. Il pacchetto di misure consta di due (proposte di) direttive (oltre a quella qui in esame, quella sulla stabile organizzazione "digitale") e la raccomandazione ai paesi dell'Unione in merito alla necessità di mutare le *policy* sulla fiscalità digitale¹⁵.

¹⁵ Si veda nota 12 *supra*.

Nonostante poco più di un anno sia passato dalle prime discussioni sul testo, e soprattutto alla luce delle ultime decisioni prese¹⁶, è ragionevole ritenere che esso non vedrà la luce nella sua formulazione attuale, senza però che ciò faccia venire meno la sua importanza, né dal punto di vista interpretativo, né nella prospettiva della politica fiscale dell'Unione in generale e della prossima Commissione in particolare. Da un lato corrisponde al vero che, ad oggi, numerosi paesi dell'Unione hanno sollevato riserve in merito alla sua effettiva attuazione, paventando verosimilmente perdite di competitività delle imprese che sono residenti sul loro territorio, se non addirittura misure di rappresaglia da parte di giurisdizioni straniere. È però altrettanto vero che svariati stati, tra i quali l'Italia, hanno già dato spontanea, unilaterale, attuazione ai principi della (proposta di) direttiva, accettandone la *ratio*, alcuni profili applicativi e perfino determinati parametri (si pensi all'aliquota). Altri paesi, come ad esempio la Germania e la Francia, in dichiarazioni bilaterali (al di fuori della dialettica eurounitaria delle fonti, ma adottando piuttosto strumenti di *Soft law*) si sono impegnati a darne attuazione, e hanno fatto seguire, almeno nel caso della Francia, alle parole i fatti¹⁷.

La (proposta di) direttiva sulla *Digital Services Tax* insomma si avvia ad essere, a prescindere dalla sua effettiva attuazione, un archetipo di tassazione dei servizi digitali che, ben lungi dal costituire un mero esercizio intellettuale da parte della Commissione, potrà verosimilmente diventare un utile strumento interpretativo delle scelte domestiche nell'Unione europea, oltre magari un parametro di raffronto della compatibilità di posizioni nazionali con la disciplina eurounitaria (in particolare con il divieto di aiuti di stato che pare interessare soluzioni di DST sensibilmente diverse a quella qui tratteggiata).

¹⁶ Si veda nota 9 *supra*.

¹⁷ Si veda la “Dichiarazione di Meseberg” del 19 giugno 2018, reperibile su <https://archiv.bundesregierung.de/archiv-de/meta/startseite/meseberg-declaration-1140806>, da parte dei Governi tedesco e francese.

Il fulcro della (proposta di) direttiva consiste nella individuazione del presupposto d'imposta che viene individuato in una categoria specifica di servizi digitali: quelli nei quali si registra un contributo attivo del fruitore, che ne concorre alla formazione del valore. Anche se naturalmente nel testo dell'atto ciò non emerge, pare chiaro il riferimento in astratto a tutte le ipotesi di *Social network*, di *gaming* evoluto e di scommesse *online*. Nonostante la diversità dei servizi prodotti e la peculiarità delle diverse piattaforme, in tutti questi casi la base imponibile viene a essere costituita e determinata da quella che nel lessico della direttiva è definita come la "*Monetisation of user input*" vale a dire la creazione di valore che scaturisce direttamente da un ruolo proattivo del fruitore del servizio. È appunto la dinamicità di quest'ultimo (e non la sua mera passività) che concorre a creare il valore della piattaforma, quindi la sua appetibilità, ad esempio, per gli inserzionisti pubblicitari¹⁸; e di conseguenza anche la legittimazione, in una logica di diritto tributario internazionale, del paese di residenza del consumatore, all'esercizio della potestà tributaria. È infatti vero che nonostante l'impianto chiaramente rivoluzionario della *Digital Services tax*, questa non voglia discostarsi dai fondamenti classici del diritto tributario internazionale, in particolare laddove si esige comunque un nesso di collegamento fra il presupposto d'imposta e il territorio del paese che pretende di assoggettarlo a tributo.

Tale presupposto consiste, nella *Digital Services Tax*, nell'erogazione di un servizio digitale al cui valore abbia contribuito il consumatore del servizio stesso, che a sua volta è localizzato nel territorio del paese che

¹⁸ Si pensi ad esempio, nell'ambito dei social network, alle differenze fra piattaforme quali *Facebook* e *Google+*. La seconda delle due nonostante promossa e supportata dalla più grande multinazionale del settore, da mesi chiusa perché incapace di generare valore. Ciò non tanto per la povertà tecnica della soluzione informatica (inverso all'avanguardia) o per il costo del servizio (che è gratuito) ma perché, semplicemente, non è popolata da utenti, il che scoraggia la partecipazione (in una sorta di circolo vizioso) e quindi le inserzioni pubblicitarie (nessuna impresa ha interesse a promuovere la propria immagine in luoghi digitali che nessuno frequenta).

pretende l'applicazione del tributo. Volendo utilizzare le parole della stessa Commissione laddove ha esplicitato l'obiettivo della direttiva: "*What DTS targets is the transmission for consideration of data obtained from a very specific activity (user's activity on digital interfaces)*".

Si tratta dunque di un obiettivo di gran lunga più selettivo rispetto alle prime proposte di tributo sui servizi digitali, e che tiene conto del fatto che soltanto le attività in cui il consumatore ha un ruolo significativo possano essere intercettate da questa forma di prelievo. In un gioco di chiaroscuri, ne restano per contro virtualmente esclusi sia i modelli tradizionali di commercio elettronico online (*Ebay Inc.*, e forse anche *Amazon*, per quanto in questo contesto la profilatura dell'utente da parte della multinazionale e la gestione evoluta dei *Feedback* nella dinamica dei prezzi possa far sorgere qualche riserva), sia i servizi in cui il consumatore finale resta meramente passivo (o in cui la profilatura di fatto si esaurisce in una mera ottimizzazione dell'erogazione del servizio (qui il riferimento potrebbe essere ai modelli come la piattaforma *Youtube premium* gestita da *Alphabet*, e *Spotify*)).

Ugualmente dovrebbero restare esclusi dalla *Digital Services Tax* europea servizi ad alto valore aggiunto come quelli di connettività, singolarmente intesi, come *Skype* e alcune porzioni delle *suite Adobe* (come *Acrobat Connect*) così come, da ultimo, diversi servizi *cloud*, con o senza profilazione dell'utente (*Dropbox* e simili, *Microsoft Office 365* ed *Evernote*, tanto per richiamare alcuni dei *software* di più largo impegno e maggiormente utilizzati dall'utenza generalista oggi nel nostro paese).

Nonostante il filtro di natura qualitativa, la Commissione europea ha ritenuto opportuno applicare il tributo (con una aliquota del 3% riferibile ai proventi lordi dell'attività globalmente intesa) al netto dell'eventuale imposta sul valore aggiunto comunque esatta (art. 3, § 2 della proposta di direttiva) a un novero di potenziali soggetti passivi individuati anche in base a criteri meramente quantitativi, commisurati al loro fatturato mondiale e a quello realizzato all'interno dell'Unione europea. Al di là delle cifre fissate dalla Commissione (rispettivamente € 750.000.000 e €

50.000.000) è utile sottolineare la loro identità con quelle stabilite per l'applicazione (auspicata, in chiave prospettica) della CCCTB. Nelle parole della Commissione l'intera proposta di *Digital Services Tax* è in realtà un rimedio “*Second best*” alla mancata attuazione della CCCTB all'interno dell'Unione per mancanza del consenso previsto. Come tale è essenzialmente intesa ad incidere sui *Market makers* di determinati servizi digitali, tralasciando invece gli operatori di minori dimensioni (il richiamo effettuata dalla Commissione in questo caso è al “*Digital footprint*” da parte dei potenziali soggetti passivi del tributo). Analoghe esigenze operative hanno reso necessaria l'esclusione di soggetti che operano su piattaforme digitali sul mercato finanziario e di specifici servizi infragruppo (i quali per vero resterebbero verosimilmente in ogni caso esclusi dall'applicazione dell'imposta, anche senza tenere in considerazione l'espressa previsione della direttiva).

Esaurita con ciò una disamina istituzionale della proposta imposta sui servizi digitali, resta tuttavia da chiarire da un lato la tassonomia di questa forma di prelievo, dal punto di vista strettamente teorico, e dall'altro il meccanismo di riparto del suo gettito alla luce di specifiche *Allocation rules* che la Commissione si è premunita di individuare, per evitare fenomeni di doppia tassazione all'intero dell'Unione oppure, al contrario, di vero e proprio salto d'imposta.

Dal primo punto di vista, è difficile isolare un archetipo al quale ricondurre la *Digital Services Tax*: in fin dei conti, forse, ciò non è neanche del tutto utile dato che nella dimensione domestica, come si avrà modo di vedere, il legislatore si è già preoccupato di estendere al tributo qui in esame la disciplina applicabile all'IVA per quanto riguarda i poteri di controllo dell'Amministrazione finanziaria e l'insieme degli adempimenti formali da parte del soggetto passivo.

Vero è che la *Digital Services Tax* sembra quasi rivestire le forme di un'accisa sui servizi digitali, data la sua applicazione concentrata su determinati operatori, la sua natura indiretta, la dimensione monofase della sua attuazione e la determinazione della base imponibile. Indubbi sono

anche i profili di distinzione rispetto alle accise propriamente dette, che operano su distinti presupposti e rispondo a logiche altre rispetto a quelle della *Digital Services Tax*. In particolare, nell'ipotesi delle accise propriamente dette, è costante il richiamo alla materialità del bene colpito dal tributo, sia esso un olio minerale o un qualsiasi altro bene rilevato da quella forma di tassazione. È però anche altrettanto vero che proprio il progressivo affermarsi di un'economia (puramente) digitale potrebbe portare anche il legislatore tributario ad adattare forme di prelievo ormai plurisecolari a un diverso modo di estrarre valore. In questo caso, magari, non già dal suolo o dalla elaborazione di determinate risorse naturali, quanto piuttosto dall'estrazione dei dati e dalla loro successiva rielaborazione mediante meccanismi di intelligenza artificiale, *big data* e così via.

Più agevole, se non altro dal punto di vista qualitativo, è invece il tema attinente alla territorialità, che reca con sé gli inevitabili profili riguardanti la *compliance* specifica dell'imposta (peraltro dettagliatamente affrontata dal legislatore nazionale). Se la *Digital Services Tax* ha trovato la sua giustificazione nel tentativo di contrastare efficacemente forme di erosione della base imponibile a favore di multinazionali non residenti nel territorio dell'Unione europea (o, più prosaicamente, di riallineare il potere di d'imposizione al luogo di creazione del valore dei servizi veicolati attraverso la rete) è però altrettanto vero che una volta redistribuito all'interno dell'Unione il gettito del tributo, il passaggio successivo impone una sua suddivisione (un *apportionment*) fra i diversi stati, auspicabilmente in ragione della presenza sul territorio dell'uno o dell'altro di quegli stessi produttori-consumatori che concorrono alla catena del valore del servizio erogato.

La Commissione in questo contesto ha adottato forse l'unica soluzione tecnicamente possibile: tuttavia non scevra da imprecisioni e anche da profili di aleatorietà. Da Bruxelles infatti è giunta la proposta di considerare con elemento idoneo alla localizzazione del *Pro-sumer* e conseguentemente fattore di rilievo nella allocazione del gettito di tributo fra stati, l'indirizzo IP (*Internet Protocol*) di accesso alla rete.

Questo parametro sarebbe inteso come *proxy* adeguato dell'effettiva residenza dell'individuo.

È a tutti noto che il riferimento geografico generato dall'individuazione dell'IP, ben lungi dall'essere statico (o meglio, non necessariamente essendo tale), può essere schermato o anche dirottato mediante il semplice uso di *Software* liberamente accessibili sul mercato, o VPN (*Virtual Private Network*), che non richiedono una straordinaria preparazione da parte degli utenti. Tuttavia, è ragionevole ritenere che nonostante tale vulnerabilità (considerata accettabile) il riferimento all'accesso e all'IP dell'utenza rimane pur sempre un parametro oggettivo, che permette un alleggerimento significativo degli oneri dell'operatore economico, così come anche la proposta di utilizzazione del meccanismo di MOSS per facilitare ulteriormente la *compliance*.

Queste, in estrema sintesi, le stelle polari tra le diverse *Allocation keys* suggerite nel testo della direttiva, che solo in parte sono poi state accolte dal legislatore italiano laddove ha recentemente modificato la sua *Digital Services Tax* applicabile nel territorio della penisola.

5. Profili di diritto comparato: le strategie degli altri paesi al di fuori dell'Unione europea

La scelta di introdurre una imposta sui servizi di gitali ha accomunato l'Unione europea a diversi altri paesi nel mondo che si sono trovati ad affrontare le stesse problematiche, essenzialmente ascrivibili a quel *mismatch* fra luogo di creazione del valore e potestà impositiva dello stato che si è discusso ai paragrafi precedenti. Ciò ha riguardato sia stati che come quelli europei hanno visto la loro base imponibile erosa, sia gli stessi Stati Uniti d'America, per i quali la fiscalità dei servizi digitali e del commercio elettronico ha assunto una dimensione affatto particolare.

Proprio gli Stati Uniti si erano distinti, in passato, per un atteggiamento rinunciatario in merito alla tassazione delle transazioni digitali,

in particolare per quanto riguarda la possibilità di uno stato (degli USA) di assoggettare ad imposta (indiretta, sui consumi) la cessione di beni realizzata da un operatore economico localizzato in un altro stato dell'Unione nordamericana e facilitata dallo strumento elettronico. Dal punto di vista operativo, ci si chiedeva se uno stato potesse esigere da parte di un'impresa residente in un altro stato l'adempimento di obblighi formali (registrazione della cessione e individuazione del cliente) onde facilitare il primo paese nell'individuazione del consumatore residente sul suo territorio e quindi l'esazione dell'imposta sulle vendite.

La Corte Suprema americana aveva tradizionalmente negato questa possibilità¹⁹, determinando di conseguenza un importante perdita di gettito nel bilancio dei singoli stati, impossibilitati a contrastare, per carenza di informazioni, una evasione fiscale particolarmente pervasiva. Nell'impostazione costituzionale statunitense, e in particolare alla luce della *Commerce clause*, non era possibile per uno stato imporre obblighi di natura tributaria a un operatore economico localizzato in un altro stato che non avesse nel primo un punto vendita, una succursale o, per dirla con il lessico del diritto tributario internazionale, financo una *stabile organizzazione*. In effetti tale imposizione avrebbe creato un onere amministrativo non indifferente per l'imprenditore non residente nell'altra giurisdizione, ma ivi operante mediante un'infrastruttura informatica: tale onere poi si sarebbe potuto replicare per tutti gli altre cinquanta stati dell'Unione rendendo insostenibile dal punto di vista economico una impresa internazionale (ma al contempo intra-unionale).

Tale linea interpretativa nel corso del 2018 è stata diametralmente rovesciata dalla stessa Corte Suprema che, nel precedente *Wayfair* ha per converso confermato la potestà impositiva del paese in cui è localizzato l'acquirente del prodotto *online* (o il fruitore del servizio) indipendentemente dal fatto che il prestatore del servizio abbia nello stesso territorio una sua sede, e in senso contrario a quanto stabilito nel precedente

¹⁹ Quill Corp. v. North Dakota, 504 U.S. 298 (1992).

“*Quill*”. Si tratterebbe, almeno all’apparenza, di una conferma in via giurisprudenziale della posizione tenuta dalla Commissione oltreoceano, laddove la *Significant Digital Presence* viene finalmente riconosciuta anche nell’ordinamento statunitense: proprio da quel paese che aveva giudicato con maggior scetticismo le scelte dell’Unione in merito.

Va tuttavia osservato che le analogie e fra le due situazioni non vanno esaltate oltre il dovuto, e che molte delle suggestioni restano solamente tali. Innanzitutto il precedente della Corte Suprema riguarda imposte sul consumo, per le quali è ancora più forte (e conforme ai principi tradizionalmente accettati) il radicamento con il territorio in cui è localizzato il soggetto passivo stesso (se non altro in senso economico). Inoltre, la controversia non riguardava l’applicazione dell’imposta, ma solo specifici obblighi di *compliance*, ivi inclusa la necessità di tracciare le singole cessioni di beni, ferma restando l’esclusiva soggettività passiva del consumatore finale localizzato in un altro stato. Ci si trova dunque all’apparenza ai di fuori di meccanismi sostitutivi di applicazione del tributo, come invece accade all’interno del sistema d’imposta sul valore aggiunto in Europa. Inoltre, ultimo ma non meno imperante, la cornice costituzionale di riferimento rimane profondamente diversa. Nel caso della Corte Suprema statunitense la controversia riguardava la modalità circa l’esercizio della potestà tributaria statale di un paese all’interno dell’Unione, avente ad oggetto un tributo di sua esclusiva spettanza. In questa prospettiva la Corte Suprema si è vista sollecitata a contemperare l’esercizio della potestà impositiva (statale) con la clausola di libero commercio (federale) in uno stato comunque unitario. Nella prospettiva europea il quadro di riferimento è profondamente diverso, posto che non di Unione si tratta (non nel senso di un paese federale come gli USA quantomeno) e in ragione del fatto che la potestà nell’ambito di imposte indirette “altre” rispetto al sistema IVA e a quelle espressamente armonizzate come le accise deve essere contemperata solo nel quadro di una piena realizzazione del mercato comune. Insomma si tratta di una cornice forte nel caso degli USA, e di una ancora

non perfetta nel caso dell'esperienza europea. Anche da questo, probabilmente, si può inferire una maggiore penetratività del *decisum* della Corte Suprema statunitense rispetto alla dimensione eurounitaria e alle scelte fatte proprie dalla Commissione europea.

Insomma permane una distanza sensibile fra le circostanze di fatto (e in punto di diritto) che hanno riguardato il precedente *Wayfair*²⁰ e quello che avviene in Europa: resta però al contempo una mutata sensibilità della Corte Suprema USA, che, espressamente, all'interno della sentenza richiama concetti fatti proprio pochi mesi prima dalla Commissione europea (improbabile tuttavia una contaminazione in questo senso, che non emerge nella sentenza) come quello di “presenza digitale significativa” in un altro paese, e la necessità comunque avvertita di mitigare le diverse pretese tributarie dei distinti paesi dell'unione.

Gli Stati Uniti non sono evidentemente l'unico paese che ha preso importanti decisioni (seppure in via solo giurisprudenziale) in merito a una imposizione sul commercio elettronico o su servizi digitali.

Per prima la Gran Bretagna, in Europa, si è mossa con norme di contrasto all'erosione dell'imponibile perpetrata (anche) mediante l'utilizzo improprio di reti di distribuzione di servizi digitali. Nel 2015, pressoché contemporaneamente al rilascio del primo rapporto definitivo del progetto BEPS, il Regno Unito introduceva nel suo ordinamento una nuova imposta, la *Diverted Profit Tax*²¹, che era finalizzata da un lato a contrastare efficacemente le multinazionali che occultassero la stabile organizzazione nel Regno, o che sfuggissero altrimenti alla definizione tradizionale di sede fissa d'affari mediante un'infrastruttura digitale. Oltre a ciò introduceva un'imposta perequativa sui proventi in ogni caso asseritamente spostati dalla Gran Bretagna presso un'altra giurisdizione (peraltro prevedendo in questo caso un'imposta punitiva, in quanto determinata con un'aliquota superiore di cinque punti a quella ordinaria sulle società).

²⁰ *South Dakota v. Wayfair, Inc.*, 585 U.S., 2018.

²¹ P. Baker, *Diverted profits tax: a partial response*, in *British Tax Review*, 2015, p. 167.

Insomma la scelta anglosassone è stata probabilmente nel senso di inquadrare la tassazione dell'economia digitale in chiave patologica, introducendo misure di contrasto a fenomeni abusivi (o asseritamente tali) realizzati mediante l'erogazione di servizi su piattaforme *web*. Il tratto distintivo di questa linea interpretativa è quello secondo il quale l'economia digitale, di per sé, si colloca ai limiti della lecita pianificazione fiscale nella misura in cui permette un disallineamento (come si è spesso indicato) fra luogo in cui il reddito realizzato e quello in cui esso è assoggettato a tassazione. Davanti a questa situazione v'è chi ritiene che tale esito sia una conseguenza di misure fiscali che oramai hanno segnato il loro tempo, e che vanno pertanto modificate e chi, come all'apparenza la Gran Bretagna, è dell'opinione che tale esito atro non sia che un indice sintomatico di pianificazione fiscale aggressiva, e che come tale possa trovare rimedio mediante una applicazione più rigorosa o puntuale di disposizioni di contrasto. Si tratta, a ben vedere, di una linea d'azione non troppo dissimile da quella italiana, laddove ha introdotto nel nostro paese il concetto di stabile organizzazione occulta ancor prima della imposta sui servizi digitali, e proprio nell'ottica di fornire all'amministrazione uno strumento di contrasto efficace a modelli di pianificazione fiscale particolarmente aggressiva che si sviluppino anche (ma non solo) attraverso siti *web* o modelli di commercializzazione di prodotti o servizi in un paese, senza che contestualmente si verifichino i requisiti tradizionalmente previsti per la stabile organizzazione.

Insieme alla Gran Bretagna, anche l'India²², così come altri paesi, ha recentemente introdotto forme di contrasto a forme di pianificazione fiscale aggressiva che si realizzano soprattutto attraverso infrastrutture digitali. Si tratta di misure che in modo divulgativo o descrittivo la stampa occidentale ha raccolto all'interno della categoria delle "*Google taxes*" dato che, seppure con meccanismi diversi, sono finalizzate ad

²² M.K. Singh, *Taxation of digital economy: an Indian perspective*, in *Intertax*, 2017, p. 467.

individuare una nuova soggettività passiva delle multinazionali attive nel settore dell'*Information Technology*.

L'India tuttavia è intervenuta attraverso un sistema profondamente diverso rispetto a quello anglosassone, anche europeo, che si distingue anche da tutti gli altri ad oggi praticati alle diverse latitudini. Essa ha introdotto un'imposta strutturale la cui applicazione non dipende da veri o presunti fenomeni di pianificazione fiscale aggressiva, ma che insiste con un'aliquota del 6% su ogni transazione digitale, intendendo per tale sia le forme di commercio elettronico tradizionale (indiretto) che evoluto o di ultima generazione. Si tratta di una ritenuta alla fonte sui pagamenti effettuati a favore di soggetti non residenti la cui accettabilità, dal punto di vista delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, è tutta da verificare (a conti fatti, si tratta di un prelievo alla fonte su *business income* che il modello di convenzione OCSE esclude qualora non esista una stabile organizzazione nell'altro paese).

6. La scelta italiana nella legge di stabilità per il 2019

L'Italia è intervenuta per ben due volte, e a due distinte riprese, sulla tassazione digitale. Mentre tutti gli altri paesi del mondo (e sicuramente quelli dell'area OCSE) si suddividono fra chi ha già legiferato in tema di *Digital Services Tax* e chi sta riflettendo sull'opportunità o meno di farlo, l'Italia procedeva spedita lungo la sua strada, complici forse esigenze di gettito evidenziate dal bilancio statale.

La prima *Web Tax*, peraltro mai entrata in vigore ancorché definitivamente approvata dal Parlamento, è stata concepita nel 2017. La seconda, che manifesta sensibili divergenze rispetto alla prima, è dell'anno successivo ed è entrata in vigore nel 2019 (ancorché si sia in attesa anche in questo caso di provvedimenti attuativi che dovrebbero vedere la luce auspicabilmente nel 2020). La scelta di intervenire nuovamente su un tessuto normativo che non aveva ancora avuto concreta

attuazione è derivata probabilmente dalla necessità di allinearsi maggiormente al mutato contesto europeo. Dalla data della pubblicazione della proposta di direttiva sui servizi digitali il consenso che la Commissione era venuta raccogliendo, spinta anche dall'opinione pubblica, è stato progressivamente eroso dal distinguo di diversi stati, rendendo di fatto quantomeno improbabile l'attuazione della (proposta di) direttiva nella sua formulazione attuale, anche nel nuovo termine del 2020, e al di fuori da ipotesi di applicazione mediante il sistema di cooperazione rafforzata.

L'imposta che il legislatore ci consegna per il 2019 è un tributo maggiormente calibrato sulla pubblicità raccolta dalle multinazionali del settore IT e nell'ambito di servizi di condivisione, nonché sulla cessione di dati e informazioni riguardanti gli utenti del servizio, per una loro profilatura commerciale. Si tratta evidentemente di un presupposto più limitato rispetto a quello previsto sia dalla prima versione dell'imposta sui servizi digitali che dalla soluzione europea. In effetti, è proprio il mercato della raccolta pubblicitaria che, in Italia, risente maggiormente delle distorsioni concorrenziali da parte dei giganti dell'economia digitale che possono fornire agli utenti italiani un servizio maggiormente profilato nei confronti dei potenziali clienti, sfuggendo a prelievo domestico sui compensi così ottenuti.

La seconda *Web Tax* italiana (questa sì, una *Digital Services Tax*) invece, pur prevedendo un filtro di natura quantitativa per limitare la platea dei soggetti potenzialmente interessati ed ulteriori disposizioni volte a imitare l'incidenza del tributo in una logica infragruppo, assoggetta a prelievo i ricavi ottenuti in Italia con l'aliquota (oramai di fatto standard nel panorama europeo) del 3% senza deduzione di costi afferenti l'attività nel territorio dello stato. Si tratta di un progetto di tributo meno ambizioso sia della prima versione che di quello proposto dalla Commissione, e come tale destinato ad impattare di meno nella dinamica interazionale fra stati, e verosimilmente ad attenuare quelle tensioni che erano state ipotizzate qualora la *Web Tax* europea avesse trovato effettiva applicazione.

Con il cambiamento impresso dalla legge di stabilità per il 2019, tuttavia, l'imposta sui servizi digitali ha cambiato anche il suo codice genetico, superando quella diversità europea che la collocava tra i tributi diretti, mantenendola distinta sia dall'imposta sul valore aggiunto che dalle altre forme di prelievo classiche.

La scelta di baricentrare il prelievo sui ricavi realizzati in Italia (da clienti italiani, che commissionano campagne pubblicitarie in rete, o che acquistano informazioni di profilatura su altri clienti qui residenti) sposta il tributo fra le forme di prelievo assimilate alle imposte sul reddito e dunque all'interno dell'ombrello convenzionale dell'OCSE. È infatti noto che le convenzioni contro le doppie imposizioni si applicano non solo ai tributi sul reddito previsti ai tempi in cui le convenzioni sono state concluse, ma anche a quelli successivi di analoga natura²³.

L'Italia in questo senso ha precedenti autorevoli, come ad esempio quello dell'IRAP, che pure è stata inclusa all'interno delle convenzioni contro le doppie imposizioni (chiaro in questo caso è proprio il riferimento alla convenzione con gli Stati Uniti d'America, che sarà probabilmente quella maggiormente interessata alla conflittualità scaturente dalla *Digital Services Tax*). E se allora la convenzione oggi è sicuramente applicabile all'imposta regionale sulle attività produttive nei confronti delle imprese statunitensi che operano in Italia (nel senso che queste non sono assoggettate ad imposta sul reddito o IRAP in assenza di una stabile organizzazione nella penisola), ben difficilmente si potrà insistere per l'applicazione della *Digital Services Tax* nei confronti delle stesse società, stante la maggiore prossimità di queste ai tributi sul reddito tradizionalmente considerati. Insomma, la scelta minimalista del legislatore domestico finirà per essere verosimilmente frustrata qualora le società multinazionali del caso (date le soglie quantitative previste davvero poche, e ben note, saranno le imprese concretamente inte-

²³ OCSE, Art. 2 del *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2017 (versione attuale).

ressate dal prelievo) organizzeranno la loro catena del valore investendo in Italia direttamente dagli Stati Uniti.

Resta evidentemente la possibilità di utilizzare, in congiunzione al nuovo prelievo, la norma sulla “stabile organizzazione occulta” già vigente, catalizzando su essa non solo i proventi realizzati in Italia dalla società non residente, ma anche l’ulteriore tassazione secondo la nuova imposta digitale. Si tratterebbe tuttavia una metodologia particolarmente aggressiva nei confronti del soggetto non residente che si inserisce non già in un quadro di fisiologici rapporti tributari, ma nel più angusto ambito di una verifica fiscale che abbia portato all’emersione di gettito già sottratto all’erario. È forse più probabile, a questo punto, che soprattutto in seguito all’intensa attività di verifica posta in essere dall’Amministrazione negli ultimi anni, le multinazionali di riferimento scelgano spontaneamente di radicarsi sul territorio dello stato mediante società controllate o stabili organizzazioni (a questo punto palesi) accettando il prelievo e provando piuttosto meccanismi di traslazione economica dell’onere del tributo nei confronti dell’utente domestico del servizio pubblicitario.

Così fosse, il legislatore avrebbe in ogni caso sortito il risultato di erodere la maggiore competitività dei servizi promozionali delle società non residenti a favore di quelle localizzate nel territorio dello stato, livellando così il *playing field* in questo delicato settore commerciale.

7. Considerazioni conclusive

Con un’imposta il cui testo è da poco pubblicato in Gazzetta Ufficiale, e che non ancora concretamente entrata in vigore, unitamente a una proposta europea che difficilmente uscirà dalle secche in cui il meccanismo di decisione unanime l’ha confinata, il tempo delle conclusioni è quantomeno prematuro.

Nonostante la complessità qualitativa delle forme di prelievo e la babele di prelievi domestici in cui la comunità internazionale e i paesi d'area OCSE si stanno impigliando, restano tuttavia evidenti luci e ombre della proposta europea, che saranno destinate a giocare un ruolo rilevante per i diversi stati, a prescindere dalle decisioni del Consiglio UE.

Alla Commissione europea va sicuramente riconosciuto il coraggio e la capacità di aver trasformato una pulsione comunemente avvertita da diversi *stakeholder*, non solo nel vecchio continente, in merito alla necessità di rendere il prelievo internazionale sulle grandi multinazionali della rete maggiormente conforme a esigenze di giustizia sociale e, in ultima analisi, redistributive. La proposta europea ha avuto in questo senso l'indubbio pregio, in un'ottica di politica fiscale, di rompere il ghiaccio, legittimando in un qualche modo le decisioni domestiche in una cornice internazionale e continentale.

Le ombre sono per converso tutte quelle che derivano dall'introduzione di un tributo concepito in laboratorio, su un presupposto a tratti sintetico, e a vantaggio di un paese o di un altro in base a meccanismi tecnici straordinariamente complessi e farraginosi, come l'identificazione digitale, la necessità di tracciare l'utente in rete, e così via. Se da un alto la scelta di inquadrare la *Digital Services Tax* fra le imposte indirette dovrebbe essere sufficiente a questa per sfuggire all'applicazione di convenzioni contro le doppie imposizioni, tuttavia non è chiaro cosa accada qualora il prelievo possa trovare applicazione concatenata. Si pensi al caso in cui gli spazi pubblicitari o i dati vengano mediati, nella loro circolazione, da intermediari o società regionali che le gestiscono per conto del soggetto non residente. Non è difficile immaginare situazioni in cui si possa astrattamente verificare un'applicazione concatenata della *Digital Services Tax*, che da tributo essenzialmente monofase rischierebbe, così come è stato formulato, di determinare una situazione di applicazione "di imposta su imposta" (invero, solo la soglia di natura quantitativa per la sua applicazione potrebbe scongiurare il rischio). Analogamente non è chiaro nel testo della direttiva come i costi sostenuti possano esser valorizzati in un paese piuttosto che in

un altro a fini del calcolo dell'imponibile e conseguentemente del tributo dovuto. Anche in questa particolare prospettiva una accurata "regia dei costi" potrebbe portare a frustrare lo scopo della proposta europea anche se l'inteso scambio di informazioni che oramai trova applicazione all'interno dell'Unione dovrebbe minimizzare siffatti rischi.

Alla luce di tali valutazioni di massima, la scelta italiana in questa prospettiva appare forse un poco rinunciataria e minimalista, ma magari per il medesimo motivo destinata a un maggiore successo.

Alessandro De Stefano
Università Europea di Roma

La stabile organizzazione nel sistema dell'economia digitale

Sommario: 1. La rilevanza del tema della “stabile organizzazione” ai fini della tassazione dei redditi di impresa dei soggetti non residenti – 2. La “stabile organizzazione” nella tradizione storica – 3. La nozione di “stabile organizzazione” – 4. La crisi del criterio di collegamento della “stabile organizzazione” quale strumento di riparto della potestà impositiva degli Stati nell'economia globalizzata – 5. L'analisi e le proposte dell'OCSE. Dalla “stabile organizzazione” alla “presenza economica significativa” – 6. Il tema della “stabile organizzazione” nel contesto del Progetto BEPS – 7. L'*iter* di attuazione del Progetto BEPS e la paralisi dell'*Action 1* – 8. Le ulteriori fasi del percorso di implementazione del Progetto BEPS: tra intenti comuni e contrasti di posizioni – 9. Le vie nazionali alla tassazione – 10. La via europea – 11. Le strategie italiane – 12. Considerazioni conclusive

1. La rilevanza del tema della “stabile organizzazione” ai fini della tassazione dei redditi di impresa dei soggetti non residenti

Le questioni che riguardano la tassazione dei redditi di impresa dei soggetti non residenti si incentrano sul tema della “stabile organizzazione”. Secondo le vigenti convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni, infatti, l'istituzione di una organizzazione permanente per condurre i propri affari in un altro Stato costituisce condizione necessaria per l'esercizio della potestà di tale altro Stato di sottopor-

re a tassazione il reddito prodotto dall'impresa non residente nel proprio ambito. La "stabile organizzazione" rappresenta dunque il tradizionale criterio di collegamento tra la potestà impositiva degli Stati e le attività commerciali svolte da un'impresa non residente nel proprio territorio.

Poiché le norme delle convenzioni internazionali, una volta recepite con legge, costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico dello Stato contraente, e poiché i vigenti principi costituzionali impongono di uniformare la legislazione interna ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» (art. 117, comma 1, Cost.), risulta evidente che il legislatore non può sottoporre alle ordinarie imposte dirette i redditi di impresa dei non residenti prodotti nel proprio territorio in mancanza di una "stabile organizzazione". Fa eccezione il solo caso (del tutto inverosimile nell'odierna realtà economica globalizzata) che si tratti di soggetto residente in uno Stato con cui non viga una convenzione per contrastare le doppie imposizioni.

I soggetti non residenti che siano privi di una "stabile organizzazione" nello Stato in cui realizzano i propri profitti, saranno tenuti a corrispondere le ordinarie imposte dirette solo con riguardo ai tipi di reddito che devono ritenersi ivi prodotti in base alla disciplina convenzionale (come avviene in misura integrale per i redditi fondiari ed in misura ridotta per gli interessi, i dividendi e le *royalties*), e non pure sui profitti qualificabili come redditi di impresa, che sono perciò localizzati e si rendono tassabili nel solo Paese di residenza. In aggiunta, tali soggetti potranno essere assoggettati a tributi che abbiano oggetto e presupposti diversi dalle imposte sul reddito coperte da una convenzione contro le doppie imposizioni, come avviene per le varie *web tax* o *digital tax* che nei tempi recenti gli Stati della fonte tendono faticosamente ad introdurre, senza molto successo, nei rispettivi ordinamenti.

Come è evidente, questo sistema prospetta rilevanti problemi di conformità della normativa vigente con i principi costituzionali che regolano gli obblighi contributivi, in tutti i casi, sempre più diffusi nel sistema

dell'economia digitale, in cui si renda possibile produrre profitti in altri Stati senza istituire in essi una “stabile organizzazione”, come definita dalle vigenti norme internazionali. Di ciò sono ben consapevoli i Governi, le Istituzioni internazionali, il mondo accademico e l'opinione pubblica, che considerano questo fenomeno come il primo e più rilevante esempio di sottrazione di materia imponibile alla potestà impositiva degli Stati.

È noto che nell'ultimo quinquennio l'*Organisation for Economic Cooperation and Development* (in sigla, OECD)¹ ha avviato un generale progetto di contrasto a tutti i fenomeni di erosione della base imponibile delle imposte sul reddito, originati dal dirottamento dei profitti dei grandi gruppi economici verso Stati che offrano un sistema fiscale di assoluto favore. Questo progetto, denominato *Base Erosion and Profit Shifting* (in sigla, BEPS), si articola in 14 azioni, oltre ad una azione a carattere procedurale. La prima di esse si rivolge alle specifiche problematiche generate dall'economia digitale a causa della crescente capacità delle imprese del settore di cedere beni e di fornire servizi a distanza, senza istituire nessuna “stabile organizzazione”, né di tipo materiale né di tipo personale, negli Stati in cui esercitano il proprio *business*.

Il presente contributo si propone di offrire una sintetica panoramica di queste complesse problematiche, delle proposte formulate per favorirne la soluzione, del grado di avanzamento dei progetti elaborati sul piano internazionale e delle iniziative *medio tempore* adottate dal nostro Paese. Per poter affrontare queste tematiche con la necessaria chiarezza, è tuttavia necessario un richiamo introduttivo a nozioni e regole di carattere generale, al progetto BEPS ed alle recenti novità legislative introdotte nell'ordinamento nazionale.

¹ In italiano, “Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico” (in sigla, OCSE).

2. La “stabile organizzazione” nella tradizione storica

La determinazione di collegare alla presenza di una “stabile organizzazione” la tassazione dei redditi di impresa realizzati da un soggetto non residente nello Stato in cui il profitto è effettivamente conseguito, risale al primo modello di Convenzione per evitare le doppie imposizioni, redatto dalla Società delle Nazioni nel 1928. Non si tratta – com’è ovvio – di un criterio di carattere assoluto, ma di un criterio puramente convenzionale, elaborato in un determinato contesto storico in base a specifiche contingenze ed a particolari ragioni di opportunità.

Questa soluzione fu adottata non senza oscillazioni e contrasti. Il gruppo di quattro esperti di fiscalità internazionale (Buins, Einaudi, Seligman e Stamp), che nel primo dopoguerra era stato incaricato di studiare i temi delle doppie imposizioni, si era orientato in realtà in diversa direzione. Nel rapporto finale redatto nel 1923 si poneva in evidenza l’esigenza di individuare il luogo di produzione della ricchezza² in base ad una pluralità di elementi (quali l’iniziale apparizione fisica del bene, i successivi adattamenti fisici, l’attività di trasporto e l’attività di vendita). Secondo questa impostazione, il riparto della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato di residenza avrebbe dovuto essere stabilito per “classi di attività”, in correlazione con la natura del reddito considerato e delle specificità del sistema di produzione (attività minerarie e petrolifere, attività industriali, attività commerciali).

Le conclusioni del rapporto dei quattro esperti furono però controverse, perché finivano per privilegiare la tassazione nel luogo della residenza piuttosto che in quello della fonte, in cui il profitto era effettivamente realizzato. Nel modello elaborato dalla Società delle Nazioni prevalse quindi una diversa impostazione, che individua il luogo della tassazione in rapporto alla categoria di appartenenza dei redditi prodotti all’estero dal

² Secondo il rapporto, *origin of the wealth*, e cioè *source* del reddito.

soggetto non residente. In questa ottica, si finì per individuare il luogo della tassazione nel Paese della fonte nel caso di redditi di natura “reale” e nel Paese di residenza in caso di redditi di natura prevalentemente “personale”; tra questi ultimi sono compresi i redditi di impresa, che secondo le prevalenti concezioni sono ascrivibili prevalentemente alla attività direttiva svolta dall’imprenditore nella propria sede, piuttosto che alle attività strumentali che si svolgono nei luoghi di produzione e/o di vendita. Per alcune tipologie di reddito (interessi, dividendi, *royalties*) si è prevista infine la ripartizione della potestà impositiva tra lo Stato della fonte e quello della residenza, salva l’introduzione di un criterio moderatore che impone di applicare un’aliquota ridotta sui redditi imponibili in entrambi gli Stati.

In questo contesto, la nozione di “stabile organizzazione” ha costituito fondamentalmente uno strumento di riequilibrio, che ha consentito di limitare la portata della regola generale della tassazione dei redditi di impresa nel Paese di residenza, che normalmente si colloca all’interno degli Stati con un’economia più sviluppata. A tutela dei Paesi più “deboli”, questo criterio di collegamento intendeva permettere la tassazione del reddito prodotto da un non residente anche nello Stato della fonte, nella parte imputabile alle attività svolte nel suo territorio per il tramite di una struttura fisica direttamente controllata dall’impresa estera o di agenti ad essa collegati ed ivi stabiliti.

3. La nozione di “stabile organizzazione”: a) nelle convenzioni internazionali...

Il sistema di tassazione dei redditi di impresa, delineato dal modello di convenzione elaborato dalla Società delle Nazioni nel 1928, è rimasto sostanzialmente invariato per oltre novanta anni. Esso è stato trasfuso nei vari modelli che sono stati elaborati in seguito dalla OCSE, ed è

poi filtrato nelle numerose convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni che sono state stipulate in base ad essi dagli Stati³.

Il paragrafo 1 dell'art. 7 del modello OCSE attualmente in vigore stabilisce 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*»⁴. Il paragrafo 2 della norma precisa poi che il reddito imputabile alla stabile organizzazione deve essere determinato in considerazione delle funzioni esercitate, degli *asset* impiegati e dei rischi assunti dall'impresa per il suo tramite⁵, ed il paragrafo 3 stabilisce che lo Stato di residenza deve adottare opportune misure per eliminare la doppia tassazione.

L'art. 5 del modello OCSE, a sua volta, definisce la nozione di “stabile organizzazione”, distinguendo la “stabile organizzazione materia-

³ L'ultima versione del modello di convenzione, approvata dal Consiglio dell'OCSE in data 18 dicembre 2017, può essere consultata all'indirizzo *web*: www.oecd.org/tax/treaties/oecd-approves-2017-update-model-tax-convention.htm. A differenza delle versioni precedenti, il titolo attuale, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, non contiene un richiamo espresso alla sua principale finalità di evitare le doppie imposizioni, in considerazione della presenza di altri concorrenti scopi, quali la prevenzione dell'evasione e dell'elusione fiscale e la non-discriminazione.

⁴ Traduz.: «I profitti di un'impresa di uno Stato Contraente potranno essere sottoposti a tassazione solo in quello Stato, a meno che l'impresa non intraprenda affari nell'altro Stato attraverso una stabile organizzazione in Esso costituita. Se un'impresa intraprende affari nelle predette forme, i profitti che possono essere imputati alla stabile organizzazione secondo le previsioni del paragrafo 2 possono essere tassati in questo altro Stato». La traduzione, alla pari di quelle successive, è dell'autore del contributo.

⁵ Secondo l'art. 7, paragrafo 2, del modello, l'imputazione avviene «*taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise*». Traduz.: «prendendo in considerazione le funzioni realizzate, gli *assets* usati e i rischi assunti dall'impresa attraverso la stabile organizzazione e le altre parti dell'impresa».

le” (della quale fornisce una esemplificazione positiva ed una negativa) dalla “stabile organizzazione personale”. Il significato e l’ambito di applicazione di queste disposizioni sono poi precisati dal commentario al modello, che contiene le opportune disposizioni ermeneutiche.

Né le norme del modello, né quelle del commentario, costituiscono fonte di diritto per gli Stati aderenti all’OCSE. Esse rappresentano elementi di *soft law*, in quanto orientano l’attività negoziale finalizzata alla stipula delle convenzioni internazionali e l’attività di interpretazione delle norme in esse contenute⁶. Ciò non di meno, esse rivestono una notevole rilevanza, perché gli obblighi di buona fede che gli Stati sono tenuti ad osservare nella fase negoziale ed in quella interpretativa impongono di tenere in particolare considerazione le disposizioni del modello, così come esplicitate nel commentario⁷.

⁶ Sul tema, cfr. S. Guglielmi, *Il ruolo del commentario OCSE nella interpretazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Il Fisco*, 2004, pp. 7467 ss..

⁷ Un ulteriore modello di riferimento, con relativo commentario, è stato elaborato dal Comitato di Esperti in materia di cooperazione fiscale internazionale istituito nell’ambito dell’Organizzazione delle Nazioni Unite nel 1968 e ricostituito nel suo ruolo attuale nel 2004 in base alla Risoluzione ECOSOC n.2004/69. Analogamente al modello OCSE, l’art. 7 di tale modello prevede che: «*The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment [come definita al precedente articolo 5: n.d.r.] situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment*». Lo *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries* può essere consultato all’indirizzo web: https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/it/.content/Documenti/dipartimento_pol_fisc/N0067665.pdf. Traduz.: «I profitti di una impresa di uno Stato contraente saranno tassati solo in detto Stato a meno che l’impresa non realizzi gli affari nell’altro Stato contraente attraverso una stabile organizzazione ivi costituita. Se una impresa realizza affari come detto innanzi, i profitti dell’impresa possono essere tassati nell’altro Stato, ma soltanto per la parte attribuibile a: (a) quella stabile organizzazione; (b) vendite in altro Stato di beni o merci di genere uguale o simile

Sulla base delle previsioni del modello sono state stipulate circa 3.500 convenzioni internazionali tra i vari Stati del mondo, nell'intento di favorire il commercio internazionale, evitando che un'irragionevole duplicazione delle imposte applicabili sulle attività svolte in un altro Stato possa creare pregiudizievoli barriere all'espansione economica ed allo sviluppo dei traffici⁸. La Repubblica Italiana è attualmente legata a tutti gli altri principali Stati da 96 convenzioni del genere, debitamente stipulate e recepite con legge nell'ordinamento nazionale⁹.

b) nell'ordinamento nazionale...

Nell'ordinamento nazionale, le norme convenzionali regolarmente recepite concorrono con le norme legislative interne che riguardano la stessa materia. Nell'ottica della risoluzione dei possibili conflitti, occorre dunque interrogarsi sulla disciplina dettata dalla legislazione domestica.

In primo luogo, giova sottolineare che anche la normativa interna prevede che i redditi di impresa dei non residenti siano tassabili nello Stato solo se imputabili ad una "stabile organizzazione" ivi costituita. Tale regola è filtrata dall'ordinamento convenzionale ed ha costituito un elemento tradizionale della disciplina della territorialità del reddito per i non residenti e della tassabilità dei redditi di impresa da essi prodotti nello Stato. Essa era già contenuta nell'art. 19, comma 1, n. 5), del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597¹⁰, è stata poi trasfusa nell'art. 20,

a quelli venduti attraverso quella stabile organizzazione; (c) altre attività di affari realizzati in quell'altro Stato di genere uguale o simile a quelli svolti attraverso quella stabile organizzazione».

⁸ Sul tema, cfr. P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, VII ed., Milano, 2016.

⁹ L'elenco ed il testo delle convenzioni vigenti, aggiornato alla data del 4 gennaio 2018, possono essere consultati sul sito del Ministero dello Sviluppo Economico all'indirizzo web: <https://www.finanze.gov.it/opencms/it/fiscalita-comunitaria-e-internazionale/convenzioni-e-accordi/convenzioni-per-evitare-le-doppie-imposizioni/>.

¹⁰ Per il quale: «Si considerano prodotti nel territorio dello Stato, ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti: [omissis] 5) i redditi

comma 1, lett. e), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, nel testo ante-riforma, ed è infine confluita nel vigente art. 23 del t.u.i.r., nel testo post-riforma. Tale regola ha quindi carattere generale e si rende applicabile anche ai soggetti residenti in Paesi non legati alla Repubblica Italiana da una convenzione per evitare le doppie imposizioni.

Tuttavia, nel testo antecedente alla riforma in vigore dal 1° gennaio 2004, l'ordinamento interno non conteneva alcuna definizione generale di "stabile organizzazione". A tale carenza supplivano gli orientamenti di prassi espressi dalla circolare del Ministero delle Finanze n. 7/1496 del 30 aprile 1977, che faceva rinvio al significato desumibile dalle varie convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni stipulate dalla Repubblica Italiana e recepite con legge, con efficacia nei confronti dei soggetti residenti nell'altro Stato contraente.

La definizione di "stabile organizzazione" ha fatto la sua comparsa nell'ordinamento nazionale con l'art. 162 del t.u.i.r., nel testo introdotto dal D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, con efficacia dal 1° gennaio 2004. Nel testo originario, prima delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1010, l. 27 dicembre 2017, n. 205, tale norma ha ricalcato la definizione fornita dal modello OCSE, distinguendo la nozione di "stabile organizzazione materiale", costituita da «una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato», e quella di "stabile organizzazione personale", rappresentata da un «soggetto, residente o non residente, che nel territorio dello Stato abitualmente conclude in nome dell'impresa stessa contratti diversi da quelli di acquisto di beni»; ha altresì introdotto una lista esemplificativa delle ipotesi che integrano, o che all'opposto non integrano, la nozione di stabile organizzazione (materiale o personale).

L'art. 1, comma 1010, lett. a), l. 27 dicembre 2017, n. 205, ha poi introdotto una significativa modifica al secondo comma dell'art. 162

di impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni; *[omissis]*».

t.u.i.r., prevedendo che tra le ipotesi che esemplificativamente configurano una “stabile organizzazione” si debba comprendere «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». Poiché questa previsione non è contenuta né nel modello OCSE, né nelle convenzioni internazionali stipulate dalla Repubblica Italiana in sua conformità, la novella legislativa genera gravi problemi interpretativi, a cui occorrerà dedicare una opportuna riflessione nel prosieguo¹¹.

c) ... ed in quello europeo

Per completare il quadro della materia, giova considerare infine che anche l'ordinamento europeo fornisce una propria nozione di “stabile organizzazione”. Tuttavia, la nozione europea ha un'accezione diversa da quella sin qui delineata.

A differenza di quanto avviene per l'ordinamento internazionale e per quello interno che si è ad esso uniformato, la nozione di “stabile organizzazione” fornita dal diritto europeo richiede la presenza congiunta dell'elemento materiale e di quello personale¹². La sola esistenza di una sede fissa di affari o del solo agente incaricato di concludere affari in

¹¹ Cfr. *infra*, par. 11, lett. c).

¹² Tale nozione è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, a far corso dal *leading case* offerto dalla causa Berkholz (CGCE, 4 luglio 1985, in causa C-168/84), ed è stata poi trasfusa nella definizione contenuta nell'art. 11, paragrafi 1 e 2, del Regolamento di esecuzione (UE) n. 282/2011 del Consiglio del 15 marzo 2011, recante disposizioni di applicazione della direttiva 2006/112/CE relativa al sistema comune di imposta sul valore aggiunto. In base a questa disposizione, la «stabile organizzazione designa qualsiasi organizzazione, diversa dalla sede dell'attività economica di cui all'articolo 10 del presente regolamento, caratterizzata da un grado sufficiente di permanenza e una struttura idonea in termini di mezzi umani e tecnici atti a consentirle di ricevere e di utilizzare i servizi che le sono forniti per le esigenze proprie di detta organizzazione», nei casi in cui il luogo della prestazione di un servizio imponibile si identifica con quello in cui è stabilito il soggetto passivo che lo riceve (servizi B2B), ovvero «di fornire i servizi di cui assicura la prestazione», nei casi in cui tale luogo si identifica con quello in cui è stabilito il soggetto che lo presta (servizi B2C).

un altro Stato non è dunque sufficiente ad integrare il requisito della “stabile organizzazione”¹³.

La diversa nozione fornita dal diritto europeo non genera tuttavia interferenze con le problematiche di cui intendiamo occuparci in questa sede, che riguardano l’incidenza della nozione di “stabile organizzazione” sulla potestà degli Stati nell’ambito dell’imposizione sui redditi, in rapporto ai fenomeni della globalizzazione dell’economia e della dislocazione all’estero del centro direzionale delle attività produttive. Infatti, la nozione offerta dall’ordinamento europeo non incide sulla disciplina dell’imposizione diretta, a cui si riferiscono le norme convenzionali ed interne in precedenza esaminate, ma si rivolge al diverso settore dell’imposizione indiretta sugli affari.

Anche per il diritto europeo, in verità, la nozione di “stabile organizzazione” tende ad individuare il soggetto passivo dell’IVA e, di riflesso, il luogo in cui l’operazione deve ritenersi eseguita ed in cui deve essere applicata l’imposta; ma – a differenza di quanto avviene per l’imposizione diretta – ciò non suscita problemi di sottrazione di potestà impositiva allo Stato in cui si realizza il profitto. Con la riforma entrata in vigore il 1° gennaio 2015, fondata sull’implementazione del *destination principle*, il sistema dell’imposizione indiretta sui consumi ha recepito con largo anticipo rispetto al sistema dell’imposizione diretta le istanze suscitate dalle tecniche di fornitura di servizi resi a distanza mediante strumenti elettronici ed ha localizzato la tassazione non dove il servizio viene prestato, ma laddove la prestazione resa viene utilizzata dal committente¹⁴.

¹³ In dottrina, cfr. L. Salvini, *La stabile organizzazione nelle imposte sui redditi e nell’IVA: analogie e differenze*, in AA.VV., *La stabile organizzazione*, Atti del convegno dei “Venerdì di Diritto e pratica tributaria” tenutosi a Milano 11-12 ottobre 2013, pp. 357 ss.; M. Mantovani, *La stabile organizzazione IVA*, in S. Mayr-B. Santacroce (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, II ed., 2016, pp. 517 ss.).

¹⁴ L’articolo 58, paragrafo 1, della Direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto, nel testo

In questo modo, le problematiche che interessano l'imposizione indiretta nel regime dell'economia digitale possono ritenersi sostanzialmente risolte¹⁵, così da poter essere isolate dalla presente trattazione.

in vigore dal 1° gennaio 2015 prima delle modifiche introdotte dalla direttiva (UE) 2017/2455 del Consiglio del 5 dicembre 2017 con effetto dal 1° gennaio 2019, disponeva che: «Il luogo delle prestazioni dei seguenti servizi a persone che non sono soggetti passivi è il luogo in cui la persona è stabilita oppure ha il domicilio o la residenza abituale:

a) servizi di telecomunicazione;

b) servizi di tele-radiodiffusione;

c) servizi forniti per via elettronica, in particolare quelli di cui all'allegato II.

Il solo fatto che un prestatore di servizi e il suo destinatario comunichino per posta elettronica non implica che il servizio reso sia un servizio elettronico».

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. I problemi tecnici relativi al sistema di riscossione hanno trovato soluzione con l'istituzione del MOSS (*Mini one stop shop*).

¹⁵ L'*Interim Report*, pubblicato dall'OCSE nel 2018 allo scopo di verificare lo stato di attuazione del Progetto BEPS, rileva che: «*New guidelines and VAT collection mechanisms were agreed in the 2015 BEPS Action 1 Report. In accordance with the destination principle, they allow a jurisdiction's tax authorities to collect VAT on services and intangibles supplied cross-border by foreign suppliers to final consumers (business-to-consumer or B2C) in that jurisdiction (i.e., the jurisdiction where the customer is located)... To date, over 50 jurisdictions, including the overwhelming majority of OECD and G20 countries, have adopted rules for the VAT treatment of B2C supplies of services and intangibles by foreign suppliers in accordance with the OECD International VAT/GST Guidelines... In the EU, as the earliest adopter of these principles, has identified the total VAT revenue declared via its simplified compliance regime in 2015 (the EU regime's first year of operation) was in excess of EUR 3 billion...*» [OECD (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, p. 103 ss., OECD Publishing, Paris, consultabile al sito web: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>]. Traduz.: «Nuove linee-guida e nuovi meccanismi di riscossione dell'IVA sono stati concordati con il Rapporto sull'*Action 1* del BEPS. In conformità con il “principio di destinazione”, essi permettono alle autorità fiscali di una giurisdizione di riscuotere l'IVA sui servizi e sui beni immateriali forniti con operazioni transnazionali da fornitori esteri a consumatori finali (B2C)... più di 50 giurisdizioni, comprese la maggior parte dei Paesi dell'OCSE e del G20, hanno adottato regole per la disciplina dell'IVA per forniture di servizi e beni immateriali a consumatori finali da fornitori esteri secondo le linee-guida dell'OCSE sull'IVA transnazionale... In Euro-

Rimangono invece largamente irrisolte le questioni relative alla tassazione dei redditi di impresa in base alla disciplina delle imposte dirette. In quest'ambito il percorso per affermare un effettivo ed efficace potere degli Stati sui grandi operatori dell'economia digitale appare ancora assai complesso ed accidentato, soprattutto a causa delle persistenti criticità che si incentrano sulla nozione di stabile organizzazione, così come elaborata in ambito internazionale e recepita negli ordinamenti nazionali attraverso le vigenti convenzioni.

4. La crisi del criterio di collegamento della “stabile organizzazione” quale strumento di riparto della potestà impositiva degli Stati nell'economia globalizzata

L'equilibrio costruito oltre novanta anni fa nell'ambito della fiscalità internazionale intorno all'istituto della “stabile organizzazione”, allo scopo di distribuire la potestà impositiva tra Stato di residenza e Stato della fonte, si è progressivamente incrinato con la diffusione dell'attività delle grandi imprese multinazionali su un mercato sempre più globalizzato. Infatti, si è progressivamente accentuata la tendenza di tali imprese a dislocare lo svolgimento delle attività di produzione in ogni parte del mondo, tenendo in considerazione non solo i criteri dell'efficienza economica, ma anche i vantaggi conseguibili attraverso un'accurata attività di pianificazione fiscale. In questa prospettiva, i grandi gruppi economici multinazionali hanno prestato una crescente attenzione alla possibilità di sfruttare le disimmetrie esistenti nella legislazione dei diversi Paesi e di non far apparire nessuna presenza stabile negli Stati caratterizzati da un sistema tributario più oneroso.

pa si stima che per effetto della prima adozione di questi principi l'ammontare totale dell'IVA dichiarata attraverso il regime semplificato del 2015 (primo anno di operatività del regime in Europa) è aumentato di 3 milioni di Euro».

Nel nostro ordinamento, l'esempio più significativo di queste crescenti tendenze è costituito dal celebre caso *Philip Morris*. Secondo gli accertamenti dell'Amministrazione finanziaria, negli anni '80 del secolo scorso la multinazionale estera non ha corrisposto in Italia alcuna imposta sugli enormi profitti quiivi realizzati attraverso cospicue vendite di tabacchi a favore della Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. A giustificazione di questa condotta ha addotto la mancanza di una "stabile organizzazione" nel territorio dello Stato, in quanto le vendite venivano eseguite "a distanza", attraverso numerose società controllate, tutte ubicate in diversi Paesi europei.

La scissione tra luogo di svolgimento dell'attività produttiva e luogo di conseguimento dei profitti costituisce la fondamentale causa di crisi del sistema di riparto della potestà impositiva degli Stati, incentrato sulla nozione di "stabile organizzazione". La diffusione di queste pratiche, già evidente negli ultimi decenni dello scorso secolo a seguito dell'irruzione delle società multinazionali sugli scenari dell'economia tradizionale, si è poi amplificata e potenziata a dismisura con il sempre crescente sviluppo della digitalizzazione. Sui mercati della rete si incrementano progressivamente molteplici attività economiche che, pur nella eterogeneità dei modelli, si contraddistinguono per due elementi fondamentali: da un lato, la facilità di effettuare operazioni "a distanza", da un altro la dematerializzazione di ampie fasi dell'attività produttiva e, in numerosi casi, dei beni e dei servizi forniti. Tutto ciò facilita enormemente la capacità delle imprese di promuovere attività economiche e di produrre redditi in tutti gli Stati del mondo, senza istituire nessuna presenza fisica e senza avvalersi di nessun agente proprio nel loro territorio, o riducendo drasticamente le attività ascrivibili alle proprie dipendenze estere, in modo da aggirare l'intera normativa che presiede alla imposizione diretta nel Paese della fonte secondo la disciplina convenzionale già brevemente richiamata.

Nei primi anni in cui la digitalizzazione ha fatto la sua comparsa nel sistema produttivo, la capacità delle imprese operanti sui mercati della rete di sottrarsi almeno in parte a regimi fiscali onerosi è stata valutata

con relativo favore, nell'intento di non porre ostacoli allo sviluppo dell'innovazione tecnologica, che costituisce elemento trainante del sistema economico nel mondo intero. Il rapido sviluppo del fenomeno e la sua estensione a tutti i modelli produttivi ha finito tuttavia per "esacerbare" la crisi dei tradizionali schemi della fiscalità internazionale, che era già latente a causa della pianificazione elaborata dalle imprese multinazionali ai tempi dell'economia tradizionale, perché ha massimizzato la capacità di fornire servizi immateriali "a distanza". Nel sistema dell'economia digitale, in cui l'attività produttiva assume caratteri a-territoriali, intangibili e trans-frontalieri, l'elevazione dell'attuale nozione di "stabile organizzazione" a strumento di collegamento tra la potestà impositiva dello Stato e ricchezza prodotta nel proprio territorio, manifesta quindi il suo evidente fallimento¹⁶.

5. L'analisi e le proposte dell'OCSE. Dalla "stabile organizzazione" alla "presenza economica significativa"

L'opinione pubblica, la società civile, il mondo accademico e le autorità governative hanno assunto consapevolezza della gravità della situazione che si è così determinata. È risultato evidente che ciò comporta una sempre più rilevante riduzione della base imponibile e del prelievo fiscale, non bilanciata dalla contestuale e deleteria tendenza ad aggravare gli oneri della tassazione sui ceti medi. Da ciò consegue una crescente incapacità di far fronte alle crisi economiche e di mantenere un adeguato ed efficiente livello di servizi pubblici¹⁷. Ancor di più, si

¹⁶ Su queste tematiche, cfr. in generale R.S. Avi-Yonah, *Advanced Introduction to International Tax Law*, Elgar, 2015; S. Cipollina, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, 2014, pp. 21 ss..

¹⁷ Nel comunicato stampa di presentazione dei rapporti finali BEPS, di cui si dirà nel paragrafo successivo, l'OCSE sostiene che le perdite generate dal BEPS possono essere prudentemente stimate in misura oscillante tra i 100 ed i 240 miliardi di

aggravano le disuguaglianze sociali e si incrina il rapporto di fiducia dei cittadini nei confronti dell'equità del sistema di tassazione e dell'azione politica dei Governi.

Anche le organizzazioni internazionali hanno preso coscienza di queste problematiche. Il momento ufficiale di assunzione di questa consapevolezza può essere collocato nel mese di luglio del 2013, allorché l'OCSE, su richiesta dei *leaders* politici dei Paesi più sviluppati, dei *media* e della società civile, ha elaborato e pubblicato il documento denominato *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (in sigla, BEPS), con cui ha inteso promuovere un'ampia strategia di azione internazionale, diretta a ricondurre l'applicazione delle imposte sui redditi nei luoghi in cui il profitto effettivamente si realizza. Il documento è stato poi approvato dai rappresentanti degli Stati che compongono il G20 nella riunione tenuta a San Pietroburgo il 5-6 settembre 2013. Nell'occasione, i Capi di Stato ed i *leaders* politici partecipanti al G20 hanno incoraggiato i governanti di tutti gli Stati 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»*¹⁸.

Alla redazione del progetto hanno concorso esperti internazionali designati dai Paesi aderenti all'OCSE. I suoi obiettivi sono stati illustrati in appositi *Final Reports* pubblicati il 5 ottobre 2015 e presentati prima ai ministri finanziari e poi ai *leaders* del G20, negli incontri tenu-

dollari annualmente, ed in ogni caso in misura oscillante tra il 4 ed il 10% del gettito globale delle imposte sui redditi di impresa.

Secondo il Segretario Generale dell'OCSE Angel Gurría, «Il fenomeno investe tutti i Paesi, ma non solo economicamente, ma anche in termini di fiducia. BEPS priva i Paesi di preziose risorse per lo sviluppo e la crescita, per il superamento della crisi economica globale e per la creazione di migliori opportunità per tutti. Ma al di là di questo, BEPS sta anche erodendo la fiducia dei cittadini nell'equità dei sistemi fiscali...».

¹⁸ Traduz.: «I profitti dovrebbero essere tassati dove si svolgono le attività economiche che li generano e dove si crea il valore aggiunto».

ti rispettivamente del G20 a Lima l'8 ottobre 2015 e ad Antalya (Turchia) il 15 e 16 novembre successivi¹⁹.

La prima (e, verosimilmente, la più importante) azione prevista dal progetto BEPS tende ad affrontare le specifiche problematiche fiscali generate dalla digitalizzazione dell'economia e dall'avvento delle nuove tecnologie informatiche. Tali problematiche sono dettagliatamente esplorate nel *Final Report* dell'*Action 1*, che può essere legittimamente considerato come il più autorevole ed aggiornato studio della materia. Redatto da un gruppo selezionato di esperti designati dai Paesi più sviluppati (la c.d. *Task Force on The Digital Economy*) ed elaborato a seguito di un dibattito aperto ai contributi di tutti gli Stati e di illustri accademici, esso analizza approfonditamente gli scenari aperti dal progresso tecnologico, verifica l'impatto dei nuovi sistemi di produzione sugli schemi tradizionali del diritto internazionale tributario e sviluppa pertinenti proposte di modifica delle normative vigenti, nell'intento di redistribuire equamente la tassazione tra lo Stato della fonte e quello di residenza e di porre fine al fenomeno comunemente detto dei "redditi senza Stato" (*stateless income*)²⁰.

¹⁹ I rapporti finali, accompagnati da un *Explanatory Statement*, possono essere consultati sul sito dell'OCSE all'indirizzo web: <https://www.oecd.org/ctp/beps-2015-final-reports.htm>.

²⁰ Cfr. OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris*, consultabile sul sito https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en#page1.

Al fine di elaborare l'*Action 1* del Piano BEPS, nel settembre 2013 l'OCSE ha costituito un organismo ausiliario del *Committee on Fiscal Affairs*, denominato *Task Force on The Digital Economy*. Nel settembre 2014 la *Task Force* ha pubblicato un primo rapporto (*deliverable*), con cui ha identificato le problematiche suscitate dall'economia digitale ed ha prospettato le possibili opzioni per orientarle. Successivamente, dopo un'estesa consultazione degli *stakeholders* ed un'approfondita analisi dei contributi pervenuti da imprese, società civile, accademici e Paesi in via di sviluppo, ha redatto il *Final report*, pubblicato il 5 ottobre 2005.

Nell'ambito di tale rapporto assumono preminenza l'analisi critica e le proposte di riforma dell'attuale disciplina della "stabile organizzazione", in correlazione con le sopravvenute trasformazioni tecnologiche. Si può dunque legittimamente affermare che la riforma dell'istituto della "stabile organizzazione" assume una posizione di assoluta centralità nelle politiche di contrasto alle sfide fiscali della digitalizzazione, che a propria volta si pongono al centro dell'intera strategia BEPS.

Osserva la *Task Force* che nell'economia digitale «*BEPS concerns are raised by situations in which taxable income can be artificially segregated from the activities that generate it... In many digital economy business models, a non-resident company may interact with customers in a country remotely through a website or other digital means... without maintaining a physical presence in the country....*»²¹. Ed ancora: «*The evolution of business models in general, and the growth of the digital economy in particular, have resulted in non-resident companies operating in a market jurisdiction in a fundamentally different manner today than at the time international tax rules were designed. For example, while a non-resident company has always been able to sell into a jurisdiction without a physical presence there, advances in information and communication technology (ICT) have dramatically expanded the scale at which such activity is now possible... Advances in business practices, coupled with advances in ICT and liberalization of trade policy, have allowed businesses to centrally manage many functions that previously required local presence, rendering the traditional model of doing business in market economies obsolete*»²².

²¹ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., pp. 79 s..

Traduz.: «Preoccupazioni BEPS sono originate da situazioni in cui i profitti tassabili sono artificiosamente segregati dalle attività che li generano... In molti modelli di *business* digitali, un soggetto non residente può interagire con i consumatori di un Paese da lontano, senza mantenere una presenza fisica in quel Paese».

²² OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, p. 98. Traduz.: «L'evoluzione dei modelli di *business* in genere, e la crescita dell'economia digitale in particolare, hanno fornito il risultato di soggetti non-residenti che operano in un'altra giurisdizione in un modo sostanzialmente diffe-

Da queste premesse si può desumere l'imprescindibile conseguenza che, per indirizzare utilmente le politiche fiscali internazionali nell'epoca della globalizzazione e della digitalizzazione, occorre ricercare un nuovo criterio per localizzare le attività dei soggetti non-residenti nello Stato in cui esercitano un'attività economica e conseguono il relativo profitto. Nel *Final Report* sull'*Action 1*, la *Task Force* ritiene che il nuovo nesso possa essere costituito dalla rilevazione di una "presenza economica significativa" nell'altro Stato. A proprio dire, occorre ricercare «*a new concept of nexus for net-basis taxation (a "significant economic presence")*», *with the intent to reflect situations where an enterprise leverages digital technology to participate in the economic life of a country in a regular and sustained manner without having a physical presence in that country*»²³.

In estrema sintesi, la *Task Force* ritiene che la "presenza economica significativa", a cui collegare l'obbligo del non-residente di corrispondere le imposte sul reddito allo Stato in cui si genera il profitto, si potrebbe desumere da uno o più fattori tra loro collegati, attinenti all'ammontare delle entrate conseguite nello Stato (*revenue based factor*), alla dotazione di strumenti informatici sulla rete, quali un dominio o una piattaforma digitale locale (*digital factor*), ai rapporti con gli utenti, quali il numero

rente rispetto a quello esistente al tempo in cui le regole della tassazione internazionale sono state concepite. Per esempio, mentre un soggetto non-residente è stato sempre capace di vendere in un'altra giurisdizione senza una presenza fisica in esso, i progressi delle tecnologie sull'informazione e la comunicazione (ITC) hanno drammaticamente ampliato la scala in cui queste attività sono ora possibili. I progressi nelle pratiche di affari, moltiplicati dai progressi nelle ITC e dalle politiche di liberalizzazione dei commerci, hanno permesso di centralizzare il controllo di molte funzioni che in precedenza richiedevano una presenza locale, rendendo così obsoleti il tradizionale modello di fare affari nelle economie di mercato».

²³ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., p. 107. Traduz.: «Un nuovo concetto di nesso per localizzare la tassazione ("una presenza economica significativa"), con l'intento di intercettare situazioni in cui un'impresa utilizza tecnologie digitali per prender parte alla vita economica di un Paese in modo regolare e prolungato senza avere una presenza fisica in quel Paese».

dei visitatori del sito, dei contratti conclusi o dei dati raccolti (*user-based factor*)²⁴. Quanto alla determinazione del reddito imponibile nello Stato in cui la presenza economica significativa del non-residente si manifesta, la *Task Force* osserva che è non sembra possibile adottare le ordinarie regole contabili, ancorché opportunamente adattate, e suggerisce l'adozione di metodi alternativi, quali il metodo della “ripartizione frazionale” (o *fractional apportionment*, e cioè della redistribuzione del reddito tra tutti i Paesi coinvolti nel processo produttivo, secondo opportune formule matematiche) o il metodo del “profitto presunto” (o *deemed profit method*, che si fonda sulla deduzione forfettaria dei costi)²⁵. Infine, la *Task Force* suggerisce le più opportune forme di tassazione, proponendo un'opzione tra una ritenuta sull'importo lordo delle transazioni digitali ed un prelievo perequativo, ed analizza in dettaglio le ragioni che potrebbero giustificare tali scelte, le questioni che ne potrebbero derivare e le possibili soluzioni per superarle²⁶.

6. Il tema della “stabile organizzazione” nel contesto del Progetto BEPS

Sebbene possano considerarsi l'elemento centrale della primaria azione di riforma delle regole della fiscalità internazionale, che riguardano le specifiche sfide generate dall'avvento della tecnologia digitale, le questioni che riguardano il ruolo della “stabile organizzazione” nel sistema della fiscalità internazionale non possono essere isolate dalle più ampie tematiche che emergono nella moderna economia. Esse si collocano nell'ambito di un caleidoscopio di complessi problemi, ine-

²⁴ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., pp. 107 ss..

²⁵ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., pp. 112 s..

²⁶ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., pp. 113 ss..

stricabilmente collegati tra loro, che investono l'intero quadro dei rapporti tra potestà impositiva degli Stati, geograficamente limitata al proprio territorio, e grandi gruppi economici, che operano a livello sovranazionale. A queste interrelazioni occorre fare un sia pur rapido riferimento, non solo per fornire una visione organica delle problematiche esistenti, ma anche per poter valutare la congruità delle strategie di intervento con cui esse sono concretamente affrontate dall'OCSE e dagli Stati aderenti.

In questa più ampia prospettiva, occorre considerare che la scissione tra il luogo di gestione dell'attività e quello di realizzazione del profitto, che svuota di efficacia le regole incentrate sulla "stabile organizzazione", costituisce solo uno dei numerosi strumenti di pianificazione fiscale comunemente adottati dalle società multi-nazionali per minimizzare o eludere la tassazione dei redditi di impresa sia nel Paese di residenza che in quello della fonte (*market country*). Operano nella stessa direzione numerosi altri fattori, quali l'abuso dei trattati, le pratiche di *transfer pricing*, la costituzione di società controllate in Paesi a fiscalità privilegiata, l'occultamento di stabili organizzazioni in altri Stati²⁷. Per queste ragioni, le misure rivolte a contrastare i fenomeni di sviamento della tassazione realizzati per mancanza di una presenza fisica nello Stato, non possono ritenersi sufficienti, senza il corredo di altre adeguate misure che possano colpire altre concorrenti strategie evasive.

Sotto altro profilo, occorre considerare che il mondo dell'"economia digitale", al quale si è fatto fino ad ora indistinto riferimento, non si

²⁷ Sugli "schemi di pianificazione fiscale aggressiva", che consentono alle imprese di sottrarsi a tassazione sia nel Paese di residenza sia nelle giurisdizioni in cui sono situati i clienti (c.d. *double non-taxation*), cfr. M. Shaw, *E-commerce and the Digital Economy*, Armonk, NY, 2006; M. Peitz-J. Waldfogel, *The Oxford Handbook of the Digital Economy*, in *Oxford University Press*, 23 agosto 2012; R.H. Weber, M. Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, Berlin Heidelberg, 2013; E.J. Malecki-B. Moriset, *The Digital Economy: Business Organization, Production Processes and Regional Developments*, Londra, 2007; P. Valente, G. Ianni, F. Roccatagliata, *Economia digitale e commercio elettronico: fiscalità in internet nella gestione d'impresa*, Milano, 2015, pp. 189 ss.; P. Valente, *Elusione fiscale internazionale*, Milano, 2014.

presenta affatto omogeneo ed uniforme, ma configura un universo multiforme e poliedrico, che investe l'intero sistema economico e che, al proprio interno, si rivela ricco di sfumature assai differenti. L'elemento unificante è rappresentato dall'utilizzazione delle nuove tecnologie, che hanno trasformato tutti i processi produttivi tradizionali ed hanno generato modelli di *business* affatto nuovi²⁸. Se da un lato la comunanza dei

²⁸ La prima macro-categoria del sistema economico digitale può essere considerata quella del "commercio elettronico diretto", che riguarda un mercato ormai del tutto dematerializzato, che non prevede nessuna attività di trasporto o consegna di beni del mondo fisico. Esso riguarda prodotti informatici come *software*, applicazioni e programmi digitali, servizi *cloud*, e simili, che talvolta sono forniti esclusivamente "a distanza" e non richiedono neppure l'installazione sull'elaboratore elettronico dell'utente (ad es., servizi Microsoft, Apple, Go Daddy, Symantec, McAfee, etc...). Sono evidentemente questi i modelli di *business* che presentano le maggiori criticità rispetto agli schemi giuridici tradizionali, perché manifestano maggiormente l'inadeguatezza del criterio di tassazione incentrato sulla presenza di una stabile organizzazione nello Stato in cui si produce il reddito.

A questa categoria si contrappone quella del "commercio elettronico indiretto", che riguarda la compravendita di beni e prodotti esistenti nel mondo fisico. In questo settore la digitalizzazione investe la sola fase della negoziazione e della conclusione del contratto, che può essere stipulato sul mercato della rete con soggetti che abbiano stabilito la propria residenza in qualunque parte del mondo. Permane tuttavia l'esigenza di provvedere al trasporto ed alla consegna del bene acquistato; e ciò rende necessario dotarsi di magazzini di stoccaggio delle merci in aree ubicate il più vicino possibile al luogo di residenza dell'acquirente, al fine di massimizzare la velocità dei tempi di esecuzione dell'operazione e di conseguire, sotto questo profilo, rilevanti vantaggi concorrenziali (c.d. "modello *Amazon*").

Tra questi due estremi si colloca una serie tendenzialmente illimitata di servizi e di sistemi operativi, che comprendono – a titolo meramente esemplificativo – la raccolta pubblicitaria collegata alla fornitura gratuita di motori di ricerca (c.d. "modello *Google*"), la prestazione di servizi di intermediazione nel mercato dei trasporti e del turismo (ad es., *Expedia*) o delle locazioni (ad es., *E-bookings*, Air BNB), la fornitura di servizi di auto-noleggino (ad es., *Huber*), lo sfruttamento commerciale dei dati acquisiti in rete (ad es., *Facebook*), eccetera. Ciascuno di questi esempi prospetta proprie specificità, anche in rapporto al loro elevato grado di innovazione. Tutti sono tuttavia unificati dalla produzione di enormi profitti che sono destinati direttamente verso altri Stati mediante sistemi di pagamento telematici e che sfuggono totalmente o quasi totalmente a qualsiasi forma di tassazione nel Paese in cui si producono.

Per una panoramica sui vari modelli di *business* nell'economia digitale, cfr. OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015*

profili tecnologici (quali la diffusione delle informazioni sul mercato della rete, la capacità di comunicare e di operare a distanza, la semplificazione delle forme di pagamento, l'acquisizione di dati personali, etc...) può originare problematiche analoghe ed esigenze di disciplina uniformi, da un altro la differenza dei settori di attività e dei modelli di *business* genera problematiche specifiche, che devono essere esplorate singolarmente e richiedono analisi e soluzioni normative differenziate, in relazione alle proprie specifiche caratteristiche. Ogni riferimento agli interventi normativi che intendono regolare la tassazione dell'“economia digitale”, compresi quelli che intendano introdurre una nuova disciplina della “stabile organizzazione”, deve essere perciò accolto con opportune cautele, essendo sempre necessario verificare quale sia il loro effettivo impatto sui singoli modelli di *business* realizzati con l'uso di tecnologie informatiche.

Nella consapevolezza della complessità del quadro di riferimento e della interrelazione tra i numerosi elementi che compongono questo mosaico, il progetto BEPS si propone di affrontare globalmente tutti i fenomeni che – unitamente a quello della scissione tra luogo di produzione e luogo di conseguimento dei profitti – concorrono in varia misura ed in diverso modo a distorcere le regole della tassazione a livello internazionale. Come già accennato²⁹, esso si articola in 15 azioni distinte e coordinate, delle quali le prime 14 sono rivolte all'adozione di modifiche normative per evitare i più diffusi fenomeni di erosione della base imponibile degli Stati e di dirottamento dei profitti in Paesi a fiscalità privilegiata o privi di regime impositivo, e l'ultima reca disposizioni di ordine procedurale, dirette ad istituire il migliore strumento per aggiornare le convenzioni bilaterali vigenti³⁰.

Final Report, cit., Chapter 4: *The digital economy, new business models and key feature*, pp. 51 ss..

²⁹ *Supra*, par. 1.

³⁰ Le 15 azioni in cui si articola il progetto BEPS possono essere così sintetizzate:

<i>Action</i>	<i>Denominazione</i>	<i>Obiettivi</i>
1	<i>Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy</i>	Fronteggiare le principali problematiche generate dall'avvento dell'economia digitale
2	<i>Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements</i>	Contrastare le strategie per conseguire forme di doppie non-imposizioni mediante lo sfruttamento delle disimmetrie esistenti tra le legislazioni fiscali degli Stati
3	<i>Designing Effective Controlled Foreign Company Rules</i>	Riformulare le regole sulle <i>Controlled Foreign Companies</i>
4	<i>Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments</i>	Eliminare improprie deduzioni di interessi e di altri costi finanziari
5	<i>Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance</i>	Contrastare le pratiche dannose
6	<i>Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances</i>	Contrastare l'abuso dei benefici previsti dai Trattati
7	<i>Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status</i>	Evitare abusive dilatazioni delle ipotesi in cui è possibile sfuggire alla disciplina della "stabile organizzazione"
8	<i>Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation</i>	Riformare la disciplina del <i>transfer pricing</i> , con particolare riferimento ai prezzi di beni e servizi <i>intangibles</i> (come <i>know-how</i> e diritti d'uso di marchi e brevetti)
9		
10		
11	<i>Measuring and Monitoring BEPS</i>	Analizzare e monitorare i fenomeni che continuano ad alimentare l'erosione della base imponibile degli Stati
12	<i>Mandatory Disclosure Rules</i>	Facilitare il flusso di informazioni a beneficio delle Amministrazioni finanziarie e dei legislatori degli Stati per favorire il contrasto ai fenomeni evasivi

L'Action 1, dedicata alle problematiche specifiche originate dalle nuove tecnologie e dai nuovi modelli produttivi nell'economia digitale, tiene ampiamente conto di queste correlazioni. Pertanto, la prospettata modifica della funzione della "stabile organizzazione" (o delle regole di collegamento tra potestà impositiva degli Stati ed operazioni svolte in via telematica sul mercato della rete), che assume una posizione di assoluta centralità nell'ambito di tale azione, si presenta variamente collegata ad altri tipi di intervento, a carattere sia "interno" che "esterno".

Un primo genere di collegamento concerne gli altri interventi proposti nell'ambito della stessa Action 1, che riguardano ulteriori problematiche insorte nel sistema della tassazione internazionale per effetto dell'introduzione delle nuove tecnologie e dei nuovi modelli di *business* tipici dell'economia digitale. In particolare, accanto alla ricerca di un nuovo *nexus* per ricondurre il reddito sotto la potestà impositiva dello Stato in cui esso è effettivamente prodotto, il *Final Report* prospetta ai *policy makers* due altri temi, che assumono specifico rilievo ai fini fiscali nell'economia digitale:

- a) il tema della produzione di una nuova forma di ricchezza mediante la raccolta ed il possesso di dati personali degli utenti, suscettibili di

13	<i>Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting</i>	Sviluppare le regole sulla documentazione da richiedere alle società multinazionali sulle proprie pratiche di <i>transfer pricing</i>
14	<i>Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective</i>	Facilitare i meccanismi di risoluzione delle controversie tra gli Stati sulla applicazione delle Convenzioni contro le doppie imposizioni
15	<i>Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties</i>	Adottare uno strumento convenzionale multilaterale che consenta di modificare efficacemente le convenzioni bilaterali vigenti

valutazione dal punto di vista economico perché idonei a costituire oggetto di transazioni commerciali con terzi soggetti³¹;

- b) il tema della qualificazione giuridica di alcuni tipi di reddito prodotti attraverso i nuovi modelli di *business* o le nuove tecniche produttive dell'economia digitale (*characterization*), dovendosi stabilire se essi siano qualificabili come redditi di impresa o come redditi di altra natura (quali, ad esempio, *royalties*), sottoposti a diverse forme di tassazione secondo le vigenti regole delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni.

Sotto altro profilo, le misure dell'*Action 1* si collegano “all'esterno” con le misure previste dalle altre azioni del progetto BEPS, che si rivolgono a problematiche e ad istituti che non sono tipici dell'economia digitale, ma che possono avere un effetto particolarmente incisivo sui soggetti che utilizzano le nuove tecnologie fondate sull'uso di strumenti elettronici e sulle attività che sono state variamente investite dal fenomeno della digitalizzazione. Secondo la *Task Force* le misure qui in esame si dovrebbero saldare in modo particolare:

- a) con le misure previste dall'*Action 3*, riguardanti la riforma delle regole delle Controlled Foreign Companies (in sigla, CFC), che dovrebbero fare particolare riferimento a ricavi imputabili a forniture di beni e di servizi normalmente effettuate per via informatica;
- b) con le misure previste dall'*Action 7*, che attribuiscono una più solida struttura alla “stabile organizzazione”, tradizionalmente intesa;
- c) con le misure in tema di *transfer pricing* previste dalle *Actions 8, 9 e 10*, che dovrebbero riguardare in particolar modo le forniture di beni e di servizi *intangibles*, assai comuni per le imprese digitali.

Inoltre, più in generale, gli interventi che tendono ad indirizzare i fenomeni tipici dell'economia digitale (tra cui quelli diretti a costituire il nuovo *nexus* tra attività economiche sul mercato della rete e luogo di tassazione del reddito prodotto) si collegano con tutte le altre azioni del Pro-

³¹ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., pp. 102 ss..

getto BEPS (come quelle dirette a contrastare l'abuso dei trattati, a neutralizzare le ibride pianificazioni fiscali o a fronteggiare le pratiche dannose: *Action 2, 5, 6*); e ciò in quanto tutte queste azioni, tra loro coordinate, concorrono a realizzare il medesimo risultato di scoraggiare il dirottamento dei profitti dal luogo in cui essi sono effettivamente prodotti³².

7. L' iter di attuazione del Progetto BEPS e la paralisi dell' *Action 1*

Gli studi dell'OCSE, ai quali si è fatto sin qui riferimento, si possono considerare una guida imprescindibile per esplorare il tema della stabile organizzazione nel complesso scenario dell'economia digitale. Le importanti conclusioni raggiunte sul piano teorico dal gruppo di esperti che hanno redatto i rapporti finali, in base agli autorevoli contributi ricevuti dal mondo accademico, dagli operatori economici e dalle Amministrazioni interessate, offrono sicuramente uno strumento adeguato per adottare le misure che meglio possano risolvere le criticità rilevate. Si potrebbe ritenere, a tal punto, che la presente analisi sia giunta a conclusione.

In realtà, le problematiche in esame, ampiamente risolte in termini astratti, sono ben lontane da una effettiva soluzione sul piano concreto. Di ciò è consapevole la stessa OCSE, che nella relazione di accompagnamento dei *Final Reports* evidenzia che: «*implementation starts now*» (e cioè: «l'attuazione comincia adesso»)³³.

In effetti, solo una minima parte delle misure elaborate sono suscettibili di immediata applicazione, come quelle relative alla revisione delle procedure di verifica dei prezzi di trasferimento. Per l'attuazione degli altri interventi sono richieste, volta per volta, modifiche dei trattati già stipulati e/o modifiche della legislazione interna dei singoli Stati

³² Cfr. sul punto *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., pp. 86 ss..

³³ Cfr. OCSE (2015), «*Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD*», p. 9, consultabile all'indirizzo web: www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf.

(come per gli interventi per eliminare la pianificazione fiscale ibrida, le regole CFC, la deducibilità degli interessi, lo scambio di informazioni). Se si considera che ciascun Paese gode di propria sovranità e che il progetto BEPS richiede azioni coordinate e sinergiche e presuppone l'implementazione di svariati interventi, tra loro autonomi ma strettamente interconnessi, ben si comprende che il percorso delineato si presenta assai accidentato e richiede tempi lunghi e procedure complicate.

In questo percorso, i primi concreti risultati sono rappresentati dalla stipula della *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, predisposta in attuazione delle previsioni dell'*Action 15*, sottoscritta il 7 giugno 2017 dai delegati di 68 Stati, tra cui l'Italia, ed entrata in vigore il 1° giugno 2018³⁴. Si tratta di uno strumento internazionale originale e complesso, che ha lo scopo di dare attuazione ad alcune misure previste dal piano BEPS mediante l'aggiornamento di una serie di norme contenute in ol-

³⁴ La convenzione può essere consultata nel testo inglese sul sito *web*: www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf. Allo stato attuale, essa risulta sottoscritta dai rappresentanti di 89 Stati, come da elenco consultabile sul sito *web*: www.oecd.org/tax/beps/beps-mli-signatories-and-parties.pdf. Essa si articola in un preambolo, sei parti distinte e le disposizioni finali. La parte I disciplina il campo di applicazione e l'interpretazione dei termini (artt. 1 e 2); le parti II-V contengono le disposizioni derivanti dai rapporti finali sulle azioni 2, 6, 7 e 14; la parte VI disciplina la procedura di arbitrato. Sulla convenzione multilaterale, cfr. in dottrina R. Streinz, *Multilateral Instrument and EU Competence*, in *Brit. Tax Rev.*, n. 3/2015, p. 429; A. Zalasinski, *The Compatibility of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Proposals with EU Law*, consultabile sul sito *web*: https://www.researchgate.net/publication/290379735_The_Compatibility_of_the_OECDG20_Base_Erosion_and_Profit_Shifting_Proposals_with_EU_Law; J. Schwarz, *BEPS Multilateral Convention Unveiled*, in *Kluwer International Tax Blog* del 25 novembre 2016; P. Valente, *BEPS Action 15: Release of Multilateral Instrument*, in *Inter-tax*, vol. 45, 2017, pp. 219-228; B. Ferroni, *Firmata la Convenzione Multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *Il fisco*, 2017, pp. 2952 ss.; R. Rizzardi, *Con la Convenzione Multilaterale le azioni BEPS entrano direttamente negli accordi dei singoli Stati*, in *Corr. Trib.*, 2017, pp. 223 ss..

tre 1.200 convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, senza procedere alla loro specifica rinegoziazione³⁵.

Per quanto di maggior interesse in questa sede, la convenzione precisa e rafforza la nozione tradizionale di “stabile organizzazione”, eliminando le circostanze che consentivano di eludere la relativa disciplina allargando in modo inappropriato l’ambito delle eccezioni (*Action 7*)³⁶. In aggiunta, la convenzione contiene disposizioni per contrastare

³⁵ La convenzione contiene regole assai complesse per definire 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 c.d. *minimum standards*, e cioè alle disposizioni delle quali non è consentita la modifica da parte degli Stati sottoscrittori (in guisa che le convenzioni bilaterali “coperte” 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 in relazione alle disposizioni per le quali è prevista la scelta tra più soluzioni alternative (in guisa che le norme della convenzione multilaterale sostituiscono quelle delle convenzioni bilaterali “coperte” solo in mancanza di riserve ed in presenza di esercizio di medesime opzioni da parte degli Stati).

Chiarisce bene il meccanismo di funzionamento della convenzione bilaterale BEPS in relazione ai trattati bilaterali preesistenti il paragrafo 13 dell’*Explanatory Statement to the Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting*, adottato dall’OCSE il 24 novembre 2016 e consultabile sul sito web: <https://www.oecd.org/tax/beps/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>, cui si rinvia. L’originalità del meccanismo previsto dalla convenzione multilaterale BEPS per modificare le disposizioni delle convenzioni bilaterali preesistenti è sottolineata da N. Bravo, *The multilateral tax instrument and its relationship with Tax Treaties*, in *World Tax Journal*, n. 2016, pp. 3 ss..

In sede di sottoscrizione la Repubblica Italiana ha apposto riserva su tutte le norme, fatta eccezione per l’*anti-fragmentation rule*. Inoltre Essa ha espresso l’opzione A per la clausola inerente alle attività preparatorie ed ausiliarie. A tutt’oggi, la convenzione multi-laterale non è stata ratificata e non è stata perciò recepita nell’ordinamento interno.

³⁶ 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. In particolare:

-
- a) l'art. 12 modifica la nozione di “stabile organizzazione personale” e si riferisce all'elusione artificiosa dello *status* di stabile organizzazione attraverso *commis-sionnaire 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:
- a. sono stipulati a nome dell'impresa; o
 - b. 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
 - c. 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;
- b) l'art. 13, par. 1-3, ridefinisce la nozione della “stabile organizzazione materiale” e prevede due opzioni. In base all'opzione A (che è stata prescelta dalla Repubblica Italiana) il termine “stabile organizzazione” non include le attività indicate nella c.d. *negative list*, nel solo caso in cui esse abbiano carattere preparatorio o ausiliario;
- c) l'art. 13, par. 4, contiene la *anti-fragmentation rule*. In base ad esso, 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. 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»;
- d) 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

la pianificazione fiscale ibrida (*Action 2*), per evitare l'abuso dei trattati (*Action 6*) e per rendere più efficienti le procedure di reciproca assistenza tra gli Stati (*Action 14*)³⁷. Essa contiene un “*minimum standard*”, che non può costituire oggetto di modifiche da parte degli Stati sottoscrittori, ed ulteriori previsioni “flessibili”, sulle quali sono ammesse riserve e che possono essere rinegoziate dagli Stati in base ad accordi bilaterali, nell'ambito delle opzioni consentite³⁸.

Nel faticoso travaglio per l'implementazione del Progetto BEPS, non ha tuttavia trovato finora alcuno spazio la prevista sostituzione del vigente criterio di collegamento rappresentato dalla “stabile organizzazione” con un nuovo *nexus*, a carattere alternativo, costituito dalla “significativa presenza economica”. Come si è visto, questo intervento può essere considerato l'elemento centrale della prima e principale

dei singoli contratti si sommano tra loro al fine di verificare il superamento del limite temporale che integra il requisito della “stabile organizzazione”;

- e) 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.

³⁷ In particolare, l'art. 3, par. 2, ha recepito le proposte dell'*Action 2* del progetto BEPS, volta a neutralizzare gli effetti dei c.d. *hybrid mismatch arrangements*.

L'art. 4, par. 3, prevede di risolvere i casi di doppia residenza mediante un *mutual agreement*.

L'art. 29 si propone di dare attuazione all'*Action 6*, con introduzione di due regole in funzione anti-abuso:

- a) la *limitation on benefit rule* (in sigla, LOB), avverso le doppie esenzioni in caso di stabili organizzazioni situate negli Stati terzi;
- b) la *principal purpose test*, che esclude l'applicazione dei benefici previsti da una norma convenzionale qualora essi rappresentino l'obiettivo principale di un accordo.

³⁸ In conseguenza della stipula della convenzione multilaterale, in data 21 novembre 2017 l'OCSE ha aggiornato il modello di convenzione bilaterale avverso le doppie imposizioni. In particolare, è stato modificato l'articolo 5 del modello, recante la definizione di “stabile organizzazione”, nelle parti interessate dalla convenzione multilaterale. Sul tema, cfr. P. Valente, *Il nuovo modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Il fisco*, 2018, pp. 557 ss..

azione del progetto BEPS, rivolto alle nuove sfide dell'economia digitale; tuttavia, questa centralità tende a disperdersi nel cronoprogramma di attuazione del progetto. Sul piano operativo, l'OCSE attribuisce priorità alle altre azioni che – come pure si visto innanzi – variamente si collegano al rinnovamento degli obsoleti schemi legati alla tradizionale nozione di “stabile organizzazione”.

Questa inversione temporale era già prefigurata nelle conclusioni del *Final Report* dell'*Action 1*. Dopo aver ribadito che gli interventi specificamente rivolti a fronteggiare le sfide fiscali dell'economia digitale (quali, *in primis*, la sostituzione della figura della “stabile organizzazione” con quella della “presenza economica significativa”) sono strettamente connessi con gli altri interventi rivolti in generale a ricondurre la tassazione dei redditi laddove effettivamente si producono (quali la revisione delle norme sulle CFC o sul *transfer pricing* o la precisazione della tradizionale nozione di “stabile organizzazione”), la *Task Force* osserva che l'attuazione di queste ultime azioni può essere sufficiente a “mitigare” le criticità generate dalla sempre più accentuata mobilità dei fattori produttivi e della direzione degli affari dal luogo di realizzazione dei profitti. Nell'attesa di questi primi risultati positivi, «*None of the other options analysed by the TFDE were recommended at this stage*»³⁹.

Queste osservazioni non possono essere accolte senza significative riserve. Esse sembrano rappresentare il “tallone di Achille” dell'intero Progetto BEPS e potrebbero essere intese come una implicita confessione di reale impotenza delle organizzazioni internazionali a regolare un processo economico tumultuoso ed inarrestabile che si svolge ben al di sopra della sfera di influenza dei singoli Stati.

³⁹ OCSE (2015), *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., p. 137. Traduz.: «Nessuna delle altre opzioni analizzate dalla *Task Force* sulla *Digital Economy* (e cioè delle specifiche opzioni previste dall'*Action 1* in rapporto ai caratteri tipici dell'economia digitale: n.d.r.) è stata raccomandata in questa fase».

Le argomentazioni addotte dal *Final Report* dell'*Action 1* per giustificare la disposta cronologia degli interventi mostrano un'evidente fragilità. È vero che tutti gli interventi proposti sono tra loro interconnessi e che le misure che possono correggere le più accentuate anomalie delle tradizionali regole della fiscalità internazionale, possono attenuare le specifiche distorsioni che discendono direttamente dai fenomeni della digitalizzazione. Ad esempio, la ridefinizione delle fattispecie che integrano la presenza di una "stabile organizzazione" o la riforma delle regole sul *transfer pricing* potranno incidere sulla tassazione delle imprese che operano nel settore del "commercio elettronico indiretto", laddove una presenza fisica nel *market State* continua ad essere comunemente richiesta; ovvero, l'implementazione delle regole sulle CFC, che comportano la tassabilità dei proventi nello Stato in cui ha sede la società controllante (*ultimate parent company*), potrà indurre i grandi gruppi multinazionali ad operare una redistribuzione territoriale dei propri redditi mediante la costituzione di una "stabile organizzazione" laddove essi sono realizzati⁴⁰.

È tuttavia evidente che il conseguimento di questi risultati potrà essere atteso nel solo caso in cui la grande multinazionale operante nell'economia digitale abbia spontaneamente costituito o abbia interesse a costituire una "stabile organizzazione" nello Stato della fonte, in relazione al proprio modello di *business* o alla propria convenienza economica, e non pure nei casi – sempre più tipici e diffusi nell'economia digitale – in cui essa possa operare "a distanza", senza nessuna presenza fisica nell'altro Stato, grazie alla mobilità delle tecnologie ed alla immaterialità dei prodotti. Gli argomenti addotti per giustificare il differimento dei tempi dell'*Action 1* sono dunque manifestamente incongrui: essi presuppongono l'esistenza di una "stabile organizzazione" nello Stato della fonte, e non considerano che il problema

⁴⁰ Sugli effetti della modificazione delle tradizionali regole per evitare le doppie imposizioni sulle strategie delle grandi imprese operanti sul mercato digitale, cfr. OCSE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, cit., pp. 96 ss..

consiste nel fatto che nell'economia digitale si impone la necessità di superare il sistema normativo fondato sulla presenza di una tale struttura.

In considerazione di questi ritardi, il “*Final Report*” afferma che il vuoto che in questo modo si genera potrebbe essere temporaneamente colmato dagli Stati con una specie di “fai da te”, recependo le opzioni prospettate nei propri trattati fiscali bilaterali o nella propria legislazione domestica, come «*additional safeguards against BEPS, provided they respect existing treaty obligations*» (e cioè come «misure addizionali di salvaguardia contro la BEPS, purché essi rispettino gli obblighi degli esistenti trattati internazionali»)⁴¹. Ma questa proposta “tampone” sembra espressione di un tangibile disagio e manifesta un’evidente debolezza.

Sotto un primo profilo, il richiamo alla potestà degli Stati di adottare soluzioni autonome si pone in chiaro contrasto con i ripetuti appelli alla cooperazione reciproca, e sembra finalizzato al solo scopo di far fronte alla possibile impazienza di alcuni Governi in presenza di problemi non più rinviabili. Sotto altro profilo, la via delle soluzioni domestiche si presenta naturalmente stretta ed accidentata, in una realtà che trascende la dimensione e le capacità operative dei singoli Stati e che richiede, per propria natura, soluzioni concordate.

Invero, in una materia quasi interamente governata dalle convenzioni bilaterali vigenti e dalle obbligazioni internazionali assunte nei confronti degli altri Stati, i margini per introdurre l'imposizione di nuovi tributi sui proventi generati attraverso le attività svolte sul mercato della rete appaiono obiettivamente ridotti. In particolare, nel contesto di una normativa convenzionale tuttora ingessata entro i tradizionali ed obsoleti schemi che subordinano l'applicazione delle imposte sul reddito di impresa dei non residenti ad una presenza fisica nello Stato, la possibilità di introdurre un tributo domestico sui proventi dell'economia digitale percepiti da un soggetto non dotato di una stabile organizzazione appare confinata ad ipotesi marginali, quali:

⁴¹ OCSE, *Addressing The Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015 Final Report*, cit., p. 137.

- a) l'ubicazione della sede del contribuente in un Paese non legato a quello della fonte da una convenzione contro le doppie imposizioni;
- b) la configurazione di un tributo non disciplinato dalla convenzione vigente con il Paese in cui il contribuente risiede;
- c) la possibilità di qualificare il provento realizzato nel territorio dello Stato come reddito diverso dal reddito di impresa (la cui tassazione è condizionata all'esistenza della "stabile organizzazione", alla stretta della vigente disciplina convenzionale) ed, in ogni caso, come reddito tassabile nello Stato, ai sensi della stessa convenzione.

La difficoltà di ritagliare tra queste ristrette coordinate la disciplina di un tributo che risponda a tutti i requisiti di neutralità, efficienza, semplicità, effettività, equità e flessibilità richiesti dai principi delle politiche fiscali comunemente accettati⁴², rende alquanto evanescente la delega che l'OCSE ha inteso affidare agli Stati, nell'attesa di un'adeguata implementazione del Progetto BEPS che si riferisce specificamente alle sfide dell'economia digitale.

8. Le ulteriori fasi del percorso di implementazione del Progetto BEPS: tra intenti comuni e contrasti di posizioni

Il processo di attuazione del progetto BEPS non è arrestato ed è tuttora in corso. L'OCSE persegue con tenacia i suoi obiettivi, raccomandando cooperazione ed intese tra tutti gli Stati interessati e scandendo i tempi dei futuri passaggi. Per portare avanti questa strategia è stato costituito l'*OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*, organismo a cui hanno finora aderito oltre 130 Stati e giurisdizioni sovrane, il 70% dei quali non aderenti all'OCSE e non facenti parte del G20.

⁴² Questi principi fondamentali che tradizionalmente governano lo sviluppo delle politiche fiscali, sono comunemente conosciuti come *Ottawa Taxation Framework Conditions*, essendo stati elaborati nella conferenza ministeriale che si è svolta ad Ottawa nel 1988.

I documenti che delineano le fasi di questo percorso rivelano tuttavia le vere cause dei ritardi e la persistente presenza di difficoltà e contraddizioni⁴³. L'*iter* dei lavori ha rilevato che, se da un lato sussiste un unanime consenso sulla necessità di adottare soluzioni condivise a livello globale⁴⁴, da un altro emergono rilevanti dissensi e notevoli incertezze sui possibili contenuti di futuri provvedimenti.

⁴³ Nel rispetto di questa strategia e sulla base di una richiesta avanzata dai ministri delle Finanze del G20 nell'incontro svolto a Baden Baden nel mese di marzo 2017, il 16 marzo 2018 l'*Inclusive Framework* ha pubblicato l'*Interim Report*, denominato *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, già citato. Successivamente, in base alle determinazioni espresse nella *Policy Note* approvata il 23 gennaio 2019 (consultabile all'indirizzo web: <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>) ed al conseguente *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Public Consultation Document* (consultabile all'indirizzo web: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>), l'*Inclusive Framework* ha promosso una pubblica consultazione «on possible solutions to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy» (traduz.: «sulle possibili soluzioni delle sfide originate dalla digitalizzazione dell'economia»). La consultazione ha visto la partecipazione di oltre 200 *stakeholders* e si è conclusa nei giorni 13 e 14 marzo 2019 nel Centro Conferenze dell'*OCSE Conference Centre* a Parigi con l'intervento di oltre 400 rappresentanti di governi, imprese, operatori ed accademici. Successivamente, il 31 maggio 2019 l'*OCSE* ha pubblicato un nuovo programma di lavori, denominato *Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 *Inclusive Framework on BEPS*, OECD, Paris, consultabile sul sito web: www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm.

⁴⁴ Nell'introduzione del *Public Consultation Document* citato nella precedente nota si afferma che: «*Following a mandate by G20 Finance Ministers in March 2017, the Inclusive Framework on BEPS, working through its Task Force on the Digital Economy (TFDE), delivered an Interim Report in March 2018, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018. One of the important conclusions of this report is that members agreed to review the impact of digitalisation on nexus and profit allocation rules and committed to continue working together towards a final report in 2020 aimed at providing a consensus based long-term solution, with an update in 2019*». Traduz.: «A seguito di un mandato conferito dai ministri delle Finanze del G20 nel marzo 2017, l'*Inclusive Framework on BEPS* [...] ha pubblicato un *Interim Report 2018* [...]. Una delle importanti conclusioni di

Il dibattito corrente svela in primo luogo che i tempi necessari per esplorare compiutamente i fenomeni da disciplinare si rivelano più lunghi di quelli richiesti per assumere decisioni responsabili. Mentre si discutono le possibili opzioni, insorgono nuovi profili tecnologici e nuovi modelli di *business* che propongono nuove indagini e nuovi problemi.

L'*Interim Report*, redatto dall'*Inclusive Framework* nel marzo del 2018, prospetta in particolare l'opportunità di approfondire tre temi concernenti le innovazioni specificamente correlate all'introduzione delle tecnologie digitali:

a) la *cross-jurisdictional scale without mass*, e cioè la capacità delle imprese di collocare in diversi settori varie fasi del processo produttivo in differenti Paesi e di consentire l'accesso ad un grande numero di utilizzatori collocati in ogni parte del mondo, così da potersi introdurre nella vita economica dei vari Stati senza nessuna presenza fisica in essi;

b) la *reliance on intangible assets, including Intellectual Property (IP)*, e cioè la rilevanza dei fattori di produzione immateriale, in considerazione della crescente importanza degli investimenti nella ricerca e della rilevanza della proprietà intellettuale (marchi, brevetti, licenze d'uso, etc...), per poter elaborare i *software* e gli algoritmi che supportano le piattaforme digitali ed i siti *web*;

c) i *data, user participation and their synergies with IP*, e cioè il valore connesso al possesso ed alla elaborazione delle informazioni fornite dagli utenti e dai consumatori, soprattutto in relazione ai *social networks*, che realizzano la propria attività di impresa proprio attraverso lo sfruttamento di questi dati.

Ma gli ultimi rapporti rivelano che, dietro questi problemi "tecnici" (che in realtà non sembrano apportare significative novità alle questioni

questo rapporto è che i membri hanno condiviso il proposito di riesaminare l'impatto della digitalizzazione sul criterio di collegamento e sulla allocazione dei profitti ed hanno deliberato di continuare a lavorare insieme fino alla redazione di un rapporto finale nel 2020 con lo scopo di individuare una condivisa soluzione di lungo termine, con un aggiornamento nel 2019».

già esplorate in precedenza), si nascondono dubbi, incertezze e contrasti su temi essenziali, quali l'effettiva esigenza di rinnovare le vigenti regole sulla "stabile organizzazione", l'individuazione di un nuovo *nexus*, la determinazione del reddito imputabile al Paese della fonte, l'opportunità di adottare misure provvisorie nella attesa di una soluzione definitiva. Nonostante le manifestazioni di impegno e la dichiarata volontà di raggiungere una comune intesa, sembra che il dibattito tenda a regredire a fasi apparentemente superate e che il quadro di insieme tenda ulteriormente a confondersi, per ragioni che attengono esclusivamente a scelte di opportunità politica, e non a questioni di logica giuridica.

La centralità delle azioni dirette a correggere le nuove sfide generate specificamente dalle tecnologie digitali e degli interventi volti a modificare le "obsolete" regole incentrate sulla nozione di "stabile organizzazione", sembra attenuarsi nell'*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Public Consultation Document* rilasciato dall'*Inclusive Framework* il 29 gennaio 2019, nel quale si svela la contrapposizione tra due gruppi di Stati «*that considered that there was a need to change existing profit allocation and nexus rules*»⁴⁵ ed un terzo gruppo, «*that considered that no action was needed beyond addressing BEPS issues*»⁴⁶. Ciò sembra incrinare anche l'originaria convinzione che il progetto BEPS richieda l'attuazione integrata di tutte le azioni previste, tra loro strettamente interconnesse, considerata la tendenza di alcuni Stati a privilegiare gli interventi di modifica delle tradizionali regole della fiscalità internazionale ed a confidare sulla loro capacità di correggere efficacemente le disimmetrie generate dall'avvento degli *highly digitalised business*.

⁴⁵ OCSE, «*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Public Consultation Document*», cit., p. 6. Traduz.: «che ravvisano la necessità di cambiare le regole esistenti sulla allocazione dei profitti e sul criterio di collegamento».

⁴⁶ OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Public Consultation Document*, cit., p. 6. Traduz.: «che considerano che nessuna azione è richiesta al di là dell'orientamento delle problematiche BEPS»).

All'interno del gruppo che tende alla riforma dei tradizionali strumenti di collegamento tra la potestà impositiva dello Stato e l'attività di impresa del non residente, poi, perde vigore il riferimento alla nuova categoria della "presenza economica significativa", che costituiva oggetto della proposta di un nuovo *nexus* nel *Final Report*. All'idea di individuare la soggettività passiva del non-residente con riguardo alle imposte sui redditi di impresa alla ricorrenza di una serie di elementi distintivi della sua capacità di operare nell'altro Stato, si associano proposte, variamente esplorate e variamente collegate tra loro, quali:

a) la proposta dell'*user participation*, valevole per i modelli di *business* altamente digitalizzati che si attuano mediante le piattaforme dei *social media*, i motori di ricerca ed i mercati *on line*, secondo cui deve ritenersi conseguito nel territorio dello Stato di residenza dell'utente il reddito prodotto attraverso l'uso dei dati da lui forniti;

b) la proposta del *marketing intangibles*⁴⁷, secondo cui è tassabile nello Stato del consumo la parte del prezzo imputabile ai beni immateriali che l'impresa non residente possiede in esso e che agevolano l'attività commerciale.

Ovviamente, le incertezze e le dispute sull'individuazione del nuovo *nexus* si riflettono sul connesso problema della quantificazione del reddito da allocare e tassare nello Stato della fonte. Le nuove proposte che

⁴⁷ Secondo le linee guida sul *transfer pricing* elaborate dall'OCSE, si definisce in tal modo «an intangible . . . that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers». Cfr. OCSE «*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*» 2017 (OECD TPG), p. 27. Traduz.: «Un bene intangibile, che si riferisce ad attività di *marketing*, aiuta nella diffusione commerciale di un prodotto o servizio e/o ha un'importante valore promozionale per il prodotto in questione. In questo contesto, i *marketing intangibles* possono comprendere, per esempio, marchi, ditte, liste di consumatori, relazioni al consumatore e dati sul mercato e sul consumatore che è usato o che aiutano nel *marketing* o nella vendita di beni o servizi ai consumatori»).

fanno riferimento alla partecipazione dell'utente ed ai fattori immateriali del *marketing* si preoccupano di individuare il valore imputabile a tali elementi; l'originaria proposta fondata sulla nozione di "presenza economica significativa" richiede tuttora l'elaborazione di criteri, metodi e formule per ripartire il reddito tra tutti gli Stati in cui si sviluppa l'intero ciclo produttivo.

Infine, non vi è accordo tra gli aderenti all'*Inclusive Framework* in merito all'adozione di misure provvisorie ed urgenti nell'attesa della definizione di una strategia conclusiva. Alla richiesta di alcuni Stati di introdurre provvisoriamente un dazio sulle vendite di beni e servizi trans-frontalieri, si contrappone la posizione di altri Paesi, secondo i quali una tale soluzione potrebbe disseminare maggiori difficoltà ed ostacoli sul percorso futuro.

Per queste ragioni, il panorama si presenta ancora nebuloso e pieno di incognite. Tuttavia, se da un lato la *road map* appare una strada obbligata, da un altro lato risulta sempre più pressante l'esigenza di modificare i tradizionali schemi della tassazione dei redditi di impresa trans-nazionali, in una realtà economica che non rispecchia più le condizioni in cui essi sono stati elaborati. In tale contesto, non resta che rimanere in vigilante attesa degli ulteriori sviluppi delle strategie dell'OCSE, che ha fissato la conclusione dei propri lavori nell'anno 2020.

9. Le vie nazionali alla tassazione

I ritardi e le incertezze nell'adozione di opportune soluzioni a livello internazionale hanno indotto numerosi Stati a fare appello alla loro sovranità territoriale ed a ricercare autonomi strumenti normativi per sottoporre a tassazione i proventi realizzati al proprio interno mediante le attività di impresa che si sviluppano sui mercati della rete. Si tratta di un'impresa obiettivamente improba ed ambiziosa, che si scontra sia con i vincoli imposti dalle vigenti convenzioni internazionali, sia con la dif-

ficoltà di colmare il divario tra i limiti dei confini nazionali e la dimensione globale delle attività di impresa digitali. Tuttavia, il riferimento a queste iniziative consente di arricchire la presente indagine e può offrire utili elementi di riflessioni sulle soluzioni possibili.

In questa prospettiva, va segnalata in primo luogo la tendenza di un significativo numero di Paesi di dare una nuova e più ampia estensione al concetto di “stabile organizzazione”. In contrasto con l’approccio tradizionale, questo orientamento tende a diluire i requisiti per individuare la presenza e la permanenza fisica in una determinata area geografica, al fine di stabilire un nesso rilevante ai fini della tassazione. Ciò consente di configurare una “stabile organizzazione” in circostanze in cui essa non sarebbe configurabile secondo i precedenti *standards*, attribuendo rilievo ai fattori che fanno figurare una “presenza digitale” (come piattaforme informatiche, connessioni *internet* ed altri apparati analoghi)⁴⁸.

⁴⁸ In questa prospettiva si colloca l’ampliamento della nozione di “stabile organizzazione” introdotta nel 2017 nell’ordinamento della Repubblica Slovacca, con riferimento alla prestazione di particolari servizi resi su piattaforme *on line* (come intermediazione per servizi di trasporto e di alloggio).

In verità, questa azione ermeneutica trova un limite nell’orientamento espresso dall’OCSE nel documento denominato *Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E-Commerce: Changes to the Commentary on Article 5*, pubblicato nel 2000, a seguito del quale stati introdotti dieci nuovi paragrafi al Commentario (dal 122 al 131) inerenti alle varie situazioni dell’*e-commerce* che possono configurare una “stabile organizzazione”. Queste linee-guida concentrano l’attenzione su due dati oggettivi, ossia il sito *web* ed il *server*, e su due elementi soggettivi, ossia il *content provider* e l’*internet server provider* (in sigla, ISP).

Il *server* è fisicamente localizzabile e quindi potenzialmente in grado di originare una stabile organizzazione per il soggetto che ne detiene la piena disponibilità (l’ISP) allorché questi sia non residente. Inoltre il *server* deve essere stabile, sia nello spazio che nel tempo, e non deve riferirsi ad attività puramente ausiliarie o preparatorie (per le quali opera l’esclusione prevista dal paragrafo 4 dell’art. 5 del modello).

Il sito *web* è invece costituito da una combinazione di *software* ed informazioni elettroniche immagazzinate su di un *server*; il soggetto al quale è attribuita la disponibilità del sito (il *content provider*) può operare secondo due distinte modalità: in una prima modalità egli conclude un contratto con un ISP che gli mette a disposizione il proprio *server*; in una seconda modalità adopera direttamente sul territorio estero un *server* di cui detiene la piena disponibilità (indipendentemente dal titolo). Nella pri-

Altri Stati, come Israele ed India, hanno ritenuto di recepire in anticipo la proposta di modifica del *nexus* contenuta nel *Final Report* ed hanno perciò sostituito nella propria legislazione interna la tradizionale nozione di “stabile organizzazione” con quella nuova di “significativa presenza economica”. Ciò comporta che l’impresa non residente deve ritenersi assoggettata a tassazione nello Stato della fonte a prescindere dalla esistenza di una “stabile organizzazione” al suo interno⁴⁹. È però difficile ipotiz-

ma modalità il *content provider* ha la disponibilità esclusiva del solo sito *web*, che non può essere considerato come “stabile organizzazione” in considerazione della sua natura immateriale. In queste ipotesi il sito è utilizzato tipicamente mediante un contratto di *web hosting* con cui l’ISP ospita sul proprio *computer* i dati disposti dal *content provider*, il quale vi ha libero accesso mediante un *software*: sebbene il compenso pagato sia normalmente commisurato allo spazio occupato dal sito sul *server*, il contratto non attribuisce comunque diritti di gestione diretta del *server* o di una parte di esso, escludendo perciò la possibilità che esso configuri una sede fissa alla quale ricollegare una “stabile organizzazione” (Commentario, paragrafo 124).

Salvi casi particolari, si esclude anche la possibilità che l’ISP stesso sia considerato “stabile organizzazione personale” del *content provider*, in quanto egli non conclude normalmente contratti in nome e per conto dell’impresa estera; in ogni caso, il fatto che egli presta i propri servizi a più società detentrici di siti è requisito sufficiente ad escludere la sua configurabilità come agente dipendente (Commentario, paragrafo 131).

Nella seconda delle due modalità sopra indicate, la figura del *content provider* si assimila a quella dell’ISP, con la conseguenza che si determina una sua “stabile organizzazione” non a causa della presenza del sito *web*, ma per la eventuale disponibilità del *server* impiegato per l’utilizzo del sito (Commentario, paragrafo 125). È esclusa anche la possibilità che lo stesso sito *web*, nei casi in cui sia dotato di un *software* in grado di svolgere e concludere un contratto, sia considerato agente dipendente (e quindi “stabile organizzazione personale”) del *content provider*, poiché non potrebbe rientrare nella nozione di persona prevista dall’art. 3 del modello (Commentario, paragrafo 131).

Nell’ordinamento interno queste linee interpretative si sono tradotte nel disposto del quinto comma dell’art. 162, del t.u.i.r., nel testo in vigore fino al 31 dicembre 2017, per il quale «non costituisce di per sé stabile organizzazione la disponibilità a qualsiasi titolo di elaboratori elettronici e relativi impianti ausiliari che consentano la raccolta e la trasmissione di dati ed informazioni finalizzati alla vendita di beni e servizi». Tale disposizione è stata abrogata dall’art. 1, comma 1010, lett. b), della l. 27 dicembre 2017, n. 205, in guisa che i dubbi cui essa dava luogo sono ormai superati.

⁴⁹ Anche la giurisprudenza statunitense sembra orientarsi, almeno con riferimento alle imposte indirette, verso il superamento della territorialità “fisica” a favore di

zare il possibile impatto di simili interventi normativi, che si pongono a confronto con le disposizioni dei trattati internazionali attualmente vigenti e potrebbero preludere all'applicazione di nuovi tipi di imposte.

Secondo un orientamento più radicale, seguito dall'Arabia Saudita e da alcune Corti indiane, i redditi conseguiti mediante prestazioni di servizi nell'altro Stato sarebbero quivi sempre tassabili, a prescindere dall'esistenza o meno di una "stabile organizzazione"; e ciò in quanto un tale requisito non si evince dal modello di convenzione contro le doppie imposizioni redatto dalle Nazioni Unite⁵⁰. Si tratta tuttavia di una posizione minoritaria, che non trova sostegno nelle previsioni del corrispondente modello OCSE e che è contraria all'interpretazione fornita dal relativo commentario⁵¹.

quella legata alla "presenza economica", così come rivela la sentenza *Wayfair* del 21 giugno 2018, n. 585 (annotata da C. Marrazzo, *La tassazione del commercio elettronico dopo la sentenza Wayfair: verso una territorialità digitale?*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, pp. 146 ss. e da M.A. Calabrese, *Il caso Wayfair: l'introduzione di nuovi criteri di collegamento nell'era digitale*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2018, pp. 583 ss.).

⁵⁰ L'art. 5, paragrafo 3, del modello di convenzione sulle doppie imposizioni tra Paesi sviluppati ed in via di sviluppo elaborato dalle Nazioni Unite, come aggiornato nell'anno 2017, così recita: «*The term "permanent establishment" also encompasses: (a) [omissis]; (b) The furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue (for the same or a connected project) within a Contracting State for a period or periods aggregating more than six months within any twelve-month period*». Traduz. «Il termine "stabile organizzazione" comprende pure: (a) [omissis]; (b) la fornitura di servizi, inclusi servizi di consulenza, da parte di un'impresa attraverso impiegati e da altro personale assunto dall'impresa per tale proposito, ma solo se attività di questa natura (per lo stesso o per un altro progetto connesso) all'interno di uno Stato Contraente per un periodo o per periodi aggregati superiori a sei mesi nell'arco di un anno».

La nuova formulazione è dovuta al fatto che i servizi cui la norma si riferisce sono normalmente forniti senza alcuna presenza fisica nello Stato della fonte. Secondo l'orientamento interpretativo in esame, l'espressione "fornitura di servizi" contenuta nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni si riferisce ai servizi "usati" o "consumati" nell'altro Stato, e legittimamente include i servizi resi da una località remota, a prescindere dal requisito di una "stabile organizzazione" in tale Stato.

⁵¹ Su tale controversa questione, si veda il Commentario all'art. 5 del modello di convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE, paragrafi 132-169.

Un'altra tendenza che si manifesta nelle prassi interpretative e giudiziarie degli Stati si concentra poi sulla qualificazione dei redditi prodotti dal non residente (*characterization*). In presenza di alcune tipologie di servizi innovativi che sono forniti sul mercato della rete, come il *cloud computing*, si pone un diffuso problema di stabilire se i proventi percepiti siano effettivamente qualificabili come “redditi di impresa”, così da essere assoggettati alle regole dell'art. 7 del modello OCSE che subordinano la tassazione alla presenza di una “stabile organizzazione”, o appartengano piuttosto alle diverse categorie delle “*royalties*”, delle rendite, degli interessi, o ad altre categorie ancora, così da rientrare in diverse previsioni delle convenzioni esistenti, che dispongono differenti forme di ripartizione della potestà impositiva degli Stati contraenti. Ad esempio, sorgono questioni in merito al trattamento delle transazioni relative all'utilizzo delle infrastrutture, dovendosi stabilire se si tratti di servizi che danno luogo a profitti, o di affitti di spazio sul *server* del *provider* di servizi *cloud*, da trattare come *royalties* per gli scopi dei trattati⁵².

Vi è poi l'ampio campo della configurazione di nuove imposte inerenti ad operazioni compiute in via digitale mediante uso di mezzi elettronici. Tra le tante:

- a) una ritenuta a titolo di imposta sui proventi per servizi tecnici⁵³, in contrasto con le previsioni del modello di convenzione OCSE, ma in conformità con il modello di convenzione delle Nazioni Unite, come recentemente riformulato⁵⁴,

⁵² Analoghe problematiche insorgono per le transazioni denominate *software-as-a-service* (SaaS) e *platform-as-a-service* (PaaS). Un'altra tendenza è quella di allargare la nozione di *royalties* soggette a ritenuta, includendo in essa i pagamenti per l'uso o il diritto di usare un *software* o di trasmettere immagini visive e suoni attraverso tecnologie di informazione e comunicazione.

⁵³ Si definiscono comunemente *technical services* i servizi di natura manageriale, tecnica (che cioè richiedono esperienza in tecnologia) e di consulenza.

⁵⁴ Giova considerare che il sistema delle ritenute riguarda prevalentemente le operazioni *business-to-business* (B2B), essendo tecnicamente difficile applicarlo ad operazioni che coinvolgono un consumatore finale.

- b) una ritenuta su specifiche categorie di entrate, come quelle pubblicitarie;
- c) imposte settoriali, che non interferiscono con quelle sul reddito, che colpiscono i proventi delle pubblicità *on line*, come: (i) l'*Equalisation Levy* dell'India; (ii) la tassa sulla pubblicità dell'Ungheria; (iii) la tassa francese sulla distribuzione fisica ed *on line* di contenuti audiovisivi.

Questi regimi fiscali, variamente congegnati, hanno prodotto tuttavia un gettito fiscale alquanto modesto e suscitano rilevanti problemi di riscossione, perché si rivolgono ad attività che normalmente si svolgono al di fuori del territorio dello Stato e richiedono l'imposizione di obblighi fiscali a carico di intermediari locali o del consumatore finale.

Infine, sullo scenario mondiale si può rilevare un'altra categoria di interventi legislativi, che tendono a creare nuovi regimi amministrativi per bilanciare i poteri delle Autorità fiscali statali e delle società multinazionali, o che introducono specifiche norme anti-abuso. Rientrano in questa tipologia l'introduzione della *Diverted Profits Tax* nel Regno Unito ed in Australia e la *base erosion and anti-abuse tax* (BEAT) negli Stati Uniti. Si tratta di strumenti che stanno producendo utili risultati, soprattutto perché favoriscono la *compliance* tra la Pubblica Amministrazione e le grandi imprese multinazionali e si rivelano idonei a procurare una più equilibrata allocazione delle risorse da parte dei maggiori operatori economici⁵⁵.

10. La via europea

Anche l'Europa cerca la propria strada per realizzare una nuova tassazione equa ed efficiente dei profitti delle imprese, che costituisce uno strumento necessario per promuovere la crescita sostenibile e gli investimenti all'interno di un mercato meglio integrato; ciò nella consapevo-

⁵⁵ Per una più approfondita disamina delle strategie domestiche, cfr. OCSE (2018), *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*, cit., pp. 134 ss.

lezza che il sistema vigente non è adeguato al contesto attuale, divenuto più globalizzato, digitale e mobile, e che la dimensione trans-frontaliera delle attività economiche consente alla pianificazione fiscale aggressiva di prosperare, sfruttando le asimmetrie nell'interazione tra i diversi regimi nazionali di imposta sulle società.

Occorre dunque far fronte con una politica comune ai profondi cambiamenti del sistema economico e svincolare il sistema dell'imposizione diretta dai legami in cui è costretto dalle tradizionali regole nazionali ed internazionali. Si tratta tuttavia di una azione complessa, che si sviluppa su vari livelli e secondo un programma graduale.

Una prima linea di azione si sviluppa a livello internazionale. Su questo piano, «la Commissione riconosce che l'approccio ideale consisterebbe nel trovare soluzioni internazionali multilaterali per tassare l'economia digitale, considerata la portata globale di questa sfida», e si propone di «collaborare strettamente con l'OCSE per sostenere lo sviluppo di una soluzione a livello internazionale»⁵⁶. Ciò nonostante, considerate le circostanze che ostacolano il raggiungimento di un'intesa globale su questi temi, la Commissione ha ritenuto di elaborare una propria strategia in ambito europeo, che non interferisca sui rapporti internazionali e possa anzi contribuire ai lavori in corso a livello di OCSE, mediante l'elaborazione di autonome soluzioni.

Un secondo livello di interventi riguarda l'armonizzazione del sistema impositivo sui redditi sulle società in genere e sui gruppi societari di grandi dimensioni all'interno dell'Unione, in modo da superare le disimmetrie tra le legislazioni nazionali, semplificare le attività di accertamento mediante la creazione di uno "sportello unico" e prevedere un meccanismo di allocazione del reddito nel territorio degli Stati in cui esso è effettivamente prodotto, mediante una formula che tenga conto

⁵⁶ In tal senso si esprime la relazione alla proposta di direttiva COM(2018) 147 *final*, di cui si dirà in seguito.

del luogo di attività, di lavoro e di realizzazione del fatturato⁵⁷. Questa strategia si riferisce tuttavia ai soli redditi imputabili ad una “stabile organizzazione” (come definita nel modello di convenzione fiscale dell'OCSE post-BEPS) che sia ubicata nel territorio dell'Unione e che appartenga ad un contribuente ivi residente a fini fiscali, in guisa che essa non crea asimmetrie con le regole tradizionali di localizzazione del reddito né pone problemi di tassazione dei soggetti residenti in Paesi terzi secondo le vigenti convenzioni bilaterali⁵⁸.

Un terzo livello di azione mira ad affrontare le specifiche questioni originate dall'economia digitale e si rivolge perciò alle imprese che prestano servizi immateriali e svolgono attività di commercio elettronico transfrontaliero senza presenza fisica. Alla tassazione di tali soggetti è dedicato l'ultimo pacchetto di iniziative presentato dalla Commissione il 21 marzo 2018, nel presupposto che: «È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia digitale». Il pacchetto si compone di due Direttive [Direttiva COM (2018) 147 e Direttiva COM (2018) 148] e di una Raccomandazione [C (2018) 1650 del 21 marzo 2018].

⁵⁷ Ci riferiamo alle proposte di direttiva del Consiglio COM/2016/0685 *final* e COM(2016) 683 *final*, relative rispettivamente ad una base imponibile comune per l'imposta sulle società e a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB), presentate il 25 ottobre 2016, che rilanciano una precedente proposta pubblicata il 16 marzo 2011 e che prevedono un'azione distinta in due fasi, finalizzate a definire in un primo momento una base impositiva comune per i redditi delle società in tutti gli Stati, e successivamente la base imponibile consolidata del gruppo.

⁵⁸ Giova altresì considerare che, in attesa di elaborare una normativa comune per la tassazione dell'economia digitale, la Commissione europea ha cercato di contrastare i fenomeni evasivi con tecniche *anti-trust*, sanzionando le politiche di concorrenza fiscale tra gli Stati illecitamente condotte mediante la concessione di indebiti benefici fiscali alle grandi multinazionali. Sulle decisioni adottate in materia dalla Commissione, cfr. A. Arena, *Le decisioni sui tax rulings al vaglio della CGUE: un nuovo capitolo sul controllo degli aiuti di stato, un passo in avanti verso l'Unione fiscale?*, in *Dir. comm. int.*, 2017, pp. 925 ss. In particolare, sul caso Apple, M. Greggi, *Il caso Apple: vecchi e nuovi limiti europei alla potestà impositiva*, in *Quad. cost.*, 2016, p. 817 ss.

La prima proposta prevede l'introduzione provvisoria di un sistema comune di imposta sui ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali (*web tax europea*)⁵⁹. La seconda intende invece introdurre una stabile disciplina armonizzata, in chiave europea, dell'imposizione diretta sui redditi delle imprese digitali⁶⁰, per le quali le regole attuali si rendono praticamente inapplicabili.

In questa prospettiva, la proposta di direttiva COM (2018) 147 *final* non sostituisce il tradizionale criterio di collegamento della “stabile organizzazione”, ma si limita ad “integrarlo”, con specifico riguardo ai servizi digitali. A tal fine, essa rielabora il concetto di “presenza economica significativa” già prospettato dal *Final Report* dell'*Action 1* e lo trasforma in quello di “presenza digitale significativa”, che nel concreto si configura allorché siano soddisfatti uno o più dei seguenti criteri: (i) importo dei ricavi derivanti dalla fornitura di servizi digitali a utenti nell'ambito di una giurisdizione superiore a 7.000.000 di euro in un periodo di imposta; (ii) numero di utenti di un servizio digitale in uno Stato membro superiore a 100.000 in un periodo di imposta; (iii) conclusione di oltre 3.000 contratti commerciali per servizi digitali.

Occorre sottolineare che la proposta di direttiva in esame si preoccupa di non interferire con la normativa convenzionale. Essa è destinata infatti alle sole società soggette a imposta costituite o stabilite nei Paesi dell'Unione o in una giurisdizione terza che non abbia concluso una con-

⁵⁹ In particolare, l'imposta provvisoria sui servizi digitali è volta a colpire le seguenti attività svolte in favore di utenti dislocati in Europa: (i) pubblicità su interfaccia digitale; (ii) piattaforme digitali che consentano anche la vendita di prodotti e servizi; (iii) trasmissione di dati degli utenti. Essa si dovrebbe applicare alle imprese che abbiano redditi annuali superiori a certe soglie (settecento cinquanta milioni a livello globale e cinquanta milioni a livello europeo); ammonta al tre per cento dei redditi prodotti in Europa; è raccolta da uno solo degli Stati membri interessati ed è poi distribuita tra gli altri Stati nella misura a essi riferibile.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, n. 5, della proposta di direttiva, per “servizi digitali” si intendono quelli «forniti attraverso *internet* o una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo, impossibili da garantire in assenza della tecnologia dell'informazione».

venzione in materia di doppia imposizione con lo Stato membro in cui è identificata una presenza digitale significativa del contribuente. Essa invece non si applica alle imprese costituite o stabilite in una giurisdizione terza che abbia concluso una convenzione in materia di doppia imposizione con lo Stato membro in cui si riscontri la presenza digitale significativa, le cui disposizioni hanno carattere prevalente e sono perciò applicabili a preferenza delle norme europee. Tuttavia, la proposta di direttiva si prospetta come possibile schema di riferimento per le determinazioni che potranno essere assunte in sede OCSE o per eventuali modifiche delle convenzioni bilaterali vigenti ad iniziativa degli Stati stipulanti.

11. Le strategie italiane

Rimane da riflettere sulle posizioni dell'Italia, nell'attesa che le iniziative in corso a livello internazionale ed europeo sortiscano le prime soluzioni concrete. In una situazione di sostanziale stallo ed in presenza di sempre più pressanti esigenze di riequilibrio del sistema fiscale e del bilancio pubblico, la Repubblica Italiana tenta anch'essa di ritagliarsi uno spazio per sottoporre a tassazione gli enormi profitti prodotti nel proprio territorio dai "giganti del *web*". Le iniziative adottate possono essere distinte sotto un triplice profilo.

a) la nuova definizione di "stabile organizzazione"

In primo luogo il legislatore nazionale ha provveduto ad adeguare l'ordinamento interno alle modifiche della nozione di "stabile organizzazione" introdotte a livello internazionale dalla Parte IV (artt. 12-15) della Convenzione BEPS, rubricata «elusione dello *status* di stabile organizzazione». Con l'art. 1, comma 1010, della l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), egli ha infatti apportato significative modifiche all'art. 162 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, sostituendo i commi da 4 a 7.

In via di estrema sintesi, il legislatore:

- a) ha precisato che le eccezioni allo *status* di stabile organizzazione previste dalla c.d. *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.). La norma (che riflette l'opzione A prevista dall'art. 13 della Convenzione BEPS con riguardo alle attività preparatorie ed ausiliarie) risolve una precedente disputa sulla 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 al fine di escludere lo *status* di “stabile organizzazione”⁶¹;
- b) ha recepito l'*anti-fragmentation rule* contenuta nell'art. 13, par. 4, della Convenzione BEPS (art. 162, comma 5, t.u.i.r.). Ciò implica che le varie unità operative in cui si articola un'impresa non residente nel territorio dello Stato devono essere considerate unitariamente per valutare la sussistenza o meno di una “stabile organizzazione”, anche se abbiano una propria autonomia patrimoniale⁶²;
- 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.);
- d) in conformità con le previsioni dell'art. 12, par. 1, della Convenzione BEPS, che contemplano le ipotesi di *commissionnaire arrangement*, ha ridefinito la nozione di “stabile organizzazione personale” (art. 162, comma 6, t.u.i.r.). Secondo questo nuovo approccio, al fine di individuare una “stabile organizzazione” di tale genere, assume rilievo il luogo in cui i contratti sono effettivamente negoziati, piuttosto che quello in cui sono legalmente conclusi. Si configura una stabile

⁶¹ Sul punto, cfr. D. Avolio, *Stabile organizzazione e attività 'preparatorie' e 'ausiliarie': cosa cambia per le imprese con il BEPS*, in *Il fisco*, 2016, pp. 1348 ss.

⁶² Cfr. sul tema D. Avolio - D. Sencar, *La nuova “anti-fragmentation rule” in materia di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 2927 ss.

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 tale 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;

- 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.);
- 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»⁶³.

Si può ragionevolmente confidare che le nuove disposizioni, una volta trasfuse nelle convenzioni bilaterali vigenti nelle forme previste dalla Convenzione multilaterale BEPS, potranno efficacemente incidere sui modelli di *business*, realizzati anche con uso di mezzi elettronici, che siano capaci di mimetizzare le attività svolte nello Stato con strumenti artificiosi, come la frammentazione di una propria sede fissa o il ricorso a commissionari. Si tratta infatti di norme anti-elusive, concor-

⁶³ Per un esame di dettaglio delle modifiche apportate in ambito OCSE, cfr. D. Avolio-D. Sencar, *Stabile organizzazione e Action 7 del progetto BEPS dell'OCSE*, in S. Mayr-B. Santacroce (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016; P. Valente, *Erosione della base imponibile e stabile organizzazione*, in *Il Fisco*, 2015, pp 3064 ss.

date sul piano internazionale, che colmano lacune idonee ad agevolare comportamenti abusivi delle imprese interessate⁶⁴.

b) la rilevanza della “significativa e continuativa presenza economica”

Il legislatore italiano non si è tuttavia limitato a recepire nell’ordinamento domestico le disposizioni della Convenzione BEPS già sottoscritte, ma si è spinto oltre. Ha quindi integrato la c.d. *positive list* contenuta nel secondo comma dell’art. 162 t.u.i.r., che delinea specifiche ipotesi di “stabile organizzazione materiale”, mediante aggiunta della lett. *f bis*). A seguito della novella legislativa, la suddetta norma così recita:

«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»⁶⁵.

Il significato e la portata della norma costituiscono tuttavia un vero e proprio enigma.

Prima facie, si direbbe che il legislatore, riferendosi ad una presenza economica “significativa” e costante, ancorché non apparente, ha inteso recepire in anticipo nell’ordinamento domestico il nuovo *nexus* prefigurato dal *Final Report* sull’*Action 1*. In tal modo, sull’esempio di altri Stati (come Israele ed India), egli avrebbe dato un deciso impulso al

⁶⁴ Per una casistica delle indagini svolte per rilevare fenomeni di elusione delle norme relative alla tassazione dei redditi di impresa prodotti nello Stato, cfr. P. Valente-L. Vinciguerra, *Stabile organizzazione*, Milano, 2018.

Con specifico riferimento alle strategie di contrasto dei fenomeni di frammentazione della “stabile organizzazione”, cfr. la circolare n. 1/2018 del Comando Generale della Guardia di Finanza, *Manuale operativo in materia di contrasto all’evasione e alle frodi fiscali*, vol. III, parte V, relativo alla stabile organizzazione dichiarata ma “sottodimensionata”.

⁶⁵ Sulle modifiche all’art. 162 t.u.i.r. introdotte dall’art. 1, comma 1010, della l. n. 205/2017, cfr. C. Garbarino, *L’impatto del progetto BEPS sul concetto di stabile organizzazione*, in *Dir. Prat. Trib.*, pp. 587 ss.; B. Ferroni, *Stabile organizzazione: la disciplina nazionale si adegua al BEPS e introduce la “continuativa presenza economica”*, in *Il Fisco*, 2018, p. 632; L. Gaiani, *La “nuova” stabile organizzazione sotto la lente di Assonime*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 2863 ss.

superamento del criterio di localizzazione fondato sul concetto di “stabile organizzazione”, che ha governato la tassazione dei redditi di impresa trans-nazionali per oltre novanta anni, e che si rivela ormai inadeguato nel contesto di un’economia profondamente trasformata. Ma questa ricostruzione, oltre a risultare priva di sostanziale efficacia, si rivela fonte di insanabili contraddizioni.

In questa prospettiva, risulta in primo luogo travisata la proposta della “*Task Force*”, che aveva ad oggetto la sostituzione della nozione di “stabile organizzazione” con quella di “presenza economica significativa”, e non intendeva affatto delineare quest’ultima figura come una esemplificazione della prima. In realtà, i due concetti non sono conciliabili, ma sono alternativi tra loro: poiché la “stabile organizzazione” richiede una sede fissa di affari, non si può configurare una simile entità quando sussista solo una presenza “significativa”, ma virtuale, e manchi una “consistenza fisica” nell’altro Stato. Pertanto, costituisce una contraddizione in termini la configurazione di rapporto di “genere” a “specie” che il legislatore avrebbe preteso di istituire tra i due concetti, considerando la “significativa e continuativa presenza economica” come una tipologia di “stabile organizzazione materiale”, definita in termini generali dal primo comma dell’art. 162 del t.u.i.r.⁶⁶

Se avesse voluto far coesistere il concetto di “stabile organizzazione materiale” e quello di “presenza economica significativa e continuativa”, il legislatore non avrebbe dovuto formulare una norma esemplificativa, ma avrebbe dovuto configurare un’eccezione alla regola generale, definendo il suo ambito di applicazione. In mancanza di una simile specificazione (come quella effettuata dalla richiamata proposta di di-

⁶⁶ La contraddizione appare ancor più evidente, se si considera che nel 2010 la Repubblica Italiana ha ritirato un’osservazione formulata all’art. 5 del Commentario al modello di convenzione OCSE, aderendo in tal modo alla linea interpretativa in esso contenuta, secondo cui le fattispecie contemplate nella *positive list* hanno carattere esemplificativo e possono configurare una “stabile organizzazione” nel solo caso in cui ricorrano concretamente i requisiti generali previsti dal primo paragrafo (e cioè carattere tangibile dell’installazione, sua strumentalità e profilo temporale).

rettiva COM (2018) 147, relativamente ai servizi digitali *a remoto*), la norma non appare concretamente applicabile.

Nella prospettiva della costituzione di un nuovo *nexus* (ovvero, in subordine, dell'ampliamento del *nexus* tradizionale), la norma appare inoltre gravemente lacunosa, perché non fornisce nessun indice obiettivo per definire le condizioni per configurare una presenza "virtuale", a cui collegare l'esercizio del potere impositivo sui redditi di impresa prodotti nello Stato. La determinazione del rapporto giuridico di imposta rimane così interamente rimessa alle valutazioni soggettive delle parti e del giudice, in manifesta violazione dell'art. 23 Cost., che affida alla legge il compito di definire con sufficiente precisione l'oggetto dell'obbligazione tributaria.

Così considerata, la norma è altresì vacua. Innanzi tutto, essa ignora l'esigenza di collegare al tema dell'individuazione del presupposto impositivo quello della determinazione del reddito imponibile, che secondo il disposto dell'art. 152 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, si identifica con quello imputabile alla "stabile organizzazione". Poiché questa norma prescrive che tale imputazione deve avvenire in base ai «criteri definiti in sede OCSE, tenendo conto delle funzioni svolte, dei rischi assunti e dei beni utilizzati», è assai difficile stabilire come si possa effettuare l'allocatione di un reddito a favore di una stabile organizzazione come quella configurata dalla norma in esame.

Infine, la novella legislativa assume un ambito di applicazione estremamente ristretto, ove si consideri che essa non trova nessuna corrispondenza con le vigenti convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni. Come si è già evidenziato, infatti, queste convenzioni riflettono il modello OCSE, che a sua volta non ha ancora recepito la nozione di "presenza economica significativa" prospettata nell'ambito del progetto BEPS; per di più, negli ultimi rapporti dell'*Inclusive Framework* la proposta di istituire questo nuovo *nexus* ha perso vigore, perché si confronta con altre possibili soluzioni, fondate sulle categorie della *user participation* e del *marketing intangibles*. In tali circostanze, l'operatività della

nuova norma domestica sulla “significativa e continuativa presenza economica” è confinata in uno spazio quasi insignificante.

Occorre all’uopo considerare che, secondo le norme del diritto internazionale generalmente riconosciute e secondo i principi costituzionali contenuti nell’art. 117, comma 1, Cost., le norme interne non possono derogare a quelle convenzionali, salvo il caso in cui si rivelino più favorevoli, giusta il principio di “non aggravamento”, di cui l’art. 169 t.u.i.r. costituisce espressione⁶⁷. Per tali motivi, le norme interne sono applicabili solo se:

- a) non siano derogate dalle disposizioni di una convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni applicabili al contribuente, ovvero
- b) si riferiscano ad imposte non coperte dalla predetta convenzione, ovvero
- c) siano più favorevoli di quelle previste da una convenzione bilaterale contro le doppie impositive.

Per queste ragioni, la nozione di “significativa e continuativa presenza economica” introdotta nell’art. 162, secondo comma, lett. f *bis* del t.u.i.r., che si presenta meno favorevole per gli interessati rispetto al criterio di collegamento tradizionale, non potrà valere ai fini dell’applicazione delle imposte dirette per tutti i soggetti residenti in Paesi con i quali sia attualmente vigente una convenzione bilaterale contro le doppie imposizioni. Con riguardo alle imposte dirette, essa potrà valere nelle sole ipotesi, puramente scolastiche, di operatori economici che abbiano sede in altri Stati, con i quali non sia stata stipulata nessuna convenzione del genere⁶⁸.

⁶⁷ Sul rapporto tra norme interne e norme convenzionali, cfr. G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2019, pp. 180 ss.

⁶⁸ Oltre che per l’imposizione diretta a carico di soggetti residenti in Paesi non legati da convenzioni contro le doppie imposizioni, la nuova figura della “significativa e continuativa presenza economica” introdotta dall’art. 1, comma 1010, della legge di bilancio 2018 potrà valere in poche altre ipotesi marginali, come 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 (c.d.

Se dunque si ritiene che il legislatore nazionale abbia inteso riformare unilateralmente i canoni fondamentali su cui si regge da oltre novanta anni il sistema di tassazione dei redditi di impresa trans-nazionali, occorre concludere che si tratta di un tentativo assolutamente velleitario, che denota una tecnica assai approssimativa; e ciò conferma la convinzione che le questioni in esame, avendo dimensioni globali, non possono essere affrontate e risolte in modo conveniente senza strumenti normativi che possano valere per l'intera comunità internazionale.

Si può tuttavia evitare di trarre così drastiche conclusioni, aderendo ad un diverso indirizzo dottrinario, che attribuisce alla norma in esame un intento puramente anti-elusivo. In questa prospettiva, il legislatore non avrebbe voluto configurare uno speciale criterio di collegamento che si porrebbe in contraddizione con la regola generale e con il diritto internazionale, ma avrebbe voluto più semplicemente contrastare le ipotesi di “stabile organizzazione materiale occulta”, realizzate con il ricorso a strumenti artificiosi.

Questa tesi può essere suffragata dal dato letterale (atteso che si fa riferimento ad una “costruzione” che “non fa risultare” una consistenza fisica) e dall'analisi dei lavori preparatori⁶⁹. Anche in questa prospettiva la

“web tax transitoria”), o le procedure di *ruling* internazionale previste dall'art. 31-ter del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Inoltre, potrebbe valere come un criterio generale valido per l'applicazione di imposte diverse da quelle “coperte” da convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, come la nuova “imposta sulle transazioni digitali” introdotta dai successivi commi da 1011 a 1019 (c.d. “web tax italiana”). In questa prospettiva, la sua rilevanza si affida alle incerte sorti di simili tributi speciali, e la sua collocazione nel testo unico per le imposte dirette appare frutto di una infelice tecnica legislativa.

Giova infine considerare che la nuova definizione può valere anche per l'inversa ipotesi di “stabile organizzazione” costituita all'estero dal soggetto residente, ai sensi dell'art. 168-ter del d.P.R. 22 dicembre 1986.

⁶⁹ La norma recepisce l'emendamento n. 88.0.1 presentato in Senato dal Senatore Mucchetti con lo scopo di «impedire, ad opera dei contribuenti, manipolazioni che impediscano la qualificazione di stabile organizzazione» (in questo senso il *Dossier* n. 560.2 del Servizio Studi del Senato, che richiama anche la sentenza della

norma appare priva di effettiva giustificazione logica, sia perché non si capisce perché non si estenda anche all'ipotesi di "stabile organizzazione personale occulta", sia perché le fattispecie elusive sono già ampiamente contrastate con la riformulazione dei commi 4 a 7 dell'art. 162 del t.u.i.r., che danno attuazione all'*Action 7*, del BEPS. Tuttavia, questa interpretazione appare preferibile, perché evita le maggiori incongruenze ed i conflitti tra ordinamenti a cui dà luogo l'interpretazione opposta.

c) l'introduzione di imposte speciali per le attività digitali

In ultima analisi, sulla base di un suggerimento formulato dall'OCSE e sull'esempio di altri Stati, anche l'Italia ha ripetutamente cercato di costruire un'imposta speciale sulle transazioni effettuate sul mercato della rete⁷⁰. Ed invero, in presenza degli irrisolti nodi generati

Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 7 settembre 2017 nella causa C-6/16, che ha dichiarato la legittimità di una norma anti-elusiva).

Per il carattere anti-elusivo della norma si esprimono in dottrina Assonime, Circolare 27 giugno 2018, n. 15, par. 2.7.6.; M. Antonini - M.L. Mariella, *Stabile organizzazione: la parola ad Assonime*, in *Corr. Trib.*, 2018, pp. 2593 ss.; R. Tieghi - F. Nanetti, *La crisi delle fiscalità conseguente alla new economy. Spunti e riflessioni sulla questione della 'causa impositionis' nonché in tema di allocazione del reddito tra gli Stati dell'Unione Europea*, in *Boll. trib.*, 2019, pp. 811 ss.

⁷⁰ Negli ultimi anni sono state presentate varie proposte di legge, che non hanno mai completato l'*iter* parlamentare, per l'introduzione di imposte speciali per il mercato digitale: cfr. ad es. la "proposta Quintarelli", presentata alla Camera dei Deputati l'8 luglio 2014 con il numero A.C. 2520 nell'arco della XVII legislatura (cfr. A. Persiani, *La Digital Tax italiana: alcune brevi riflessioni*, in questa Rivista, all'indirizzo web: <http://www.dimt.it/2015/09/10/la-digital-tax-italiana-alcune-brevi-riflessioni/>; A. Persiani, *Digital tax: melius re perpensa il Governo fa marcia indietro*, in questa Rivista all'indirizzo web: <http://www.dimt.it/2015/10/29/digital-tax-melius-re-perpensa-il-governo-fa-marcia-indietro/>). L'art. 1, commi 1011-1019, l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), ha poi introdotto l'imposta sulle transazioni digitali", che però non è mai divenuta effettivamente operativa.

L'art. 1, commi 35-50, l. 30 dicembre 2018, n. 145 (legge di bilancio 2019) ha quindi introdotto l'"imposta sui servizi digitali", che ha ad oggetto i seguenti servizi: «a) veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità...; b) messa a disposizione di un'interfaccia multilaterale... anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi; c) trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di

dalla normativa internazionale vigente, che impedisce di sottoporre alle ordinarie imposte dirette i redditi prodotti all'estero in mancanza di una "stabile organizzazione", non resta che ricercare spazio per l'esercizio della potestà impositiva al di fuori dell'area coperta dalle convenzioni.

I tentativi sin qui compiuti in questa direzione presentano tuttavia rilevanti criticità. Per un verso, essi si espongono ai moniti dell'Unione

un'interfaccia digitale». Tale imposta è condizionata al fatto che i servizi siano fruiti nel territorio dello Stato, in quanto vi si trovi il dispositivo utilizzato dall'utente per visualizzare la pubblicità, acquistare un bene o servizio, accedere all'interfaccia, generare dati. Si applica con l'aliquota del 3% «sull'ammontare dei ricavi tassabili» a carico delle imprese, incluse quelle residenti all'estero, che presentino congiuntamente: a) ricavi ovunque realizzati non inferiori a 750 milioni di euro; b) ricavi derivanti da servizi digitali nel territorio dello Stato non inferiori a 5,5 milioni di euro. Per le imprese residenti all'estero, l'imposta è solidalmente esigibile anche nei confronti delle eventuali imprese residenti controllate. Viene prelevata direttamente dalle imprese fornitrici dei servizi, che sono tenute a versarla su base trimestrale.

La suddetta disciplina si conforma in massima parte al disegno dell'imposta provvisoria sui servizi digitali proposta dalla Commissione europea. Come è più di quest'ultima, essa disattende le raccomandazioni dell'OCSE circa l'opportunità di una soluzione unitaria a livello internazionale. Inoltre, essa suscita varie perplessità di natura tecnica, perché: (i) non essendo basata sul meccanismo della rivalsa ed essendo quindi ipoteticamente deducibile ai fini delle imposte sui redditi, potrebbe avere un impatto relativamente limitato in termini di entrate effettive; (ii) si potrebbe sovrapporre ad altre imposte indirette, in particolare all'IVA, dando luogo ad ipotesi potenzialmente illegittime di doppia imposizione; (iii) applicandosi nel solo caso di superamento di una soglia numerica (5,5 milioni di euro sul territorio nazionale), può indurre ad operare una artificiosa frammentazione del processo produttivo in diversi paesi europei; (iv) si fonda su presupposti di difficile verificabilità (come la presenza dei dispositivi sul territorio nazionale), così da prestarsi a facili comportamenti evasivi.

Sul tema, in dottrina, cfr. A. Uricchio-W. Spinapolice, *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rass. Tributaria*, 2018, pp. 451 ss.; D. Avolio-D. Pezzella, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 525 ss..

Giova altresì rammentare che l'art. 1 *bis* del D.L. 24 aprile 2017, n. 50, introdotto dalla legge di conversione 21 giugno 2017, n. 96, ha disciplinato una particolare procedura premiale "di cooperazione e collaborazione rafforzata" (c.d. *web tax transitoria*), al fine di incentivare gli operatori della *digital economy*, e non solo, ad auto-dichiarare l'esistenza in Italia di una stabile organizzazione. Sul tema, cfr. D. De Santis-M. Mazzetti di Pietralata, *Web tax e ritenuta sulle proprietà intellettuali spingono all'emersione delle stabili organizzazioni occulte*", in *Il Fisco*, 2018, pp. 1730 ss..

Europea, che teme l'adozione di approcci unilaterali e divergenti da parte dei singoli Stati membri, che potrebbero frammentare il mercato unico, creando conflitti a livello di politiche nazionali, distorsioni e ostacoli fiscali per le imprese; per un altro, sono risultati finora poco efficaci, per la difficoltà di costruire un'imposta a carico di soggetti non stabiliti nello Stato, che possa essere facilmente accertata e riscossa e sia idonea a fornire un gettito adeguato.

12. Considerazioni conclusive

La disamina sin qui condotta, necessariamente lunga ed articolata, dimostra la tortuosità dell'*iter* intrapreso dalle organizzazioni internazionali e dai governi nazionali per adeguare i rispettivi ordinamenti alla tumultuosa evoluzione del sistema economico a seguito dell'avvento delle tecnologie digitali. Le trasformazioni che si registrano sul piano strutturale si sviluppano più rapidamente rispetto alle riforme normative che dovrebbero disciplinare i cambiamenti e governare i nuovi equilibri⁷¹.

Il progresso tecnologico, che moltiplica le opportunità di sviluppo e produce enormi benefici sul sistema di vita, non è dunque accompagnato da un efficace adeguamento dei sistemi normativi, che eviti i rischi di uno sviluppo spontaneo ed incontrollato e che favorisca la migliore soddisfazione delle istanze sociali. In particolare, un'equa redistribuzione delle enormi ricchezze accumulate dalle *big companies* dell'economia digitale attraverso un'equilibrata forma di prelievo fiscale, si tradurrebbe in una maggiore capacità degli Stati di fronteggiare le

⁷¹ Per una panoramica dei disordinati tentativi di superare le attuali criticità, mediante iniziative a livello sia nazionale che internazionale, cfr. M. Leo, *Quale tassazione per l'economia digitale*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 2007 ss.; M. Pacini, *La tassazione delle multinazionali digitali nell'arena globale degli interessi economici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, pp. 35 ss.; A. Della Rovere-I. Viola, *Prospettiva della digital economy in ambito internazionale, europeo e nazionale*, in *Il Fisco*, 2019, pp. 947 ss..

situazioni di crisi e di disagio, di contrastare le disuguaglianze e di migliorare i servizi per la collettività. Viceversa, le possibilità offerte ai grandi gruppi sovra-nazionali di sottrarsi al pagamento delle imposte ordinariamente dovute e di massimizzare il proprio potere economico, per effetto di una legislazione lacunosa e di un sistema amministrativo e giurisdizionale poco efficiente, accrescono le ingiustizie e le distanze tra le classi sociali ed aggravano la difficoltà della Pubblica Amministrazione di fornire servizi adeguati per soddisfare i bisogni generali⁷².

L'analisi sopra svolta rivela che gli ostacoli che impediscono di adeguare le regole della fiscalità internazionale alle nuove caratteristiche dei mercati, non sono ascrivibili a difficoltà di carattere logico-giuridico: le criticità della normativa vigente sono state ampiamente esplorate e sono state elaborate numerose proposte per risolverle in modo adeguato. Il problema è rappresentato piuttosto dalla mancanza di un sufficiente consenso tra i Governi, che consenta di individuare soluzioni condivise, e dalla naturale insufficienza di soluzioni individuali e

⁷² È doveroso avvertire che qualsiasi ipotetica riforma dell'attuale sistema di tassazione delle multinazionali digitali deve tener conto di numerose altre variabili economiche, sociali e culturali, su cui essa inciderebbe. Invero, ove mai si riuscisse a tassare tutto il reddito imponibile prodotto dalle multinazionali, si conseguirebbe un risultato assai importante sul piano dell'equità fiscale, ma si potrebbero generare riflessi negativi sul fronte degli investimenti e del tasso di innovazione o sul fronte dei costi dei servizi e dei consumi. Pertanto, la politica fiscale richiede di essere coordinata con le politiche commerciali, culturali, del lavoro, dell'innovazione, ecc. Su tali profili, cfr. V. Tanzi, *Taxation and Equitable Economic Development: A Historical Note*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 2014, pp. 491 ss.; S. Dorigo, *Fiscalità, mercato e solidarietà: la crisi economica globale ed il ruolo del diritto dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2017, pp. 1531 ss..

Al tempo stesso, il problema della tassazione si interseca con altre questioni connesse alle attività delle multinazionali digitali, che riguardano la tutela della concorrenza e del mercato, l'utilizzo dei dati personali e la tutela della *privacy*, la veridicità delle informazioni e la diffusione delle *fake news*, le frodi informatiche, l'orientamento dell'opinione pubblica, con effetti potenzialmente destabilizzanti per l'ordine pubblico o per il funzionamento dei processi politici. Anche sotto questi profili si richiedono opportuni interventi legislativi ed una equilibrata azione dei pubblici poteri, affinché la rete non diventi una "free-zone". Su questi temi, cfr. B. Carotti, *Il sistema di governo di internet*, Milano, 2016.

non coordinate, che pretendano di risolvere su scala locale una questione che ha dimensioni globali.

In queste circostanze, la principale opzione è sicuramente quella di auspicare che lo strenuo impegno dell'OCSE possa produrre in tempi brevi i risultati sperati, in coerenza con le finalità del progetto BEPS che gli Stati membri del G20 hanno inteso promuovere. Tuttavia, ciò non esime da alcune brevi considerazioni di sintesi, nell'intento di offrire qualche spunto di riflessione, anche in proiezione futura.

La prima riflessione conclusiva riguarda la sicura inadeguatezza dell'attuale criterio di collegamento, costituito dalla vetusta nozione di "stabile organizzazione". Una nozione che condiziona la tassazione dei profitti realizzati nell'altro Stato ad una presenza fisica al suo interno, elaborata come soluzione di compromesso per conciliare i contrastanti interessi nel periodo dell'industrializzazione, non può ritenersi più adeguata, allorché la mobilità dei fattori produttivi e l'immaterialità dei beni e dei servizi hanno radicalmente trasformato il sistema economico, le tecnologie e la tipologia del mercato.

In queste condizioni, se la normativa rimane insensibile ai mutamenti strutturali, spetterà all'interprete il compito di dare ad essa un contenuto ed un significato aderenti all'evoluzione socio-economica, così da consentire un'applicazione conforme ai principi generali dell'ordinamento. In verità, l'interpretazione dei trattati internazionali soggiace pur sempre al rispetto dei superiori principi costituzionali degli Stati contraenti. Pertanto, le norme convenzionali che collegano gli obblighi tributari alla presenza di una "stabile organizzazione" nello Stato devono esse lette ed applicate in modo conforme, e non contrario, ai principi di uguaglianza e di capacità contributiva proclamati dagli articoli 3 e 53 della nostra carta costituzionale⁷³. Occorre perciò interrogarsi su cosa debba intendersi per "stabile organizzazione" nell'era digitale, e su cosa possa costituire una "stabile organizza-

⁷³ Sostiene il Melis che «Resta naturalmente fermo che i trattati internazionali rimangono subordinati all'intera Costituzione, senza acquisire la forza delle norme ivi contenute» (G. Melis, *Manuale di diritto tributario*, cit., p. 181).

zione” in rapporto agli attuali modelli produttivi; in altri termini, occorre meglio approfondire l’effettivo funzionamento della comunicazione in rete e stabilire se anche i “giganti del *web*” possano ritenersi in possesso di un’ “installazione” che configuri un “luogo fisso di affari” nei Paesi in cui realizzano i propri profitti, ai sensi dell’articolo 5, paragrafi 1 e 3, del modello di convenzione OCSE sulle entrate e sui capitali.

Non sembra eretico sostenere che alla domanda si possa dare risposta positiva, tagliando con un taglio netto il nodo gordiano di cui si discute e comprendendo nella nozione di “stabile organizzazione” gli elementi che consentono di configurare una “presenza digitale”. La risposta si può collegare ad una osservazione elementare: nessuna impresa digitale potrebbe operare e concludere affari *on line*, se non disponesse in ciascuno Stato di una rete fissa e/o mobile di comunicazione elettronica.

Dietro le operazioni “a distanza” e la trasmissione di prodotti “immateriali” si nasconde pur sempre un sistema di comunicazione che appartiene al mondo fisico, costituito da cavi in rame o fibra attraverso cui fluiscono particelle elettroniche, o da frequenze elettromagnetiche su cui viaggiano i segnali irradiati dagli impianti di trasmissione e ricevute dalle antenne capaci di coprire l’intero territorio. Si tratta di reti che sono realizzate sotto il controllo pubblico, e spesso con contributi pubblici, di cui gli operatori del *web* necessariamente si avvalgono per realizzare il proprio *business*. Nell’epoca dell’economia digitale la rete equivale alla catena di montaggio di uno stabilimento di produzione industriale o al magazzino di stoccaggio di una società che fornisce servizi di distribuzione. Non è giusto trattare diversamente situazioni sostanzialmente analoghe, per ragioni (sostanzialmente estrinseche) che dipendono soltanto dalle diversità delle tecnologie impiegate.

Non vale osservare, in contrario, che le imprese digitali non sono proprietarie della rete, che è realizzata e gestita dalle imprese di comunicazioni elettroniche secondo la complessa disciplina del settore, spesso avvalendosi di particolari regimi concessori. Il commentario OCSE

al modello di convenzione contro le doppie imposizioni specifica che configura un *fixed place of business* qualsiasi installazione di fatto esistente e concretamente utilizzata che si riveli necessaria per il processo produttivo, anche se non posseduta in proprietà ed utilizzata in mancanza di uno specifico titolo giuridico ed anche se costituita dalla semplice disponibilità di uno spazio all'interno di uno stabilimento o di un'installazione di un altro soggetto⁷⁴. Peraltro, tali criteri interpretativi

⁷⁴ Secondo il Commentario all'art. 5 del modello di convenzione, «4. *a permanent establishment [...] must have a productive character, i.e. contribute to profits of the enterprise [...]. The term "place of business" covers any premises, facilities or installations used for carrying on the business of the enterprise whether or not the used exclusively for that purpose. A place of business may also exist where no premises are available or required for carrying on the business of the enterprise and it simply has a certain amount of space at its disposal. It is immaterial whether the premises, facilities or installations are owned or rented by or are otherwise at the disposal of the enterprise. A place of business may thus be constituted by a pitch in a market place, or by a certain permanently uses area in a customs depot (e.g. for the storage of dutiable goods). Again the place of business may be situated in the business facilities of another enterprise. This may be the case for instance where the foreign enterprise has its constant disposal certain premises or a part thereof owned by the other enterprise.*

4.1. *As noted above, the mere fact that an enterprise has a certain amount of space at its disposal which is used for business activities is sufficient to constitute a place of business. No formal legal right to use that place is therefore required. Thus, for instance, a permanent establishment could exist where an enterprise illegally occupied a certain location where it carried on its business»* (OCSE, *Commentaries on the articles of the model tax convention*, p. 96, all'indirizzo web: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2014_mtc_cond-2014-en#page96). Traduz.: «4. una stabile organizzazione [...] deve avere un carattere produttivo, e cioè contribuire ai profitti dell'impresa [...]. Il termine "luogo di affari" comprende ogni ufficio, struttura o installazione usati per realizzare gli affari dell'impresa, indipendentemente dal fatto che siano usati o meno in via esclusiva per questo scopo. Un luogo di affari può esistere anche dove non è disponibile o non è necessario nessun ufficio per realizzare gli affari dell'impresa e se essa ha semplicemente un certo di spazio a disposizione. Esso è immateriale se l'ufficio, la struttura o le installazioni sono possedute o affittate o sono in qualsiasi altro modo a disposizione dell'impresa. Un luogo di affari può essere così costituito da un ambiente in un mercato, o da un'area usata con una certa permanenza in una dogana (per lo stoccaggio di merci da sdoganare). Inoltre, un luogo di affari può essere collocato in

possono essere adottati autonomamente dagli Stati, in quanto il commentario ha carattere di *soft law* e non fornisce precetti vincolanti.

Sulla base di queste considerazioni, si può ben affermare che la disponibilità di una linea dedicata, o il diritto di usare le comuni infrastrutture di rete, sulla base di uno specifico contratto di uso stipulato con il gestore o secondo le regole del *roaming* internazionale, abilita lo Stato a ritenere che l'impresa digitale estera disponga di una stabile organizzazione nel proprio territorio e sia perciò assoggettata, come tutti gli altri soggetti dell'ordinamento e nel rispetto di fondamentali principi costituzionali, al pagamento delle ordinarie imposte dirette sui redditi in tal modo prodotti. Con questa elementare considerazione, si può rafforzare l'orientamento di quegli Stati che, nell'attuale contesto, incoraggiano l'estensione della portata della nozione di "stabile organizzazione", nell'intento di ricondurre nell'alveo delle regole tradizionali i nuovi fenomeni economici e di mantenere l'effettività del sistema impositivo, contro le tendenze erosive generate dai fenomeni della globalizzazione e della digitalizzazione⁷⁵.

Nella prospettiva del superamento dell'attuale normativa e nell'intento di definire un nuovo criterio di ripartizione della potestà impositiva degli Stati per le operazioni trans-nazionali, giova poi riba-

una struttura operativa di un'altra impresa. Questo può accadere, per esempio, quando un'impresa estera ha a sua costante disposizione una certa struttura o una parte di essa, posseduta da un'altra impresa. 4.1. Come osservato innanzi, il solo fatto che un'impresa abbia un certo spazio a sua disposizione, che è usato per l'attività di affari, è sufficiente a costituire un luogo di affari. Non è perciò richiesto nessun titolo giuridico formale per usare tale spazio. Così, per esempio, una stabile organizzazione potrebbe esistere allorché un'impresa occupi illegalmente un certo ambiente per portare avanti i propri affari»).

⁷⁵ Sarebbe invece sterile, nel nostro ordinamento, la tesi secondo cui le norme internazionali dovrebbero essere interpretate nel senso che non prescrivono la necessità di una "stabile organizzazione" nel caso di prestazione di servizi (sul punto, cfr. *supra*, par. 9). Infatti, tali redditi non potrebbero ritenersi prodotti nel territorio dello Stato per quanto prescritto dall'art. 23, primo comma, lett. e), del t.u.i.r., che considera tali i soli redditi di impresa prodotti mediante stabile organizzazione, senza affatto distinguere tra il caso della cessione di beni e quello della prestazione dei servizi.

dire che non esistono regole di carattere assoluto e che tutte le soluzioni sono legate a scelte di opportunità politica, legate agli interessi dei diversi Stati ed alle esigenze di un equilibrio globale. Come all'epoca della redazione del primo modello di convenzione contro le doppie imposizioni, nel contesto delle attività della Società delle Nazioni, gli strumenti che potranno essere adottati sul piano giuridico saranno il risultato di accordi che potranno misurare il grado di solidarietà esistente nella comunità internazionale.

Se poi si ricerca un fondamento logico delle varie possibili soluzioni, è opportuno considerare che i criteri di collegamento della “presenza economica significativa”, della “significativa e continuativa presenza economica” o della “presenza digitale significativa” che sono stati volta per volta prospettati, come ogni altro possibile criterio di collegamento analogo che si volesse delineare, costituiscono certamente un'utile evoluzione dell'attuale *nexus* rappresentato dalla “stabile organizzazione”. Essi sostituiscono il requisito della “fisicità” della presenza con la configurazione di una presenza ideale ed occulta, che si adegua alla lontananza geografica dei centri operativi ed ai caratteri immateriali dei beni e dei servizi forniti.

Tuttavia, questi nuovi possibili criteri si collocano pur sempre nella logica tradizionale, che tiene conto dei poteri dello Stato sulle attività che si svolgono all'interno del territorio delimitato dai suoi confini geografici e che condiziona l'esercizio della potestà impositiva ad una presenza (“fisica” o “significativa”) del non residente in tale territorio. In un sistema caratterizzato dalla cooperazione internazionale e dalla apertura dei mercati, questo schema non sembra più necessario. Non si può escludere un criterio più innovativo, che tenga conto del fatto che la produzione del reddito dipende non solo dall'offerta, ma anche dalla domanda.

Un criterio che avvicini il luogo della imposizione diretta al luogo del consumo non può ritenersi dunque privo di validità sul piano logico, in un'ottica sia economica che giuridica. Gli enormi profitti realizzati dalle imprese multinazionali sull'economia digitale non dipendono sol-

tanto dalla loro straordinaria capacità di investire in ricerca e di offrire prodotti innovativi di enorme rilevanza per il progresso sociale, ma derivano anche dalla esistenza di un mercato che si è sviluppato nei Paesi del consumo con il concorso delle energie e delle risorse locali.

In definitiva, al fine di individuare il luogo in cui si realizza il profitto nel mercato globalizzato, si dovrebbe tener conto non solo del Paese di residenza dell'impresa, in cui si svolgono le attività di direzione, di investimento, di ricerca e di produzione, ma anche del luogo in cui si svolge la fase della vendita, senza la quale l'intera produzione rimarrebbe inutilizzata e nessun utile risultato potrebbe essere conseguito. Il Paese della vendita fornisce infatti le risorse economiche che rendono possibile il conseguimento del profitto.

Le risposte degli Stati, che dovrebbero concludere il laborioso percorso intrapreso dalle organizzazioni internazionali per ridefinire le regole vigenti, sono attese per il prossimo anno 2020. L'attesa delle nuove misure potrà essere così sostituita dalla verifica della loro efficacia, in funzione di un migliore benessere collettivo.

Alessio Persiani
Università Europea di Roma

I tentativi di tassazione dell'economia digitale da parte del legislatore italiano: dalla *web tax* all'imposta sui servizi digitali

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'emendamento Boccia alla legge di stabilità del 2014 – 3. La proposta di legge Quintarelli-Sottanelli del 2015 – 4. La proposta di legge Mucchetti del 2016 – 5. La c.d. *web tax* transitoria del D.L. n. 50/2017 – 6. La c.d. *digital tax* della l. n. 205/2017 – 7. L'imposta sui servizi digitali della l. n. 145/2018 – 8. Conclusioni

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni il nostro legislatore ha più volte tentato di assoggettare a tassazione le imprese dell'economia digitale, muovendosi anche sulla scia degli orientamenti elaborati a livello internazionale, sia in sede OCSE sia nel contesto delle istituzioni dell'Unione europea⁷⁶. Come detto, gli sforzi del nostro legislatore sono sinora sempre rimasti allo stadio del tentativo, ora perché le norme proposte non sono state adottate, ora perché le previsioni, pur adottate dal legislatore, non hanno mai trovato effettiva applicazione per la mancata emanazione delle norme di attuazione con fonti di rango secondario.

⁷⁶ Sul tema si veda A. Uricchio-W. Spinapolice, *La corsa a ostacoli della web taxation*, in *Rass. trib.*, 2018, p. 451.

2. L'emendamento Boccia alla legge di stabilità del 2014

Una prima iniziativa risale alla legge di stabilità 2014 ed al c.d. emendamento Boccia⁷⁷, che, 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 pubblicità⁷⁸.

Tale previsione – approvata sul finire del 2013 – è stata abrogata dopo pochi mesi dalla nuova compagine governativa insediatasi *medio tempore*⁷⁹, in virtù dei seri dubbi di compatibilità con la normativa europea dell'IVA che essa sollevava⁸⁰.

⁷⁷ Dal nome dell'On.le Francesco Boccia, proponente delle misure in questione.

⁷⁸ 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 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».

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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 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.

Ora, se le modalità e i meccanismi prescelti erano certamente opinabili, l'idea di fondo non era da scartare *a priori*, nella misura in cui coglieva l'esigenza di assoggettare ad imposizione alcune delle imprese digitali fondate su un modello di generazione dei ricavi c.d. "multilaterale" mediante un'imposizione sulla pubblicità *online* ed evidenziando, dunque, una prima forma di attenzione specifica per un modello di *business* diverso da quelli tradizionali. A ciò si aggiunga che l'imposizione sulla pubblicità *online* si poneva in una tendenziale linea di coerenza con la legge delega n. 23 del 2014 di riforma del sistema tributario, che, nel delineare la tassazione delle attività transnazionali secondo meccanismi «*distima delle quote di attività imputabili alla competenza fiscale nazionale*», menzionava espressamente l'imposizione delle attività «*connesse alla raccolta pubblicitaria*», operando un riferimento neppure troppo velato agli operatori dell'economia digitale.

3. La proposta di legge Quintarelli-Sottanelli del 2015

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 TUIR; stabile organizzazione 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 riconducibile 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 trattò 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 avessero stipulato alcuna convenzione per la prevenzione delle doppie imposizioni con l'Italia⁸¹: come noto, infatti, le norme recate dai trattati internazionali prevalgono su quelle interne con esse contrastanti in forza sia della espressa statuizione dell'art. 117 Cost. sia del principio di specialità.

⁸¹ 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 (c.d. “*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).

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 antielusivo⁸².

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 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 considerato⁸³. 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.

⁸² Come è il caso della «*Diverted Profits Tax*» adottata dal Regno Unito.

⁸³ Si veda il documento OCSE *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*, Parigi, 2015, pp. 107 ss.

È nella prospettiva di assicurare il collegamento con il territorio statale che si inquadrano, invece, gli indici c.d. “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 o, ancora, esponendo i prezzi dei beni o servizi in valuta locale ed offrendo agli utilizzatori la possibilità di acquistare in tale valuta – ovvero gli indici riferiti alla residenza di un numero significativo di utenti della piattaforma digitale o delle controparti dei contratti online o degli utenti che forniscono i propri dati alla piattaforma digitale. Del resto alla localizzazione degli utenti che forniscono i propri dati si lega anche la territorialità della proposta di direttiva europea sulla stabile organizzazione digitale.

Quanto, poi, al sistema di ritenute alla fonte che con la proposta Quintarelli-Sottanelli si intendeva introdurre⁸⁴, si trattava di previsioni che pure sollevavano dubbi in relazione alla loro conformità tanto alle previsioni convenzionali, quanto ai principi 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 loro inquadramento tra i redditi

⁸⁴ 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*», 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.

d'impresa – per il fatto che si originavano 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, ove se ne fosse ipotizzato un inquadramento come redditi diversi, 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.

A tali considerazioni riferite alle questioni internazionali⁸⁵ si aggiungeva il punto, tutt'altro che secondario ed evidenziato dalla stessa OCSE, del rispetto dei principi europei e, specificamente, del principio di non discriminazione, atteso che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha più volte censurato regimi diversificati in punto di determinazione della base imponibile per i soggetti residenti e non residenti⁸⁶.

4. La proposta di legge Mucchetti del 2016

Sul finire del 2016 è stato poi il turno della proposta di legge Mucchetti⁸⁷ – che, muovendosi per certi versi nel solco della *Diverted Profits Tax* inglese – intendeva 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 qua-*

⁸⁵ Da arricchire, come fa l'OCSE, con una dubbia valutazione di conformità della ritenuta in parola con la disciplina del c.d. “trattamento nazionale” prevista dall'art. III del GATT.

⁸⁶ 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, *Grünewald*.

⁸⁷ 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*”.

lora vengano svolte nel territorio dello Stato, in via continuativa, attività digitali pienamente dematerializzate da parte di soggetti non residenti” e, inoltre, 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 le buone intenzioni anche la proposta in questione destava talune perplessità. Anzitutto il nuovo art. 162-bis introduceva, di fatto, una nuova forma di stabile organizzazione, ritenuta esistente “*independentemente 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, TUIR⁸⁸ – al superamento di parametri quantitativi e qualora il soggetto non residente svolgesse continuativamente in Italia “*attività digitali pienamente dematerializzate*”, la cui individuazione era rimessa – addirittura – all’Agenzia delle entrate. Ciò che, evidentemente, rischiava 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, suscitava perplessità di ordine costituzionale la rimessione al Direttore dell’Agenzia delle entrate dell’individuazione delle “*attività digitali pienamente dematerializzate*”: anche ammettendo – come precisava la relazione di accompagnamento – che si trattava di attività “*assai diversificate e inevitabilmente variabili nel tempo*”, non poteva trascurarsi come in tal modo si sarebbe nei fatti delegata al potere amministrativo l’individuazione delle attività caratterizzanti il versante territoriale del

⁸⁸ 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.

presupposto d'imposta, ciò che lasciava 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 mostravano bensì una loro utilità, ma – come evidenziato dall'OCSE – era lecito dubitare che essi fossero di per sé in grado di fornire adeguata evidenza del collegamento territoriale richiesto ai fini della qualificazione della struttura come stabile organizzazione⁸⁹. Ancora, i parametri quantitativi venivano 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 – con la conseguenza che l'individuazione dei fattori di connessione tra attività e territorio statale sarebbe rimasta affidata, di nuovo, alle determinazioni dell'Agenzia delle entrate nella definizione delle “*attività digitali pienamente dematerializzate*” svolte in Italia.

5. La c.d. web tax transitoria del D.L. n. 50/2017

Una menzione solo fugace merita la c.d. *web tax* transitoria di cui all'art. 1 *bis*, D.L. n. 50/2017, non già perché si tratta di misura non interessante, ma perché diretta ad una platea di soggetti ben più ampia delle imprese dell'economia digitale. In estrema sintesi, si tratta di una procedura volta a verificare l'esistenza e, in ipotesi, a regolarizzare, stabili organizzazioni presenti nel territorio dello Stato⁹⁰. La procedura si articola

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Per un'analisi approfondita della disciplina si veda M. Cerrato, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. web tax transitoria)*, in *Riv. dir. trib.*, 2017, 751-778.

in due fasi, la prima di presentazione di apposita istanza all'Agenzia delle entrate per la verifica in contraddittorio della ricorrenza degli elementi costitutivi della stabile organizzazione e la seconda, cui si accede solo in caso di esito positivo della prima fase, di determinazione dei redditi attribuibili alla stabile organizzazione e sottoscrizione di un accertamento con adesione. In caso di definizione al contribuente spettano benefici sotto il profilo della misura delle sanzioni amministrative applicabili e la non punibilità del reato di omessa dichiarazione.

Come accennato, si tratta di una procedura che coinvolge una platea più ampia delle imprese dell'economia digitale, indirizzandosi ai soggetti non residenti che appartengono a gruppi multinazionali con ricavi consolidati superiori ad un miliardo di Euro all'anno e che effettuano cessioni di beni o prestazioni di servizi in Italia per un ammontare superiore a 50 milioni di Euro all'anno tramite società controllate o stabili organizzazioni di altre imprese del gruppo.

L'unica considerazione che può farsi su questa disciplina è che essa presuppone la ricorrenza degli indici tipici della stabile organizzazione, ciò che raramente si verifica nel caso delle imprese dell'economia digitale. Uno spazio applicativo potrebbe immaginarsi in connessione con la nuova lett. f-bis) dell'art. 162, comma 2, TUIR – che ritiene esistente una stabile organizzazione nel caso di *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non far risultare una sua consistenza fisica nel territorio stesso”* – ma si tratta di previsione di cui non è agevole cogliere la portata applicativa e che, anche nello scenario successivo alla ratifica dello Strumento Multilaterale del BEPS, troverebbe applicazione nei confronti delle sole imprese residenti in Stati cc.dd. non convenzionati, non essendovi alcuna corrispondenza con le modifiche alla nozione di stabile organizzazione derivanti dai lavori del BEPS.

6. La c.d. *digital tax* della l. n. 205/2017

Più di recente il legislatore italiano ha tentato di assoggettare ad imposizione le imprese dell'economia digitale mediante la c.d. *digital tax* di cui all'art. 1, commi 1011-1019, l. n. 205/2017 (legge di bilancio 2018)⁹¹.

Il comma 1011, infatti, aveva istituito “*l'imposta sulle transazioni digitali, relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, rese nei confronti di soggetti residenti nel territorio dello Stato indicati all'art. 23, d.P.R. n. 600/1973 nonché delle stabili organizzazioni di soggetti non residenti situate nel medesimo territorio*”.

Si tratta di un tributo che non ha mai trovato applicazione: l'art. 1, comma 1017, infatti, ne stabiliva la decorrenza a partire dal 1° gennaio dell'anno successivo all'adozione del decreto attuativo, chiamato, tra l'altro, ad identificare con precisione le prestazioni di servizi assoggettate al tributo. Tale decreto non è stato adottato e, come diremo nel prosieguo, il legislatore ha poi provveduto ad abrogare le norme della l. n. 205/2017 con la l. n. 145/2018 (legge di bilancio 2019).

Volendo inquadrare brevemente la *digital tax*, possiamo rilevare che si trattava di un'imposta che assumeva quali soggetti passivi tutti coloro, residenti e non residenti, che prestavano servizi tramite mezzi elettronici a favore di soggetti residenti che si qualificavano come sostituti d'imposta – salvo alcune limitate eccezioni⁹² – nonché a favore di stabili organizzazioni di soggetti non residenti.

Le norme della l. n. 205/2017 si limitavano ad identificare i servizi prestati tramite mezzi elettronici – quali servizi costituenti il presupposto

⁹¹ Su cui si vedano anche E. Della Valle, *La web tax italiana e la proposta di Direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito*, in *Il fisco*, 2018, 1507; F. Pedrotti, *Prime osservazioni in merito all'abrogata imposta sulle transazioni digitali e all'imposta sui servizi introdotta dalla L. 30 dicembre 2018, n. 145*, in *Riv. dir. trib.*, 2019, 93-118.

⁹² Il riferimento è ai soggetti che applicano il regime forfettario in base all'art. 1, commi 54 e ss., l. 190/2014 e ai destinatari dei regimi per l'imprenditoria giovanile e per i lavoratori in mobilità di cui all'art. 27, D.L. 98/2011.

oggettivo del tributo – come *“quelli forniti attraverso internet o una rete elettronica e la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata, corredata di un intervento umano minimo e impossibile da garantire in assenza della tecnologia dell’informazione”*, salvo rimetterne la più puntuale identificazione al decreto attuativo di cui si è detto. In ogni caso, come diremo nel prosieguo, la definizione dei servizi da assoggettare al tributo ricalcava quella adottata in ambito IVA dall’art. 7 del Regolamento UE n. 282/2011.

Quanto all’ambito soggettivo di applicazione, il tributo assumeva a presupposto le sole prestazioni di servizi rese tra operatori economici (*business to business*), circoscrivendo l’ambito dei prestatori assoggettati ad imposta a coloro che – residenti e non residenti – effettuassero nell’anno solare un numero complessivo di prestazioni di servizi digitali superiore a tremila unità, a prescindere dall’ammontare del fatturato realizzato. In questo senso, non rilevava il luogo in cui le prestazioni di servizi fossero rese, ma solo la loro destinazione a committenti residenti in Italia che si qualificassero come operatori economici ovvero a stabili organizzazioni italiane di soggetti non residenti.

Ciò premesso e pur consapevoli che si tratta di disciplina ormai superata, può comunque svolgersi qualche breve riflessione.

Si era al cospetto di un’imposta indiretta sulle operazioni digitali, tale, dunque, da non interferire con i trattati internazionali contro le doppie imposizioni. Si poneva anzitutto un tema di possibile contrasto con il divieto posto dall’art. 401 della direttiva n. 2006/112/CE di istituzione di un’imposta assimilabile all’IVA, la cui disciplina è richiamata per l’accertamento, le sanzioni, la riscossione ed il contenzioso.

Ricordiamo, in proposito, che in base alla giurisprudenza della CGUE le caratteristiche fondamentali dell’IVA devono individuarsi:

- (i) nella sua applicazione generalizzata alle operazioni aventi ad oggetto beni o servizi;
- (ii) nel carattere proporzionale al prezzo percepito dal soggetto passivo quale contropartita dei beni e servizi forniti;

- (iii) nella riscossione in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione, compresa quella della vendita al minuto, a prescindere dal numero di operazioni effettuate in precedenza;
- (iv) nella detrazione dall'IVA dovuta dal soggetto passivo degli importi pagati in occasione delle precedenti fasi del processo di produzione e di distribuzione, in modo che il tributo si applica, in ciascuna fase, solo al valore aggiunto della fase stessa, e in definitiva il peso dell'imposta va a carico del consumatore finale⁹³.

Nel caso di specie la *digital tax*:

- (i) avrebbe colpito le sole prestazioni di servizi digitali, e, dunque, non avrebbe integrato il requisito della generalità;
- (ii) sarebbe stata limitata alle sole prestazioni *business to business*, di talché non sarebbe stata riscossa in ciascuna fase del procedimento di produzione e di distribuzione;
- (iii) non sarebbe stata basata sul meccanismo della detrazione di imposta da imposta.

Con la conseguente assenza di contrasto tra la *digital tax* ed il divieto di duplicazione dell'IVA statuito dalla Direttiva n. 2006/112/CE.

Quanto alla coerenza della *digital tax* con i principi costituzionali del nostro sistema tributario, vale prendere le mosse dal principio di riserva di legge di cui all'art. 23 Cost..

A questo proposito va rilevato che il decreto ministeriale di attuazione avrebbe dovuto occuparsi, in primo luogo, di identificare puntualmente quei “*servizi prestati tramite mezzi elettronici*” costituenti il presupposto oggettivo del tributo. La norma di legge richiamava una nozione di servizi prestati tramite mezzi elettronici identica a quella applicabile ai fini della territorialità dell'IVA e, quindi offriva, sia pur indirettamente, al legislatore del decreto attuativo quegli elementi in grado di indirizzarne le scelte in merito all'identificazione dei servizi imponibili.

⁹³ Si vedano, da ultimo, le sentenze della Corte di giustizia del 12 ottobre 2017, relativa alla causa C-549/16, *Palais Kaiserkrone*, par. 19 e dell'11 ottobre 2007, relativa alle cause C-283/06 e C-312/06, *KÖGÁZ e altri*, par. 37.

In questo senso, e ferma restando qualche perplessità in merito all'opportunità di affidare ad una fonte secondaria la definizione del presupposto di un tributo di tale rilievo, occorre rilevare che la puntualità della nozione IVA di servizi prestati tramite mezzi elettronici implicitamente richiamata sembrava poter soddisfare il requisito posto dalla giurisprudenza costituzionale sui "*criteri direttivi di base*" e sulle "*linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa*" che devono necessariamente rintracciarsi nelle norme di rango primario al fine di poter ritenere il tributo in linea con il precetto costituzionale. In altri termini, sembrava ragionevole ritenere che, ai fini della valutazione di conformità all'art. 23 Cost., l'estrema puntualità del legislatore europeo in tema di definizione dei "*servizi prestati tramite mezzi elettronici*" ai fini dell'IVA potesse venire in soccorso del legislatore italiano e, in particolare, della decisione di demandare l'individuazione dei servizi assoggettati al tributo ad una fonte di rango secondario.

Considerazioni più articolate si imponevano in merito alla coerenza della *digital tax* con il principio di capacità contributiva. Ci si trovava, infatti, dinanzi ad un tributo che colpiva un determinato settore economico – quello formato dai soggetti che prestano servizi tramite mezzi elettronici – e che nel nostro ordinamento è ammesso solo entro limiti ben precisi.

La giurisprudenza costituzionale ha puntualizzato, infatti, che un'imposizione settoriale di tal genere è legittima solo se ragionevole e non arbitraria. In particolare, già nella ben nota pronuncia n. 42 del 1980 sulla costituzionalità dell'ILOR la Corte Costituzionale aveva precisato che un'imposizione avente carattere discriminatorio – in quel caso tra redditi di diversa natura – è legittima se e nella misura in cui sia dimostrata "*una peculiare e differenziata capacità contributiva*" tra le diverse fattispecie.

Nei decenni successivi la giurisprudenza costituzionale ha ulteriormente precisato le condizioni di ammissibilità di forme di imposizione aventi carattere discriminatorio: dapprima, nella sentenza sulla diversi-

ficazione delle aliquote IRAP⁹⁴, i giudici costituzionali hanno fatto riferimento ai “*non irragionevoli motivi di politica economica e distributiva*”, successivamente hanno chiarito che nel caso di imposizioni discriminatorie la valutazione di legittimità passa per una verifica “*sull’uso ragionevole, o meno, che il legislatore abbia fatto dei suoi poteri discrezionali in materia tributaria, al fine di verificare la coerenza interna della struttura dell’imposta con il suo presupposto economico, come pure la non arbitrarietà dell’entità dell’imposizione*”⁹⁵.

Di qui la necessità che forme differenziate di imposizione si ancorino “*ad una adeguata giustificazione obiettiva, la quale deve essere coerentemente, proporzionalmente e ragionevolmente tradotta nella struttura dell’imposta*”⁹⁶.

Ebbene, la *digital tax* italiana sollevava talune perplessità proprio con riferimento alla conformità tra *ratio* del tributo e sua struttura.

Va rilevato, invero, che l’identificazione della *ratio* del tributo non appariva compito agevole. Il comunicato congiunto dei Ministri dell’economia francese, tedesco, spagnolo ed italiano di settembre 2017 lasciava pensare all’adozione da parte dei singoli Stati – e quale strumento di pressione verso gli altri Stati membri dell’UE – di una c.d. ‘*equalization levy*’ e cioè di un tributo destinato ad incidere solo sugli utili delle grandi multinazionali della *new economy* in funzione di compensazione del modesto ammontare di imposte versate (quantomeno in confronto all’ammontare dei redditi realizzati) da queste imprese a titolo di imposte sui redditi. In questo senso, era lecito attendersi che l’imposta – sebbene parametrata al fatturato, in ragione delle note difficoltà a tassare i redditi delle imprese del digitale – fosse conformata in modo da riprodurre sul piano economico l’imposta sui redditi ipoteticamente dovuta da queste grandi multinazionali.

⁹⁴ Il riferimento è alla sentenza n. 21 del 2005.

⁹⁵ Si vedano le sentenze n. 111 del 1997, n. 116 del 2013, n. 223 del 2012 e n. 10 del 2015.

⁹⁶ Si vedano le sentenze n. 10 del 2015, n. 142 del 2014 e n. 21 del 2005.

Diversamente da tali premesse, la *digital tax* italiana sembrava andare nel senso di una mera ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali, in una direzione diversa, cioè, dall'imposta di compensazione (*equalization levy*), evidenziando dunque un'eterogenesi dei fini⁹⁷. Peraltro, vale notare come la *digital tax* presentasse un'importante differenza rispetto alla ritenuta sulle transazioni digitali che pure si era ipotizzata a livello europeo nella comunicazione della Commissione europea n. 2017/547, vale a dire la sua cumulabilità – almeno per alcuni soggetti – con l'imposizione sui redditi. In tale comunicazione la Commissione ipotizzava bensì una ritenuta sulle transazioni digitali ma di carattere “*finale*” (in inglese si parlava di “*standalone [...] final withholding tax*”, in francese di “*retenue à la source libératoire autonome*”).

Pur intesa in tal senso, la *digital tax* sollevava a nostro avviso perplessità sotto molteplici profili.

In primo luogo e quanto all'individuazione dei soggetti passivi il relativo ambito appariva al contempo troppo ampio e troppo ristretto.

Troppo ristretto perché, quanto al rapporto tra soggetti passivi e presupposto d'imposta, non v'era ragione per limitare l'applicazione del tributo alle sole prestazioni *business to business*, escludendo *in toto* quelle *business to consumer*. L'unica ragione che sosteneva tale esclusione poteva rintracciarsi nel meccanismo applicativo del tributo, vale a dire quello della sostituzione d'imposta, che tuttavia atteneva al piano procedimentale e nulla mutava sotto il profilo della corretta individuazione dei soggetti passivi alla luce del presupposto d'imposta.

Per altro verso, il novero dei soggetti passivi appariva troppo ampio, includendo non solo le cc.dd. imprese *over the top*, ma anche quelle di piccole e medie dimensioni. Ma se per le imprese *over the top* era predicabile una crescita del fatturato ad un tasso nettamente superiore rispetto alle imprese tradizionali – sicché si sarebbe potuta sostenere con un qualche fondamento una capacità contributiva differenziata di tali imprese

⁹⁷ Si veda in proposito la circolare Assonime n. 19 del 1° agosto 2018.

rispetto a quelle tradizionali – lo stesso non sembrava potesse valere per l'intero settore dell'economia digitale, includendovi – come faceva il legislatore italiano – anche le imprese di piccole e medie dimensioni, sulla scorta, peraltro, di un criterio legato unicamente al numero delle prestazioni rese senza alcun limite minimo di carattere quantitativo.

Quanto poi alle prestazioni di servizi assoggettate ad imposizione, ci si trovava dinanzi ad una curiosa coincidenza con la definizione di servizio digitale adottata dalla proposta di direttiva sulla stabile organizzazione digitale⁹⁸. Questo profilo – che a prima vista poteva apparire un pregio di coerenza dell'impostazione del legislatore italiano con gli indirizzi europei – poneva una serie di interrogativi. È ben vero che si trattava in tutti i casi di servizi nei quali la componente tecnologica era largamente prevalente rispetto alla componente umana, ma nei quali diverso era il contributo dei cc.dd. *driver* digitali di creazione del valore, su tutti la fornitura dei dati da parte degli utenti (c.d. *user contribution*) e il peso dei beni immateriali (cc.dd. *intangibles*, comprensivi sia dei beni tecnologici – si pensi agli algoritmi – sia della conoscenza o *know how*). Proprio in questa prospettiva il documento di approfondimento della Commissione europea sulla proposta di direttiva in tema di stabile organizzazione digitale precisava che un'ampia definizione dei servizi digitali dovesse associarsi ad adeguati meccanismi di allocazione dei profitti rispetto al diverso peso che i *driver* digitali di creazione del valore possono assumere in relazione ai diversi servizi⁹⁹.

Ebbene, la *digital tax* italiana colpiva in modo indifferenziato servizi aventi diversa natura e nei quali, quindi, diverso era il peso dei diversi

⁹⁸ Si veda il documento della Commissione europea COM 2018/147 del 21 marzo 2018. Per un commento di carattere generale si veda G. Frasoni, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. dir. trib., Supplemento online*, 5 aprile 2018

⁹⁹ Si veda il documento della Commissione europea SWD 2018 81, p. 44 ove si precisa: “to the extent that the comprehensive solution can accommodate in its profit allocation rules the different degrees of contribution of digital factors to the process of value creation, the scope for comprehensive solution can be defined broadly to include all digital services”.

driver digitali di creazione del valore, su tutti della fornitura dei dati da parte degli utenti che costituisce il *driver* digitale che più degli altri tende a sfuggire all'imposizione. In questo senso, si evidenziava chiaramente la distanza tra l'impostazione sottesa alla *digital tax* e quella sottesa alla *digital services tax* europea, che la Commissione ha conformato in modo da gravare solo quelle prestazioni di servizi in cui maggiore è il peso della *user contribution* alla creazione di valore.

Sotto un profilo più generale, poi, qualche dubbio sollevava anche il meccanismo applicativo del tributo – quello della sostituzione tributaria – e la circostanza che fosse applicato al momento del pagamento di ciascuna singola operazione da parte del committente. Si trattava, infatti, di un meccanismo che sembrava rendere più agevole il fenomeno della traslazione economica del tributo, il cui peso – almeno nel caso dei servizi prestati dalle grandi società multinazionali – sarebbe verosimilmente finito per gravare non già sui prestatori, quanto sugli stessi committenti dei servizi.

Infine, l'inclusione nel novero dei soggetti passivi anche delle imprese di piccole e medie dimensioni faceva trasparire anche un'insufficiente valutazione legata ai costi di *compliance*; valutazione, questa, invece ben presente nelle proposte di direttiva europee e costituente una delle ragioni principali per la limitazione delle iniziative della Commissione alle sole imprese che superano certi limiti di fatturato.

7. L'imposta sui servizi digitali della l. n. 145/2018

L'ultimo intervento in ordine di tempo è quello recato dall'art. 1, commi 35-50, l. n. 145/2018 (legge di bilancio 2019) che ha istituito l'imposta sui servizi digitali procedendo contestualmente all'abrogazione della *digital tax* di cui alla l. n. 205/2017. Si è trattato di un intervento per certi versi atteso, intento da un lato a superare la

digital tax di cui si è detto e che non ha mai trovato effettiva applicazione in ragione della mancata adozione delle norme di attuazione, e, dall'altro lato, a tenere conto della proposta di direttiva *medio tempore* presentata dalla Commissione europea sull'istituzione a livello europeo della *digital services tax*¹⁰⁰.

Occorre rilevare che anche l'imposta sui servizi digitali non è attualmente operativa: essa dovrebbe trovare applicazione a partire dal sessantesimo giorno successivo alla pubblicazione in G.U. del decreto recante le norme di attuazione delle disposizioni di legge; decreto che avrebbe dovuto essere adottato entro il 30 aprile 2019 e che, a tutt'oggi, non ha ancora visto la luce.

In ogni caso e volendo comunque procedere all'analisi dei principali profili dell'imposta sui servizi digitali di cui alla legge di bilancio 2019, essa individua quali soggetti passivi le imprese, residenti e non residenti, che presentano determinate caratteristiche dimensionali, vale a dire delle imprese che realizzino congiuntamente in un periodo d'imposta: (i) un ammontare complessivo di ricavi ovunque realizzati non inferiore a 750 milioni di Euro; (ii) un ammontare di ricavi derivanti da specifici servizi digitali – di cui diremo subito – realizzati in Italia non inferiore a 5,5 milioni di Euro. Quanto al profilo oggettivo, l'imposta in discorso mira ad assoggettare a tassazione i ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali e, in particolare, di quei servizi digitali in cui gli utenti contribuiscono in modo significativo al processo di creazione del valore. Si tratta, nello specifico, della: (i) veicolazione su un'interfaccia digitale di una pubblicità mirata agli utenti della stessa interfaccia; (ii)

¹⁰⁰ Si veda il documento della Commissione europea COM 2018/148 del 21 marzo 2018. Per un commento si vedano F. Van Horzen-A. Van Esdonk, *Proposed 3% Digital Services Tax*, in *International Transfer Pricing Journal*, 2018, PP. 267-272; J. F. Pinto Nogueira, *The Compatibility of the EU Digital Services Tax with EU and WTO Law: Requiem Aeternam Donate Nascenti Tributo*, *International Tax Studies, Journals IBFD*, 2019, disponibile su www.ibfd.org; M. Nieminen, *The Scope of the Commission's Digital Tax Proposals*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, PP. 664-675.

messa a disposizione degli utenti di un'interfaccia digitale multilaterale che consente il contatto e l'interazione tra gli stessi utenti, anche al fine di facilitare le cessioni di beni e le prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti; (iii) trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale.

In relazione al presupposto territoriale l'impostazione sottesa al tributo italiano ricalca quella propria della proposta di direttiva della Commissione europea e, in coerenza con il ruolo significativo dell'utente nella creazione di valore dei servizi i cui ricavi sono assoggettati a tassazione, localizza in Italia gli utenti dei servizi in funzione della presenza nel territorio italiano dell'apparecchio (“*device*”) da questi utilizzati.

Sia pur in assenza delle norme di attuazione dell'imposta sui servizi digitali, è comunque possibile svolgere talune osservazioni.

Quanto al profilo soggettivo, l'imposta si applica ai soggetti che, a livello individuale ovvero di gruppo, integrino entrambe le citate soglie quantitative di ricavi (art. 1, comma 36, l. n. 145/2018). Sebbene si preveda che i ricavi derivanti dalle prestazioni di servizi digitali infragruppo non siano tassabili (art. 1, comma 38, l. n. 145/2018), non v'è dubbio che la conformazione dell'ambito soggettivo del tributo tenda a trattare in modo diverso i soggetti inseriti in un gruppo di società rispetto a quelli non legati da rapporti con altre società. I primi, infatti, hanno maggiori probabilità di integrare le soglie di ricavi normativamente previste e, dunque, di essere colpiti dall'imposta, sia pur in relazione ai soli ricavi riferiti alle prestazioni rese al di fuori del gruppo.

Si potrebbe sostenere, sulla base di un certo indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia¹⁰¹, che il diverso trattamento tra imprese singole e gruppi di imprese si ponga in contrasto con le libertà fondamentali,

¹⁰¹ Si veda, al riguardo, la sentenza della Corte di giustizia UE del 5 febbraio 2014, C-385/12, *Hervis Sport*. Si vedano anche le riflessioni di R. Mason-L. Parada, *Digital Battlefront in the Tax Wars*, in *Tax Notes International*, 17 dicembre 2018, pP. 1183-1197.

nell'assunto che tale diverso trattamento vada a svantaggio di soggetti (tutti o, quantomeno, in misura prevalente) non residenti. Occorre tuttavia rilevare che tale orientamento è stato affermato con riferimento al caso di una disciplina fiscale nazionale che determinava la base imponibile di un tributo commisurato al fatturato in modo diverso tra imprese singole e gruppi di imprese, stabilendo per i secondi – e a differenza delle prime – la rilevanza del fatturato di tutto il gruppo di imprese sia ai fini dell'applicazione dell'aliquota (progressiva) di imposta, sia ai fini del calcolo dell'imposta dovuta e richiedendosi comunque al giudice nazionale di verificare la prevalenza dell'impatto di tali criteri a svantaggio delle imprese non residenti. Nel caso della normativa italiana, invece, l'appartenenza dell'impresa ad un gruppo assume rilievo ai soli fini della ricomprensione dell'impresa stessa entro il perimetro soggettivo di applicazione del tributo, fermo restando, tuttavia, che tale appartenenza non produce alcun effetto sulla determinazione della base imponibile, la quale, anzi, viene depurata di tutti i ricavi derivanti da prestazioni di servizi infragruppo. In aggiunta resterebbe comunque da dimostrare la prevalenza dell'impatto di tali criteri a svantaggio di soggetti non residenti in Italia, come richiesto dalla Corte di giustizia¹⁰².

Venendo all'ambito oggettivo di applicazione del tributo, analogamente a quanto esposto in merito all'(ormai abrogata) *digital tax* esso sembra essere ad un tempo troppo ristretto e troppo ampio.

¹⁰² Ai fini di una più compiuta valutazione potrebbe risultare di interesse l'esito della causa attualmente pendente presso la Corte di giustizia C-323/18, *Tesco-Global Áruházak Zrt.* Si vedano, in proposito, le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 4 luglio 2019, la quale sottolinea come la prova dello svantaggio prodotto dall'applicazione di criteri «neutri» (nella specie, si trattava del fatturato) a carico di soggetti non residenti dovrebbe fondarsi non già su elementi quantitativi (quali il numero delle imprese colpite dal tributo) accertabili solo a posteriori, ma da “*elementi univoci da cui emerge che il trattamento sfavorevole delle società straniere costituisca l'obiettivo primario della misura, il quale è stato percepito e appoggiato come tale dallo Stato membro (e non solo dalle singole persone coinvolte)*”. Inoltre, trattandosi di un abuso del principio di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, del Trattato UE, “*non dev'essere neanche ravvisabile un'altra ragione oggettiva per il regime applicato*”.

Parrebbe troppo ristretto laddove non considera i ricavi della generalità delle piattaforme digitali dedite al commercio elettronico di beni e servizi, ignorando che in taluni casi tali piattaforme adottano un modello di *business* che si fonda proprio sull'effetto di rete (*network effect*). È il caso, ad esempio, di Amazon, che vende bensì beni mediante una piattaforma di commercio elettronico, ma che risulta essere uno dei negozi *online* preferiti dai consumatori proprio per via dell'interazione, sia pur indiretta, che esso consente tra i consumatori, con il meccanismo delle recensioni degli utenti rispetto ad un determinato prodotto ed alla possibilità data agli utenti interessati ad un prodotto di porre domande sulla funzionalità di quest'ultimo a coloro che tale prodotto hanno già acquistato. È la digitalizzazione del ben noto meccanismo del c.d. "passaparola", che certamente costituisce uno degli elementi di successo di Amazon.

Il perimetro di applicazione del tributo rischia poi di essere troppo ampio per via del tenore generale dell'art. 1, comma 37, lett. c), l. n. 145/2018, che assoggetta a tassazione i ricavi derivanti dalla "*trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale*". Al riguardo occorrerebbe tenere conto della finalità per i quali la trasmissione di questi dati avviene. Negli Stati Uniti, ad esempio, vi sono applicazioni digitali¹⁰³ che consentono di monitorare la necessità da parte delle persone che vivono in una determinata area geografica di farmaci e dispositivi (anche) salvavita, in modo che le aziende produttrici dei farmaci e dispositivi possano adeguatamente rifornire le farmacie ed i presidi ospedalieri dei prodotti. Ove applicazioni di questo genere si diffondessero anche in Italia si imporrebbe un'adeguata considerazione delle finalità di tutela della salute pubblica che la trasmissione di dati è volta a perseguire, con il conseguente e necessario bilanciamento tra il principio di capacità contributiva ed il diritto alla salute costituzionalmente garantito.

¹⁰³ È il caso della *Drug Shortage App*.

Venendo ad un'analisi più puntuale del presupposto oggettivo del tributo, questo dovrebbe applicarsi sia alle interfacce digitali che adottano il modello di *business* basato sulla pubblicità, quanto a quelle che basano la propria attività sul modello dell'intermediazione. In particolare, nel primo modello di *business* rientrano tanto quelle interfacce che, dopo aver raccolto i dati personali dell'utente mediante l'offerta di un servizio gratuito, prestino ad altre imprese interessate un servizio di pubblicità mirata nei confronti degli utenti basato proprio sull'elaborazione dei dati raccolti¹⁰⁴, quanto quelle interfacce, che raccolti i dati personali nel modo di cui si è detto, procedano direttamente alla vendita di tali dati ad altre imprese interessate al loro sfruttamento¹⁰⁵. In sede di attuazione delle previsioni di legge si dovrebbe circoscrivere il presupposto dell'imposta ponendo l'accento sul carattere mirato del servizio di pubblicità i cui ricavi sono soggetti a tassazione. In altri termini, se è vero che il tributo intende colpire i soli servizi connotati da una creazione di valore riconducibile in gran parte all'attività degli utenti, non tutte le forme di pubblicità digitale dovrebbero rientrare nell'ambito applicativo dell'imposta, ma solo quelle aventi carattere mirato e personale. In sostanza, altro è un'inserzione pubblicitaria presente su un sito *internet* e destinata alla generalità degli utenti senza particolari distinzioni, altro è, invece, la pubblicità mirata effettuata da determinate interfacce digitali¹⁰⁶ che, sfruttando i dati forniti dagli utenti mediante la navigazione sul *web*, promuovono proprio quei beni o servizi verso i quali quello specifico consumatore è con maggiore probabilità interessato.

Complessità maggiori presenta la definizione del perimetro di applicazione del tributo nei confronti delle interfacce operanti secondo il mo-

¹⁰⁴ Si veda l'art. 1, comma 37, lett. a), l. n. 145 del 2018, che fa riferimento alla "*veicolazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti della medesima interfaccia*".

¹⁰⁵ Si veda l'art. 1, comma 37, lett. c), l. n. 145 del 2018, che fa riferimento alla "*trasmissione di dati raccolti da utenti e generati dall'utilizzo di un'interfaccia digitale*".

¹⁰⁶ Penso, ad esempio, a Facebook o Google.

dello dell'intermediazione¹⁰⁷. In questo caso, infatti, gli elementi essenziali presi a riferimento dal legislatore sono quelli dell'entrata in contatto e dell'interazione tra gli utenti, mentre, in base al tenore letterale della disposizione, l'ulteriore elemento della facilitazione della fornitura di beni o servizi non sembra costituire un requisito indefettibile per assoggettare a tassazione i ricavi delle interfacce digitali. Nella proposta di direttiva europea si chiarisce ulteriormente che non rientrano nell'ambito di applicazione del tributo i ricavi di quelle interfacce digitali *“il cui fine esclusivo o principale consista nella fornitura agli utenti, da parte dell'entità che mette a disposizione l'interfaccia, di contenuto digitale o di servizi di comunicazione o di servizi di pagamento”*¹⁰⁸.

Questo pone, a nostro avviso, il delicato tema della ricomprensione nell'ambito di applicazione del tributo del settore del gioco *online* – settore tutt'altro che trascurabile dal punto di vista economico¹⁰⁹ – ove le interfacce consentono bensì agli utenti di entrare in contatto ed interagire, ma ove non è sempre agevole stabilire se le stesse interfacce si limitino a fornire un contenuto digitale agli utenti. Si pensi, ad esempio, al caso dell'interfaccia digitale statunitense Roblox¹¹⁰ – che nel 2018 ha avuto un fatturato di oltre 500 milioni di dollari e che è di proprietà di una società che ha un valore stimato di oltre 2 miliardi di dollari – che mette a disposizione gratuitamente un videogioco in cui sono gli stessi utenti che creano e modificano il videogioco a loro piacimento, metten-

¹⁰⁷ Si veda l'art. 1, comma 37, lett. b), legge n. 145 del 2018 relativa alla *“messa a disposizione di un'interfaccia digitale multilaterale che consente agli utenti di essere in contatto e di interagire tra loro, anche al fine di facilitare la fornitura diretta di beni o servizi”*.

¹⁰⁸ Art. 3, par. 4, lett. a), proposta di direttiva COM 2018/148.

¹⁰⁹ La società più importante del settore – l'americana Activision Blizzard – nel 2018 ha realizzato un fatturato di 7,5 miliardi di dollari. La seconda società più importante del settore – l'Electronic Arts, anch'essa americana – nel 2018 ha realizzato un fatturato di 5,15 miliardi di dollari. Si tratta di un settore in cui operano anche alcune società europee: ed esempio la finlandese Supercell, che nel 2018 ha realizzato un fatturato di 2,1 miliardi di dollari.

¹¹⁰ Si tratta di Roblox, facente capo alla società americana Roblox Corporation.

dolo a disposizione di altri 64 milioni di utenti nel mondo che interagiscono su questa piattaforma. In un caso come questo non sembra agevole stabilire se l'interfaccia si limiti a fornire un contenuto digitale – il videogioco – con conseguente estraneità al presupposto del tributo o se, invece, essa renda anche un servizio di intermediazione tra gli utenti, tale da far ricadere nel perimetro di applicazione del tributo i ricavi che la società ottiene dagli acquisti effettuati dai videogiocatori e dagli abbonamenti da essi sottoscritti per evitare la visualizzazione di messaggi pubblicitari durante il gioco.

Quanto poi al requisito territoriale del tributo, ancorato alla localizzazione dell'utente nel territorio dello Stato, si sono correttamente rilevati in dottrina i rischi di manipolazione dell'indirizzo IP dei dispositivi, con il conseguente spostamento della base imponibile da uno Stato all'altro¹¹¹. Tale rischio, peraltro, sembra essere ancor maggiore in uno scenario come quello verso il quale si sta andando, di adozione frammentata di tante *web tax* nazionali, anziché di un'unica *web tax* europea: la manipolazione dell'indirizzo IP potrebbe consentire, infatti, all'utente di localizzarsi in modo artificioso in uno Stato che non abbia adottato la *web tax*, con conseguente pregiudizio per il gettito fiscale di uno Stato che abbia adottato il tributo sui servizi digitali.

8. Conclusioni

Si è visto che sin dal 2014 il legislatore italiano ha tentato di assoggettare a tassazione le imprese dell'economia digitale, con misure conformate in modo diverso. Come detto in sede introduttiva tali sforzi si sono al momento arrestati allo stadio del tentativo, atteso che nessuna delle misure sin qui descritte è divenuta pienamente operativa. Non resta che auspicare che la nuova compagine governativa recentemente in-

¹¹¹ Si veda il documento della Fondazione Bruno Visentini, *La tassazione dell'economia digitale. Position paper*, Roma, 4 aprile 2019.

sediatasi segua il recente esempio francese ed affronti il tema con maggiore decisione, giungendo finalmente all'approvazione ed all'effettiva applicazione di forme di imposizione che consentano di assoggettare a tassazione le imprese dell'economia digitale. Al riguardo lascia ben sperare un passo della recente Nota di aggiornamento del Documento di Economia e Finanza 2019 ove si afferma che *“nell’ambito di un ampio processo di riforma dell’imposizione sugli utili d’impresa concordato a livello internazionale, si attuerà la web tax per le multinazionali del settore che spostano i profitti verso giurisdizioni più favorevoli”*.

Le criptovalute: i profili fiscali nell'ordinamento italiano

Sommario: 1. Le criptovalute: un inquadramento multifocale – 1.1 I diversi profili del fenomeno – 1.2 Un focus sui profili fiscali delle criptovalute – 1.2.1. Il regime IVA delle criptovalute – 2. Il regime fiscale delle criptovalute in Italia – 2.1 L'evoluzione nella prassi dell'Agenzia delle Entrate – 3. Conclusioni

1. Le criptovalute: un inquadramento multifocale

1.1 I diversi profili del fenomeno

Dopo ormai più di un decennio di dibattito sulle criptovalute nei diversi ambiti (istituzioni, accademia, mercato), si è pressoché concordi nel riconoscere due tratti specifici che connotano il fenomeno: da un lato, la portata innovativa, sintetizzata attraverso l'espressione "*disruptive innovation*" (molto ricorrente nell'economia digitale) e, dall'altro, il carattere multifocale del tema oggetto di analisi. Il tema delle criptovalute è un tema particolarmente complesso, che partendo dai profili tecnologici (connessi per lo più al sistema *blockchain* e alla *distributed ledger technology*), si articola nell'alveo della sociologia e nei diversi settori dell'economia, per interessare il piano delle sovrastrutture ordinamentali, con riferimento agli aspetti istituzionali, regolamentari e della normativa civilistica regolante i rapporti negoziali (le transazioni tra privati).

¹ Il presente lavoro è svolto a titolo personale e non impegna in alcun modo l'Istituto di appartenenza. Le considerazioni svolte nel testo sono aggiornate alla data del 20 marzo 2019.

Alla diffusione e all'enfasi del fenomeno, anche in termini mediatici e culturali, non hanno corrisposto immediate risposte ordinamentali coerenti sul piano internazionale; in molti casi, sembra aver prevalso la strategia dello “stare alla finestra”². Spicca però in controtendenza il set di iniziative intraprese nel *framework* della lotta al riciclaggio in sede GAFI e nell'UE, ove il *lag* nei tempi di reazione si è particolarmente ridotto.

Le considerazioni che seguono sintetizzano, distinguendoli, i diversi profili che interessano le criptovalute, nella piena consapevolezza delle strette interdipendenze che gli stessi profili hanno nell'analisi del fenomeno in esame.

a) sul piano tecnologico

È noto che le criptovalute si fondano sulla DLT (*distributed ledger technology*)³ di tipo *open source* (senza barriere di accesso). Il tradizionale punto di partenza sono i lavori di Satoshi Nakamoto sul protocollo dei bitcoin (2008), da considerare come uno “spartiacque epifanico” delle valute virtuali⁴.

Come noto, la criptovaluta più diffusa sul mercato (oltre il 50% della capitalizzazione del mercato) sono i Bitcoin, un sistema *open source* (senza proprietà o *copyright*, cui possono accedere liberamente tutti gli

² P. Valente (2018), *Bitcoin and Virtual Currencies Are Real: Are Regulators Still Real?*, in *Intertax*, n. 6 e 7.

³ Con l'espressione *distributed ledger technology* (DLT) si intende – secondo la definizione della Banca Mondiale – un sistema di registrazione e condivisione di dati attraverso archivi decentralizzati (“*ledgers*”), che hanno gli stessi *records* di dati e sono collettivamente implementati, gestiti e controllati collettivamente da una rete decentralizzata di *servers*, chiamati nodi. Nel 2017 è stato istituito un *Focus group on Blockchain* nell'ambito del *European Committee for Standardization* (CEN) e del *European Committee for Electronic Standardization*; il 1° febbraio 2018 è stato lanciato dalla Commissione UE un “Osservatorio e Forum su blockchain”. Sulle iniziative della Commissione Europea dirette a sviluppare un approccio comune a livello internazionale, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/blockchain-technologies>.

⁴ S. Nakamoto, *Bitcoin: A Peer-To-Peer Electronic Cash System*, in <https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper>, 2008.

interessati *peer-to-peer*), che si avvale di crittografia con doppia chiave (pubblica e privata). Tutte le funzioni – emissioni, transazioni e trasferimenti di portafoglio, le validazioni delle transazioni – sono gestite collettivamente dalla rete, attraverso un *network* di operatori (*miners, exchanger, wallet providers*) senza alcuna partecipazione di autorità centrali e banche a ciò autorizzate. Come ricompensa per lo sforzo dei *miners*, si prevede a regime una *fee* per ogni validazione (*proof-of-work*). Secondo il protocollo, il volume massimo dei *bitcoin* in circolazione non potrà eccedere i 21 milioni di unità. Il valore è determinato dalla domanda/offerta sul mercato, senza alcun legame con il valore di altre valute (libera fluttuazione)⁵.

La crescente diffusione della tecnologia DLT per usi differenziati, anche in altre aree regolamentate (*fintech*, nelle imprese, nella PA), sta nel tempo attenuando la diffidenza verso il sistema su cui si fondano le criptovalute stesse. Anche per questi sistemi sta invece emergendo ex novo un problema di *governance*, di regole di gestione, sicurezza e trasparenza, tutti temi che ripropongono paradossalmente lo stesso rischio di una deriva verso la centralizzazione, che i sistemi decentrati vorrebbero invece risolvere attraverso il decentramento⁶.

⁵ Per una descrizione del protocollo Bitcoin, EU Publications, *Cryptocurrencies and Blockchain, Legal Context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion*, July 2018; A. Magliocco, *Bitcoin e tassazione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, 2016, p. 22.

⁶ Sui problemi emergenti di governance, D. Heller-E. M. Truman, *Regulating Digital Currencies: A Welcome First Step*, Peterson Institute For International Economics, 10 aprile 2018; C. Biancotti *Regulating Blockchains While Protecting Decentralization*, Peterson Institute For International Economics, 31 ottobre 2018; B. Kaiser e altri, *The Looming Threat of China: An Analysis of Chines Influence on Bitcoin*, 5 ottobre 2018; C. Lagarde, *Un vent de changement en faveur de nouvelles monnaies numériques*, Discorsi, 18 novembre 2018, Singapore Fintech Festival. Nel discorso il Direttore Generale del Fondo Monetario Internazionale sottolinea, tra l'altro, i rischi in termini di rispetto della vita privata, derivanti dalla possibilità di profilazione dei clienti utilizzatori della moneta digitale da parte di anonimi in grado di agganciarsi ai sistemi.

b) sul piano sociologico

Nella sua impostazione originaria, lo sviluppo delle criptovalute costituirebbe una risposta all'ultima crisi finanziaria. Nel sillogismo popolare o populista “*la crisi è colpa delle banche, le banche usano la moneta legale, è quindi colpa della moneta legale*”, le criptovalute rappresenterebbero una forma di rifiuto contro il “sistema bancario” dalle sue fondamenta.

La *vis polemica* che questi nuovi sistemi incorporano – anche a livello mediatico – trarrebbe fondamento dallo sgretolamento della fiducia etica/sociale che gli individui ripongono nello Stato. La loro diffusione riconduce la moneta a un fenomeno sociale perché direttamente riconducibile alla volontà dei consociati che sono liberi di regolare le proprie transazioni senza rivolgersi all'Autorità costituita (banche centrali e banche commerciali)⁷. Le criptovalute, e *in primis* i bitcoin, incarnano il rifiuto del cosiddetto *establishment*, nell'idea di “ridare la moneta al popolo”, togliendola alle Banche centrali, in una nuova era di “criptoanarchia”.

Superata la fase iniziale di lancio sul mercato delle criptovalute, gli iniziali caratteri di “rottura ideologica” del fenomeno sembrano ormai soppiantati dai tradizionali intenti speculativi delle operazioni alimentati dall'elevata volatilità dei corsi nonché dall'utilizzo, in alcuni casi, delle criptovalute in transazioni criminose⁸.

È interessante notare che il grado di concentrazione delle transazioni sul mercato – polarizzato in Nord Corea e Cina – fa riemergere gli stessi problemi di dominio, contro cui i sostenitori teorici delle criptovalute si sono schierati. Nel contempo si assiste ad un graduale avvicinamento in diversi Stati anche europei degli intermediari finanziari vigilati alle

⁷ F. Panetta, *I nostri istituti fuori gioco, se non innovano. Amazon può diventare un big del credito*, (Marco Zatterin), in *La Stampa*, 2 gennaio 2018.

⁸ N. Roubini, *Blockchain isn't about democracy and decentralisation – it's about greed*, *The Guardian*, 15 ottobre 2018.

attività in criptovalute come nuove linee di *business*, determinandosi così una “contaminazione di domini”.

c) sul piano economico e regolamentare

Già nei primi approfondimenti (EBA e BCE) si è potuto escludere il carattere di moneta delle criptovalute, secondo la tradizionale tripartizione funzionale della moneta (unità di conto, mezzo di pagamento, riserva di valore)⁹. Secondo la BCE (2015) queste valute assolvono solo in parte dette funzioni: pur essendo accettate come mezzo di scambio, le operazioni nelle quali siano usate per i pagamenti costituiscono ancora una minima parte rispetto alla totalità delle transazioni giornaliere; l'elevata volatilità dei valori ne pregiudica l'utilizzo come riserva di valore anche nel breve periodo; entrambi questi fattori - bassa accettazione e rilevante volatilità - rendono le valute virtuali inadatte a svolgere la funzione di moneta. Né sembrano configurare nella maggior parte dei casi forme di moneta elettronica, la cui definizione postula: l'esistenza del cosiddetto sottostante (deposito in moneta legale); il valore della moneta elettronica coincidente con quello del deposito; l'accettazione come strumento di pagamento da altri soggetti diversi dall'emittente la moneta elettronica. Alcune nuove forme di *cryptoassets*, ancorate a valuta corrente (*stablecoin*) e con diritti incorporati di rimborso/conversione in *fiat money*, sembrano però meno lontane dalla nozione di moneta elettronica (cfr. *infra*)¹⁰.

⁹ A. Caponera-C. Gola, *Aspetti economici e regolamentari delle “cripto-attività”*, Questioni di Economia e Finanza, 484, Banca d'Italia, Marzo 2019.

¹⁰ Più in dettaglio le criptovalute non rientrerebbero né nella definizione di moneta elettronica secondo l'art. 2, par. 1, n. 2), della direttiva 2009/110/CE e art. 1, co. 1, lett. h-ter), del Testo Unico Bancario, né in quella di “fondi” per i servizi di pagamento ai sensi dell'art. 4, par. 1, n. 25 della direttiva (UE) 2015/2366 e art. 1, co. 1, lett. m) del D.Lgs. 11/2010, in quanto diversi da “*banconote, monete o moneta scritturale*”.

Nel Rapporto pubblicato nel gennaio 2019 (*Report with advice for the European Commission on crypto-assets*), l'EBA afferma che in limitati casi le cripto-attività possono configurare ipotesi di moneta elettronica. In questi casi i soggetti emittenti

Indipendentemente da questi profili tassonomici, la diffusione del fenomeno rispetto all'intera massa monetaria risulta ancora esigua, non ancora in grado di costituire una minaccia alla stabilità finanziaria (EBA, 2019).

Nell'alveo dei profili economici, nell'analisi costi/benefici vale la pena ricordare un aspetto relativo alle esternalità negative sul piano ambientale. Di questi profili (elevati consumi energetici, inquinamento ambientale derivante dall'accumulo di hardware "bruciati" nella produzione) non si hanno ancora chiare evidenze in termini di costi sociali, ma le prime stime di consumi annui di energia elettrica da parte dei *miners* sono particolarmente elevate.

Sul piano dei rischi, sin da subito sono stati evidenziati da studiosi, organismi internazionali (FMI e OCSE) e Autorità nazionali (vedi *infra*) i rischi di liquidità e di integrità del mercato. Lo sviluppo delle ICOs pone ulteriori rischi (di credito, di default, legali, ecc.).

Sul versante regolamentare, sono stati ormai numerosi gli interventi delle Autorità di vigilanza a livello europeo e domestico diretti a mettere in guardia i consumatori sui rischi connessi all'utilizzo delle criptovalute e agli investimenti.

In Europa, sin da subito la BCE, l'EBA (*European Banking Authority*) e diverse Banche centrali nazionali hanno posto in luce i rischi sistemici connessi alla stabilità finanziaria e all'integrità dei mercati nonché alla tutela del risparmio e dei consumatori¹¹.

Su questa linea, la Banca d'Italia, quale Autorità di vigilanza del sistema bancario e finanziario, ha invitato a fine 2015 gli intermediari vigilati a valutare i rischi insiti in attività in "valuta" non avente corso legale

devono ovviamente essere autorizzati ai sensi della seconda direttiva sui servizi elettronici.

¹¹ BCE, *Virtual currencies*, 2012; BCE, *Virtual Currencies Schemes – A further Analysis*, 2015; EBA, *Warning to consumers on virtual currencies*, EBA/WRG/2013/01, 2013; più di recente, il 13 marzo 2019, il Comitato di Basilea ha rilasciato uno *Statement on Crypto-assets* per il sistema bancario (https://www.bis.org/publ/bcbs_nl21.htm)

e nel contempo ha segnalato ai soggetti diversi dagli intermediari vigilanti i rischi di possibili ipotesi di abuso dell'esercizio di attività riservate.

A livello europeo una sintesi particolarmente efficace dei rischi è riportata nel documento “*Pan-EU warning to consumers*” prodotto nel febbraio 2018 da ESA, rappresentativa delle tre Autorità di settore: EBA (bancario), ESMA (mercato), EIOPA (assicurazioni e fondi pensione). In tale sede sono stati evidenziati i principali profili di allerta: *a)* l'estrema volatilità delle criptovalute; *b)* l'assenza di protezione derivante dalla mancanza di regolamentazione in Europa degli strumenti e dei mercati dedicati; *c)* l'assenza di liquidità, non essendo la convertibilità in alcun modo garantita; *d)* l'assenza di trasparenza dei prezzi, in mancanza di listini ufficiali; *e)* le possibili disfunzioni operative del sistema; *f)* un'informazione *misleading*; *g)* l'inidoneità delle criptovalute come investimento finanziario e pensionistico¹².

Una posizione attenta ai pro/contro il fenomeno è ben sintetizzata nelle posizioni assunte dal G-20 del 19-20 marzo 2018 a Buenos Aires¹³. Su questo stesso approccio duale si muove anche il Fondo monetario internazionale. Quest'approccio sta influenzando anche il dibattito dottrinale che, nel proporre ipotesi di soluzioni normative ai *policy makers*, sembra orientarsi sempre più verso il principio del bilanciamento e comunque verso la linea del “governare il cambiamento”, secondo il motto *“change—being open to change, embracing change, shaping change”*¹⁴.

¹² <https://www.esma.europa.eu/press-news/esma-news/esas-warn-consumers-risks-in-buying-virtual-currencies>.

¹³ «... *We acknowledge that technological innovation, including that underlying crypto-assets, has the potential to improve the efficiency and inclusiveness of the financial system and the economy more broadly. Crypto-assets do, however, raise issues with respect to consumer and investor protection, market integrity, tax evasion, money laundering and terrorist financing. Crypto-assets lack the key attributes of sovereign currencies. At some point they could have financial stability implications. ...*».

¹⁴ C. Lagarde, cit., 2018; IMF, cit., 2016; IMF, *Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations*, Discussion Note SDN 16/03, 2016, p. 5; IMF Staff Discus-

Il passaggio alla seconda fase di sviluppo del mercato – caratterizzata da un utilizzo composito delle valute virtuali attraverso la costruzione di “pacchetti di prodotti digitali” (*payment/securities/utility token*) emessi anche attraverso ICOs – ha particolarmente allertato le Autorità di mercato¹⁵.

In Europa, a gennaio 2019, su questi temi l'EBA e l'ESMA hanno in contemporanea aggiornato le rispettive posizioni assunte in passato alla luce delle evoluzioni del fenomeno¹⁶. Innanzi tutto, anche sul piano definitorio si afferma il passaggio da un riferimento, di per sé limitato, alle criptovalute (quali rappresentazioni digitali, con funzioni di mezzi di pagamento) a una nozione più ampia di cripto-attività, cioè ad attività che presentino almeno tre specifiche caratteristiche: dipendano primariamente dalla crittografia e da una tecnologia DLT o simili come parte del suo valore intrinseco; non siano emesse o garantite da una banca centrale o da un'autorità pubblica; possano essere usate come mezzo di scambio e/o a scopo di investimento e/o di accesso a beni o servizi. La complessità e la varietà dell'offerta dei prodotti sui mercati hanno indotto sia l'EBA sia l'ESA ad adottare un approccio “caso per caso”.

Sulla base delle singole fattispecie, le cripto-attività possono essere qualificate secondo tre pilastri: come “strumenti finanziari”, come moneta elettronica, o come nessuno dei due. In quest'ultimo caso, le operazioni sono fuori dal perimetro regolamentare comunitario dei servizi finanziari.

Nel caso in cui le operazioni abbiano ad oggetto prodotti che configurino strumenti finanziari, trovano applicazione tutti i presidi regola-

sion Note, 2018; T. Mancini-Griffoli e altri, *Casting Light on Central Bank Digital Currency*, Novembre 2018.

¹⁵ Secondo la tassonomia di base, un *payment token* non si differenzia dalle valute virtuali quale mezzo di pagamento; i *securities token* sono rappresentativi di diritti simili a quelli derivanti da azioni o obbligazioni, quale forma di investimento, mentre gli *utility token* danno diritto a beni o servizi, similmente a voucher.

¹⁶ EBA, cit., 2019; ESMA, *Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets*, 9 gennaio 2019.

mentari, sia di vigilanza sia di mercati (tra i quali, fuori dai casi di esclusione, gli obblighi di prospetto, di trasparenza, MiFID2, la disciplina degli abusi di mercati, *short selling*, ecc.).

Al di fuori del perimetro della regolamentazione europea, il rischio che si corre per i prossimi anni è un vuoto normativo in termini di tutela dei consumatori o una frammentazione normativa, anche in Europa, derivante dagli interventi a livello domestico volti a tutelare i consumatori, a discapito del *level playing field*. Come segnalato dall'ESMA, da un lato, si richiedono significativi adattamenti per includere nell'attuale piattaforma regolamentare le crypto-attività che siano annoverabili tra gli strumenti finanziari disciplinati da MiFID2, dall'altro andrà colmato il vuoto normativo riguardante l'insieme di attività non configuranti strumenti finanziari ex MiFID2 o moneta elettronica¹⁷. Per quest'area (non finanziaria) le opzioni aperte in termini regolamentari sono molteplici, ma è auspicabile che si giunga a una soluzione a livello europeo.

Fuori dall'Europa, è già in atto una reazione ordinamentale del tutto disomogenea tra paesi: da paesi, come la Cina e la Corea del Sud, che hanno vietato alcune attività tra cui le ICO (settembre 2017), a Paesi che hanno ritenuto di monitorare attentamente i rischi e i prodotti (ad es. USA, UK), ad altri che hanno cercato di creare le condizioni ottimali per attrarre nuove forme di *business* (Svizzera, Malta, Lussemburgo)¹⁸.

Sempre sul piano regolamentare, i principali passi normativi a livello internazionale sono stati senza dubbio compiuti sul versante della disciplina antiriciclaggio, sia attraverso le raccomandazioni e note interpretative del FATF sia, anche su indicazioni dell'EBA, attraverso la direttiva europea n. 2018/843 (cosiddetta V direttiva antiriciclaggio) che entrerà in vigore dal 10 gennaio 2020¹⁹.

¹⁷ A. Caponera-C. Gola, cit., 2019.

¹⁸ Per una tassonomia dei paesi in base alle posizioni assunte nei confronti del fenomeno, BCE, cit., 2015.

¹⁹ Sul punto, la recente *Draft Interpretative Note* alla Raccomandazione n.15 del FATF. “*Mitigating Risks from Virtual Assets*”, 22 febbraio 2019. Di rilievo la

L'utilizzo di criptovalute in attività criminose ha attirato l'attenzione sugli *exchanger*, su quegli operatori non finanziari che costituiscono – attraverso i servizi di conversione di criptovalute vs. valuta legale – l'ultimo anello della catena nei rapporti con i consumatori/investitori *retail*²⁰. Sulla base della disciplina comunitaria, gli *exchanger* sono sottoposti agli obblighi di registrazione e, nei confronti della clientela, identificazione e di adeguata verifica e di segnalazione delle operazioni sospette; sempre al fine di ridurre l'anonimato e di incrementare la tracciabilità delle transazioni, è richiesto dalla V direttiva europea che anche i fornitori di *custodian wallet* siano soggetti agli obblighi di identificazione della clientela e di adeguata verifica.

È noto che l'Italia ha precorso i tempi, anticipando già in sede di recepimento della IV direttiva antiriciclaggio (decreto legislativo n. 90/2017) gli obblighi a carico degli *exchanger*, definiti quali “*prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valute virtuali, limitatamente all'utilizzo di valuta virtuale da ovvero in valute aventi corso forzoso*”²¹. Quale successivo passo, sarà necessario includere anche i fornitori di *custodian wallet*, come anche richiesto dalla V direttiva europea AML.

È interessante rilevare che nell'ordinamento italiano l'unica definizione *ex lege* di criptovalute (*rectius*, valuta virtuale) viene offerta al momento proprio dalla disciplina antiriciclaggio: “*rappresentazione digitale di valore, ...utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di*

definizione ampia di virtual assets come: “*property*”, “*proceeds*”, “*funds*”, “*funds or other assets*”, or other “*corresponding value*”, in <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/regulation-virtual-assets-interpretive-note.html>.

²⁰ Per una rassegna dei possibili utilizzi illeciti delle criptovalute, C. Clemente, Audizione del Direttore dell'UIF sull'attività dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, Senato della Repubblica, VI Commissione Finanze e Tesoro, 18 settembre 2018.

²¹ Art. 3, co. 5, lett. i) del D.Lgs. n.231/2007, come modificato dal D.Lgs. n.90/2017. Agli *exchangers* è richiesta l'iscrizione nel registro tenuto dall'Organismo degli agenti e dei mediatori (OAM). UIF (2018), Rapporto Annuale dell'Unità di Informazione Finanziaria n. 10, maggio.

*beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente*²². Per le considerazioni sopra svolte sulle evoluzioni del fenomeno, questa definizione, in quanto ancorata all'uso delle valute come mezzo di scambio, appare ormai non esaustiva, in quanto non include tutte le possibili funzioni svolte dalle cripto-attività.

d) sul piano del diritto civile

Le analisi sulla natura delle cripto-attività, dei *token* e degli *smart contract* sul piano dello *jus mercatorum* o del diritto dei contratti in sede sia legislativa sia giudiziale sono tuttora ad uno stadio embrionale in molti paesi. È spesso assente un'adeguata cornice giuridica che disciplini i diritti e le obbligazioni delle parti e le connesse responsabilità.

Sussiste in primo luogo un tema di soggettività giuridica e di corrispondente imputazione soggettiva della responsabilità sul piano del diritto civile: non è sempre agevole ricostruire i centri di imputazione nei protocolli o nei *whitepaper* delle ICOs. Generalmente gli emittenti di cripto-attività non sono società o enti rientranti nella tassonomia tradizionale dei soggetti giuridici ma *network* di “sviluppatori di software” o “organizzazioni decentralizzate” (cosiddette “*decentralized autonomous organizations*” - DAO), che associano diritti al possesso di *digital token*²³.

Sulla natura di criptovalute e *token* si discute da tempo se possano essere annoverati come beni immateriali. In Italia, come noto, questa categoria giuridica è un numero chiuso che, come tale non ammette *rebus sic stantibus* forme atipiche.

²² Art.1, co. 2 lett. qq) del D.Lgs. 231/2007, come modificato dal D.Lgs. n.90/2017. La definizione ricalca quella contenuta nella V direttiva europea antiriciclaggio. Sul piano testuale, non sono ricomprese le transazioni tra valute virtuali (*crypto-to-crypto exchange*), divenute sempre più frequenti, secondo l'EBA, cit., 2019. V. Vallefucio, *Criptovalute tra rischio riciclaggio e inserimento in dichiarazione dei redditi*, in *Il Sole 24 Ore, Norme e Tributi*, n. 12, 4 Dicembre 2018.

²³ D. Heller-E. M. Truman, cit., 2018.

C'è inoltre un tema di *locus actus* che contraddistingue le operazioni digitali in generale e che assume particolare rilevanza sul piano fiscale per la localizzazione delle attività (cfr. *infra*).

Con riferimento alle ICOs, l'individuazione degli attori giuridici è ancora più complessa. A fronte di una funzione generale di raccolta di fondi, le ICOs coinvolgono i “*developers*”, i gestori delle piattaforme, gli offerenti (*startup*), i prestatori di fondi o altre risorse che vengono remunerati con *token* in un circuito complesso che crea “fasci di obbligazioni” di diversa natura.

Nell'adesione alle ICO, le modalità di conclusione dell'accordo (adesione all'offerta) non sono ancora chiare: lo stesso concetto di “buona fede” su cui si impernia la responsabilità contrattuale andrà calato in una realtà commerciale del tutto innovativa.

È interessante notare che in Italia, i giudici (Corte di appello di Brescia 24 ottobre 2018, n. 207), in sede di impugnazione di un provvedimento di volontaria giurisdizione hanno confermato l'impossibilità di conferire criptovalute nel capitale di una srl, in quanto elementi dell'attivo *non suscettibili di valutazione economica* ai sensi dell'art. 2464, comma 2, c.c.. Nel contempo però le criptovalute sono state equiparate a tutti gli effetti alla moneta e non ai beni. In altri casi (Tribunale di Verona, sentenza n.195/2017) i giudici di merito hanno considerato un contratto di vendita di *bitcoin* ad opera di un *exchanger* a un privato nullo per violazione degli obblighi di informativa precontrattuale richiesti dal codice di consumo. La premessa ricostruttiva è l'inclusione del contratto tra i contratti a distanza di un “servizio finanziario” ex artt. 50 e 67-ter del codice di consumo. Dalla violazione degli “*obblighi di informativa precontrattuale*” idonea ad alterare “in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche” dell'investimento ne è derivata la nullità del contratto, con diritto potestativo di azione riservato al consumatore, secondo lo schema consueto delle c.d. nullità relative nonché l’“obbligo alla restituzione di quanto ricevuto” a carico del fornitore.

Con riferimento ai *token* mancano le costruzioni giuridiche in cui inquadrare i rapporti (negoziali) sottesi ai *token* stessi, la cui diversità funzionale (*utility*, *security*, *payment token*) ostacola una visione unitaria sul piano giuridico. In Italia, le evoluzioni giurisprudenziali in tema di causa del contratto (non più definita sul piano teorico della funzione economico-sociale, ma sul piano concreto, *case by case*) complicano maggiormente la valutazione dei rapporti giuridici in atto.

In definitiva, nonostante le contaminazioni di prodotti sul mercato, un interrogativo, deve ritenersi ancora utile sul piano giuridico distinguere tra raccolte di capitale di rischio (*e-equity*) o di debito (*e-bond*), da un lato, e raccolte di fondi per l'offerta di prodotti/servizi (attraverso *utility token*) dall'altro lato. Di certo, nella prima area è accentuata la tutela del risparmio, con tutti i risvolti di tipo regolamentare, mentre nel secondo caso è prevalente la ricostruzione delle dinamiche negoziali, anche sul piano degli obblighi informativi e di protezione che corredano la prestazione principale in forza delle regole di correttezza contrattuale.²⁴

1.2 Un focus sui profili fiscali delle criptovalute

Il tema della fiscalità delle valute virtuali, per la spiccata connotazione multidisciplinare del fenomeno in esame, è sorto molto presto: già nel 2013, l'EBA (*European Banking Authority*), nella disamina dei possibili effetti derivanti dallo sviluppo del mercato delle valute virtuali, sottolineava le possibili implicazioni fiscali, riferendosi alle conseguenze sotto il profilo delle responsabilità fiscali dei contribuenti nei rispettivi Stati di appartenenza²⁵. D'altro canto, le caratteristiche del mercato (elevata spinta al rialzo nella prima fase di sviluppo e, succes-

²⁴ Sulla stessa linea R. Maviglia, *Criptovalute tra mercato e regolamentazione*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 novembre 2017.

²⁵ EBA, *European Banking Authority*, press release 2013: “*holding virtual currencies may have tax implications, and should make sure that they give due consideration to whether tax liabilities apply in their country when using virtual currencies*”.

sivamente, l'elevata volatilità dei prezzi) hanno sin da subito innescato investimenti speculativi, che hanno consentito, in alcuni casi, di conseguire guadagni elevati in tempi ridotti, senza gravami fiscali, applicabili invece ai redditi derivanti da altre attività finanziarie.

Il tema ha poi trovato la sua sede naturale di analisi nell'ambito dei lavori sulla tassazione dell'economia digitale e, in particolare nei lavori del BEPS (*Base Erosion Profit Shifting*) dell'OCSE e in particolare nell'Action Plan n. 1²⁶. Le criptovalute presentano, in comune con le altre aree dell'economia digitale, il “*mistero della dissolvenza del contribuente*”, insieme alle difficoltà di localizzazione della fonte dei proventi a fini fiscali (*stateless income*)²⁷. Il legame tra criptovalute e i rischi di evasione è stato più volte sottolineato dall'OCSE sia nei lavori del BEPS (2018) sia nell'ambito dei lavori del G-20 (marzo 2018)²⁸. Come sopra richiamato, le criptovalute, per la loro opacità e difficoltà di tracciamento, hanno iniziato ad alimentare il circuito della criminalità, per divenire un nuovo veicolo di frodi fiscali, riciclaggio e di supporto al terrorismo internazionale.

Nella disamina delle posizioni dottrinali sono emerse sin da subito diverse impostazioni metodologiche sul “come” affrontare il tema: considerato il carattere di “rottura” del tema (nell'ambito della “*disruptive innovation*”), gli interrogativi sul “*quomodo*”, sul come tassare i proventi o le transazioni in criptovalute possono sottacere questioni irrisolte di legittimazione (sull'*an*, legato alla ammissibilità del fenomeno).

Nel presente lavoro, lo sviluppo delle criptovalute viene assunto come una variabile esogena e si prescinde quindi dallo svolgere considerazioni sulle possibili misure fiscali dirette a fini extra-tributari (eventualmente

²⁶ OCSE, *Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, Action 1 BEPS Final Report, 2015; OCSE, *Tax Changelles Arising from Digitalisation* – Interim Report, 2018.

²⁷ The Economist, *The mystery of the vanishing taxpayer*, 27 gennaio 2000; E.D. Kleinbard, *Stateless Income*, in *Florida Tax Review*, 2011, p. 699 e ss.

²⁸ OCSE, *Secretary-General Report to the G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Marzo 2018.

adottabili per bloccare o frenare il fenomeno)²⁹. Discorso ben diverso è quello relativo al trattamento fiscale di eventuali operazioni illecite in *bitcoin* (perché poste in essere in violazione di norme speciali, ad es. in materia di antiriciclaggio o in tema di trasparenza sui mercati): in questi casi, sono da ritenere applicabili le regole specifiche già presenti nei singoli ordinamenti applicabili nei vari campi fiscali (IVA, tassazione societaria, ecc.) con riferimento alle operazioni *contra legem*.

Sotto il profilo del perimetro dell'analisi, il tema delle criptovalute si estende a tutte le aree della fiscalità, interessando: *i*) l'imposizione diretta, con particolare riferimento alla qualificazione delle componenti reddituali da tassare anche in relazione al luogo di tassazione; *ii*) l'imposizione indiretta, e in particolare l'IVA in ordine alla quale rilevano i tradizionali profili sulla qualificazione delle operazioni ai fini dell'imponibilità e sull'applicabilità del criterio di territorialità; in tale ambito, con riferimento specifico alle imposte d'atto, possono assumere rilevanza imposte quali quella di bollo e la tassa sulle operazioni finanziarie; *iii*) la sostituzione tributaria per i profili delle possibili ritenute applicabili. Particolare rilievo assumono i profili attinenti più propriamente alla *compliance* e al *reporting* (si pensi, in Italia, agli adempimenti segnalatori del quadro RW, fonte ancora basilare per l'ordinamento domestico di informazioni sulle transazioni "estere").

Un tema che interessa, condizionandoli, tutti i diversi sotto-insiemi della tassazione è quello dell'*enforcement*. Le caratteristiche proprie dei prodotti ad elevato contenuto digitale quali le criptovalute, caratterizzati da scarsa tracciabilità e trasparenza, determinano per i legislatori na-

²⁹ La stessa impostazione metodologica, ispirata alla neutralità, è seguita in A. Magliocco, cit., 2016. Non di rado in passato, di fronte allo sviluppo di prodotti innovativi – si pensi allo sviluppo degli strumenti finanziari atipici negli anni '80 del secolo scorso – l'intervento del legislatore fiscale è stato utilizzato per la tutela di esigenze extra-fiscali (ad es. a tutela degli investitori sul mercato o per agevolare la sottoscrizione di particolari tipologie di titoli). In tema di imposte indirette, ad esempio, si è soliti usare la leva delle aliquote per frenare i consumi di prodotti meno meritevoli (si pensi al caso classico dei prodotti superalcolici).

zionali l'impossibilità fattuale di imprimere coerenza alla pretesa tributaria (o, in termini di diritto pubblico, esecutività alla stessa). Il basso grado di *enforcement* finisce per condizionare, vanificandole, le scelte normative a favore dell'imposizione; il basso grado (o nullo) di controllabilità della pretesa tributaria si traduce in non-compliance, distorcendo la concorrenza tra operatori in mercati paralleli. L'impossibilità di tassare nuove fonti o forme di reddito finisce così per ampliare le incongruenze ordinamentali anche in termini di equità impositiva, alimentando nuovi *loopholes* nei sistemi fiscali.

Passi significativi nei controlli possono essere svolti attraverso l'assoggettamento degli operatori in criptovalute agli obblighi antiriciclaggio, consentendo così, attraverso tale canale, l'utilizzo da parte delle Amministrazioni finanziarie dei dati raccolti a fini di antiriciclaggio. Su questa linea, in Europa si muove la disciplina contenuta nella Direttiva europea, c.d. DAC 5, attuata in Italia con il D.Lgs. n. 60/2018 (ed entrata in vigore nel nostro ordinamento a giugno 2018)³⁰.

1.2.1. Il regime IVA delle criptovalute

È noto che il dibattito sull'inquadramento delle transazioni in criptovalute nella disciplina IVA ha – come spartiacque – la decisione assunta il 22 ottobre 2015 dalla suprema Corte di Giustizia Europea (decisione “*Hedqvist*” sulla domanda pregiudiziale posta dalla Corte Suprema Amministrativa Svedese ai sensi dell'art. 267 TFUE³¹). Questa decisione, sebbene abbia affrontato come *petitum* il limitato caso delle operazioni di conversione bitcoin/valuta legale (corona danese), ha ritenuto la fattispecie configurabile come prestazione di servizi a titolo oneroso e, nel con-

³⁰ Direttiva 2016/2258/UE del Consiglio, del 6 dicembre 2016, che modifica la direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda l'accesso da parte delle autorità fiscali alle informazioni in materia di antiriciclaggio. In Italia, si vedano gli artt. 3 *bis* e ss. del decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 29, inserito dal D.Lgs. n. 80/2018.

³¹ Sentenza della Corte di giustizia UE, C-264/14, *Skatterverker vs Hedqvist*.

tempo, inquadrabile tra le operazioni esenti ex art. 135, par. 1, lett. e) della Direttiva n. 112/2006 (di seguito “Direttiva IVA”)³².

La sussunzione della fattispecie nelle prestazioni di servizi e non nelle cessioni di beni ha ovviamente lasciato interdetti i sostenitori nel dibattito dottrinale della natura giuridica dei *bitcoin* quali “beni” (“*property*”, secondo gli orientamenti fiscali assunti fuori dall’Europa, in USA, Australia, Giappone; Russia)³³; analogamente, l’inquadramento delle criptovalute sotto le previsioni della lettera e) dell’art.135, par. 1, della Direttiva IVA (“*divise, banconote e monete con valore liberatorio*”) ha lasciato interdetti i sostenitori della tesi secondo cui le operazioni in *bitcoin* avrebbero una natura “strutturale” ben diversa dai pagamenti in valuta e sarebbero invece meglio inquadrabili tra gli effetti commerciali (quindi sotto la lettera d) del menzionato art. 135 (“*other negotiable instruments*”)³⁴. Questo concetto non è definito nella Direttiva ma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui uno strumento negoziabile (effetto commerciale) deve considerarsi solo quello “che – in assenza di un debito o uno *cheque* – conferiscano titolo ad ottenere una particolare somma di denaro”³⁵.

³² Direttiva del Consiglio 2006/112/CE del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto (G.U.U.E. 347, 11,12,2006).

³³ Considerato che nel sistema europeo dell’IVA tutto ciò che è immateriale è un servizio, la natura di beni assume rilievo soprattutto nel sistema USA. US Internal Revenue Service, 2014, 21 Notice, IRS Virtual Currency Guidance; IRS 2018-71, *IRS reminds taxpayers to report virtual currencies transactions*; sulla stessa linea della “property”, Australian Government, Australian Taxation Office (2018), *Tax Treatment of Cryptocurrencies in Australia – Specifically Bitcoin*; JPN: Ministry of Finance.

³⁴ A favore della natura di strumenti negoziabili (“*negotiable instruments*” ex art. 135, lett. d) o di prodotti digitali dei bitcoin (servizi digitali) si era schierato in un primo momento il Comitato IVA nel 2014 (Vat Committee, Working Paper n. 811/2014). Nel 2015, il Comitato IVA ha riesaminato la questione (Working Paper n. 854/2015), confermando la tesi della natura di strumento negoziabili ex art. 135, (1) lett .d) della direttiva. Ovviamente sia il Comitato IVA sia la Corte europea hanno escluso che i *bitcoin* possano costituire *digital asset* o servizi elettronici.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia UE, C-461/12, *Granton Advertising*.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia UE, C-461/12, *Granton Advertising*.

Senza ripercorrere l'intero percorso logico e le argomentazioni dell'Avvocato Generale e della Corte di giustizia UE a sostegno della decisione, ampiamente commentate dalla dottrina, è utile porre l'accento su due tratti rilevanti della sentenza³⁶. *In primis*, un profilo caratterizzante la decisione della Corte di giustizia UE è ravvisabile nell'approccio esegetico di natura funzionale assunto dall'Avvocato generale e dalla Corte nella sentenza *Hedqvist*. In assenza di riferimenti normativi chiari circa l'estensione dell'esenzione IVA anche a valute non legali, il cardine della posizione della Corte è proprio il principio di neutralità che contraddistingue le origini e la storia dell'IVA quale imposta a favore del libero scambio. Viceversa, una lettura che avesse limitato la portata dell'esenzione *ex art. 135, par. 1, lett. e)* alle sole valute aventi corso legale avrebbe comportato, nell'impossibilità di un diverso inquadramento in altre fattispecie esenti, un ostacolo concreto allo svolgimento delle operazioni, condividendo le criptovalute le medesime difficoltà applicative dell'IVA gravanti sulle altre operazioni finanziarie. Pur non essendo valuta legale, i *bitcoin* svolgono – a detta della Corte – una funzione di mezzo di scambio analoga a quella delle divise legali (*“La loro funzione in una transazione è semplicemente quella di facilitare gli scambi di beni ...”*)³⁷.

In secondo luogo, va sottolineata la limitatezza della domanda oggetto di esame da parte della Corte, che non copre tutti i molteplici aspetti in materia IVA afferenti all'uso di cripto-attività. Accanto allo scambio di criptovalute vs. valuta legale, ipotesi sottoposta alla Corte, si profila lo scambio non solo di criptovalute con beni/servizi, ma anche di criptovalute con altre criptovalute nonché una combinazione delle

³⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di giustizia, C-264/14, 16 luglio 2015. Per commenti, A. Magliocco, cit., 2016; A. Bal, *Taxation, Virtual Currency and Blockchain*, Series on International Taxation 68, Wolters Kluwer, 2019; P. Valente, *Bitcoin and Virtual Currencies Are Real: Are Regulators Still Virtual?*, in *Intertax*, 2018.

³⁷ *Hedqvist*, punti 14-18.

diverse fattispecie che porta ad un concetto più ampio di *asset*³⁸. La dottrina è concorde che le transazioni in criptovalute non possano essere trattate ai fini IVA in modo univoco, secondo una ricetta unica (“*one-fits-all manner*”).

Un’analisi di queste fattispecie è stata svolta dal Comitato IVA a qualche mese di distanza dalla decisione *Hedqvist*³⁹. In coerenza con l’inquadramento della Corte, il Comitato ha ritenuto che l’utilizzo di *bitcoin* per le operazioni di acquisto/prestazione di beni/servizi sia esente ai fini IVA, considerata la natura di mezzi di scambio. In aggiunta, i servizi offerti dai *digital wallet* sono sia “operazioni fuori campo IVA” (quando offerti gratuitamente dai *providers*) sia esenti *ex art.* 135, par. 1, lett. e) in quanto relativi a transazioni concernenti mezzi di pagamento (“*transactions concerning ...*”). I servizi tecnologici connessi alla piattaforma di scambio, in quanto non inquadrabili tra i servizi finanziari, non sono esenti.

Ai fini in esame, non può essere trascurata la sussistenza della qualifica imprenditoriale del soggetto operatore, che, come ben noto, costituisce presupposto soggettivo essenziale per l’applicazione del regime IVA. L’occasionalità dell’attività potrebbe costituire un elemento ostativo alla sussistenza dello status di soggetto IVA (art. 9, co.1, Direttiva IVA: “*Si considera, in particolare, attività economica lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi carattere di stabilità*”). A dire il vero, anche se lo sfruttamento “*on a continuing basis*” sembrerebbe più essere agganciato agli introiti che alla frequenza delle transazioni, non si può escludere che l’attività in criptovalute possa essere svolta solo a titolo privato⁴⁰.

³⁸ La fattispecie sottoposta alla Corte ha riguardato specificamente le operazioni di acquisto e vendita di *bitcoin* in corone danesi attraverso negoziazioni in proprio da parte dell’impresa. Il quesito esaminato non ha quindi riguardato né le operazioni di intermediazione né la valutazione delle operazioni di acquisto/cessione di *token*.

³⁹ Vat Committee, Working Paper n. 892, 4 febbraio 2016.

⁴⁰ A. Bal, cit., 2019: *2the period of time over which those transactions took place and the level of income derived therefrom are not decisive for the existence of an*

Alle ipotesi stilizzate si aggiungono anche altre problematiche. Si pensi, all'attività di *mining* che rimane ancora di difficile inquadramento tra le operazioni imponibili IVA, per le difficoltà insite alla natura dell'estrazione e al carattere anche non continuativo dell'attività, che potrebbe escludere il presupposto della commercialità ai fini IVA. Sul punto, la posizione del Comitato IVA (n. 892/2016) esclude che l'attività di *mining* sia soggetta a IVA ("operazione fuori campo"), nei casi in cui il *miner* non riceva una *fee* per lo svolgimento dell'attività.

Nel caso di pagamento di una *fee*, invece, l'attività di *mining* deve considerarsi esente: solo in questo caso, infatti, sussisterebbe la struttura di una prestazione di servizi, cioè un legame tra il prestatore e il ricevente. A ben vedere, l'attività di *mining* è particolarmente complessa in quanto il premio (*reward*) che deriva dalla soluzione degli algoritmi non solo è eventuale ma non viene riconosciuta al *miner* dai clienti quali parti delle transazioni "certificate": manca il rapporto sinallagmatico tradizionalmente inteso. Il requisito della "relazione legale" tra le parti sembrerebbe però rintracciabile anche in un accordo preventivo e la "remunerazione" può derivare, ai sensi dell'art. 73 della Direttiva IVA, anche da terze parti. Sotto questo profilo potrebbe ritenersi sufficiente quanto previsto dal protocollo delle singole criptovalute⁴¹. L'esercizio imprenditoriale dell'attività di *miners*, quale ulteriore requisito per l'assoggettamento alla disciplina IVA sembrerebbe *in re ipsa*, stanti le dotazioni necessarie per lo svolgimento dell'attività.

L'evoluzione ormai avviata nel mercato delle criptovalute, attraverso il loro utilizzo come "*asset*" per la costruzione anche di pacchetti finanziari in occasione delle *initial coin offering*, induce a pensare ad una connessa evoluzione sul piano dell'inquadramento delle operazioni di

economic activity as all those circumstances also fall within the scope of the management of the personal property". L'Autrice segnala come l'incertezza della nozione di "*taxable person*" a livello europeo si traduca in incertezza nei singoli ordinamenti. Sull'interpretazione dell'art.9 (1) della Direttiva IVA, sentenza della Corte di Giustizia dell'UE, C-520/14, *Gemeente Borsele*.

⁴¹ In tal senso Vat Committee, cit., 2014.

offerta di *token* nell'alveo degli strumenti finanziari. La decisione *Hedqvist* della Corte europea non può essere applicata *tout court* alle operazioni di vendita di token emessi nel corso delle ICOs per la raccolta di risorse destinate a finanziarie i progetti indicati nel programma della singola offerta (vedi *infra*).

2. Il regime fiscale delle criptovalute in Italia

2.1 L'evoluzione nella prassi dell'Agenzia delle Entrate

In assenza di norme fiscali *ad hoc* che disciplinino le nuove operazioni afferenti alle criptovalute, le prime questioni sono state risolte dall'Amministrazione finanziaria in sede di interpello. Al momento (marzo 2019) sono disponibili tre documenti di prassi, attraverso i quali l'Agenzia delle Entrate ha cercato, con un approccio "adattivo", di sussumere le questioni prospettate dagli interpellanti in istituti e nozioni in uso sia nel campo dell'imposizione indiretta sia in quello delle imposte dirette. Questa logica interpretativa, rispondente al principio della necessaria completezza del sistema normativo, si scontra però con una realtà, come quella delle operazioni digitali, difficilmente riconducibili allo scenario normativo vigente.

Nella ricostruzione delle posizioni dell'Agenzia delle entrate sul tema è utile seguire specificamente la cronologia delle tre risposte (la prima nel 2016, la seconda e la terza nel corso del 2018). Il riferimento temporale è di particolare ausilio in quanto dà conto delle evoluzioni nel frattempo intervenute sulla materia anche sul piano ordinamentale (ad esempio, nella disciplina antiriciclaggio). Una lettura "statica" delle posizioni dell'Agenzia delle Entrate non aiuterebbe a capire gli sforzi che sono stati necessari per tentare di sistematizzare quanto più possibile le posizioni fiscali assunte; viceversa, un'analisi "storicizzata" delle

soluzioni adottate aiuta a dissolvere apparenti distonie evidenziate nei primi commenti dottrinali.

a) La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 72/E del 2016

Nella prima risoluzione con la quale l'Agenzia delle Entrate affronta il tema della tassazione dei *bitcoin*, la fattispecie presa in esame è analoga a quella sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia UE in merito all'attività di conversione da parte di un soggetto commerciale di *bitcoin* in euro⁴².

Ai fini della qualificazione delle operazioni ai fini IVA, l'Agenzia, conformandosi pienamente alla decisione della Corte di giustizia UE nel frattempo intervenuta, ha riconosciuto, per le transazioni *bitcoin* vs. euro, la natura di prestazioni di servizi assoggettabili al regime d'esenzione previsto per i pagamenti in valuta *ex art.* 135, par. 1, lett. e). Ha quindi escluso l'inquadrabilità delle criptovalute tra i prodotti digitali ("*intangible asset*") o gli strumenti finanziari ("*securities*"). I profitti conseguiti quale remunerazione delle operazioni "valutarie" svolte sono considerati esenti ai sensi dell'art.10, comma 1, n. 3 del decreto IVA (d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633). In particolare sono esenti ai fini IVA le commissioni pari alla differenza tra l'importo corrisposto dal cliente per l'acquisto/vendita di *bitcoin* e il miglior prezzo di mercato cui l'operatore accede per la realizzazione dell'operazione. Nella fattispecie esaminata, l'Agenzia non si dilunga né sul carattere imprenditoriale dell'attività né sul luogo dell'operazione, presupposti per l'inquadramento dell'operazione ai fini Iva, dando per scontati rispettivamente la natura economica dell'attività svolta dal soggetto istante e l'assenza di obblighi di fatturazione afferenti alle operazioni esenti (anche nel caso di eventuali operazioni B2B *cross-border*).

Nella stessa risoluzione, si affronta – quale secondo interrogativo – anche il regime applicabile ai ricavi realizzati dall'*exchanger* ai fini

⁴² Agenzia delle Entrate, Risposta all'interpello del 2 settembre 2016, n. 72/E.

IRES/IRAP che, trattandosi di proventi (costi) di una mera attività d'intermediazione, sono agevolmente inquadrabili quali elementi positivi (negativi) di reddito ai fini della tassazione societaria⁴³. Di particolare rilievo è il criterio indicato per la valutazione di fine esercizio delle valute in disponibilità a fine esercizio. Ai fini della valutazione in base all'art. 9 del TUIR, l'Agenzia risolve il problema del mercato di riferimento, rinviando alla “*media delle quotazioni ufficiali rinvenibili sulle piattaforme on line in cui avvengono le compravendite*” (che, anche se non specificato, deve presumersi siano quelle utilizzate dal contribuente).

Incidenter tantum, l'Agenzia fornisce un primo chiarimento anche in tema di imposizione personale delle controparti (persone fisiche), specificando che trattandosi di operazioni a pronti, gli eventuali guadagni da esse derivanti non sono rilevanti ai fini Irpef né sono richiesti adempimenti di sostituzione di imposta a carico dell'*exchanger*.

Nei commenti svolti sulla risoluzione è stato sottolineato un approccio particolarmente prudente dell'Agenzia, diretto presumibilmente ad evitare, laddove non richieste, soluzioni non pacifiche sul tema. A ben vedere, nella risposta un profilo particolarmente innovativo – sebbene *ultra vires* – è riscontrabile nella piena equiparazione nella risoluzione degli *exchanger* ai cambiavalute anche ai fini degli obblighi di adeguata verifica della clientela ai fini antiriciclaggio, anticipando in tal senso le modifiche normative al D.Lgs. n. 231/2007, poi apportate nel 2017 con il D.Lgs. n. 90/2017⁴⁴.

b) la risposta dell'Agenzia delle Entrate all'interpello n. 956-39 (istanza del 22.1.2018)

Nel secondo documento di prassi l'Agenzia ha dovuto affrontare una fattispecie ben più complessa di quella sottoposta con il primo interpello, riguardante il trattamento fiscale ai fini Irpef delle plusvalenze

⁴³ E. Mignarri, *Bitcoin e criptovalute: il trattamento fiscale delle valute virtuali*, in *Bancaria* n. 7/8, 2018.

⁴⁴ Il D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 90 (G.U. n. 140 del 19 giugno 2017) ha dato attuazione alla direttiva (UE) 2015/849 (c.d. IV Direttiva Antiriciclaggio).

conseguite da un lavoratore dipendente frontaliero (in Svizzera) derivanti da un'operazione di investimento in oro (depositato all'estero) dietro cessione di *bitcoin*.

In quest'occasione, l'Agenzia si è potuta avvalere delle modifiche normative nel frattempo intervenute (2017) che hanno introdotto una definizione – seppure ai fini specifici di antiriciclaggio – di valuta virtuale (“*rappresentazione digitale di valore*” ... “*utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi* ...”). Si ricorda che lo stesso intervento normativo ha incluso gli operatori in valute virtuali tra i soggetti tenuti alle segnalazioni richieste dal cosiddetto monitoraggio fiscale⁴⁵.

Nella risposta all'interpello in esame, l'Agenzia, dopo aver confermato la natura dei *bitcoin* quali mezzi di scambio (o strumenti di pagamento) sulla scia della nuova definizione *ex lege* ai fini antiriciclaggio, si interroga sulla natura dei *wallet*, cioè dei portafogli elettronici nei quali i *bitcoin* sono elettronicamente immagazzinati.

Pur riconoscendo le diverse specificità tecniche dei *wallet* sul mercato (*wallet* sotto forma di *app*, chiavi *usb*, meri *link* nel *web*, ecc.), l'Agenzia assimila indifferenziatamente i *wallet* ai depositi in “valuta”. Da questa assimilazione sul piano fattuale tra *wallet* e deposito in valuta discende per le persone fisiche l'applicazione della disciplina sulle plusvalenze valutarie ai sensi dell'art. 67, comma 1, lett. c) e comma 1 *ter*, TUIR: l'imponibilità delle eventuali plusvalenze conseguite dalla cessione a pronti dei bitcoin è limitata ai casi in cui la giacenza media della “valuta” superi un controvalore di 51.645,69 euro per almeno sette giorni lavorativi nell'anno. Questa ricostruzione è stata particolarmente oggetto di critiche nei primi commenti: è stata in particolare evidenziata l'assenza nel *wallet* delle caratteristiche di un deposito, soprattutto nel caso di *non cu-*

⁴⁵ Art. 1 del D.L. n. 167/1990, convertito con modificazioni dalla legge n. 227/1990 che richiama gli operatori di cui all'ar.3, co. 5, lett. i) del D.Lgs. n. 231/2007, cioè “i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, limitatamente allo svolgimento dell'attività di conversione di valute virtuali da ovvero in valute aventi corso forzoso”.

stodial wallet (in genere, negli *hardware wallet*, quali quelli sotto forma di *usb*), dove può mancare il rapporto di deposito presso terzi delle valute e il *custodian* si limita generalmente al servizio di fornitura delle chiavi private senza alcun rapporto gestorio del deposito⁴⁶.

Sempre con riferimento alle persone fisiche e ai soggetti equiparati, l'Agenzia conferma la rilevanza delle plusvalenze nei contratti a termine (e nei contratti differenziali – CFD) in *bitcoin* quali redditi diversi di natura finanziaria ai sensi dell'art.67, co.1, lett. c-quater del TUIR e l'assoggettabilità delle stesse plusvalenze a imposta sostitutiva (con aliquota ordinaria del 26%) nella dichiarazione annuale dei redditi (quadro RT)⁴⁷.

Il profilo che ha suscitato *prima facie* più perplessità nella risposta in esame si incentra sulla qualificazione dei *bitcoin* tra le “altre attività estere di natura finanziaria”, ai fini dell'assoggettamento degli stessi agli obblighi di comunicazione mediante la compilazione del quadro RW della dichiarazione dei redditi delle persone fisiche.⁴⁸ Sulla base delle posizioni pregresse dell'Agenzia, anche le attività finanziarie estere quando detenute in Italia al di fuori del circuito degli intermediari residenti sono soggette agli obblighi di comunicazione in questione.

Le critiche si sono appuntate non tanto sulla qualifica finanziaria di tali attività quanto sulla natura estera delle stesse che presupporrebbe un qualche nesso con l'estero (ad es. la natura estera del *custodian*). Né a tal proposito si può ritenere adottabile il criterio logico residuale del “*tutto ciò che sia diverso da ...*” in base al quale tutte le valute diverse da quella legale siano da assimilare alle valute estere. Su questo punto non è poi chiaro se il quadro RW debba essere compilato per ogni ammontare di *bitcoin* detenuti o solo quando la giacenza sia superiore a un

⁴⁶ Per una ricostruzione delle diverse tipologie di *wallet*, EBA, cit., 2019.

⁴⁷ Sui criteri di distinzione tra operazioni a pronti e a termine, E. Mignarri, cit., 2018.

⁴⁸ Art. 4 del D.L. n. 167/1990. Si veda sul punto la circolare 23 dicembre 2013, n.38/E che specifica che sono soggetti agli obblighi di comunicazione in questione anche le attività finanziarie estere detenute in Italia al di fuori del circuito degli intermediari residenti.

controvalore di 15.000 euro, soglia prevista per i depositi e conti correnti. I sostenitori dell'applicabilità della soglia traggono sostegno dalla ripetuta assimilazione dei *wallet* ai depositi all'estero per i quali si applica la soglia dei 15.000 euro⁴⁹. Essendo gli obblighi di comunicazione del quadro RW corredati di un pesante meccanismo sanzionatorio, che distingue la provenienza estera tra paesi *black list* e paesi non *black list*, è agevole prevedere difficoltà per gli accertatori nel comminare le sanzioni più elevate relative ai paesi *black*. Stante l'incertezza della norma applicabile ai *bitcoin*, sarebbe infatti facile l'annullabilità degli atti di contestazione, con evidente discriminazione tra violazioni sostanzialmente analoghe in termini di "opacità"⁵⁰. Analogo paradosso si determina con riferimento all'allungamento dei termini di accertamento previsto per attività in paradisi fiscali ex art.12 del D.L. n. 78/2009.

Non vi è dubbio che il *nexus* con l'estero appaia di per sé l'aspetto più delicato e spinoso della costruzione interpretativa. Questi dubbi si riflettono anche nei chiarimenti offerti dall'Agenzia con riferimento all'applicabilità dell'IVA FE. L'Agenzia, infatti, precisa che i depositi in *bitcoin* non sono soggetti all'imposta sul valore dei prodotti finanziari, dei conti correnti e dei libretti di risparmio detenuti all'estero dalle persone fisiche nel territorio dello Stato, in quanto "*tale imposta si applica ai depositi e conti correnti esclusivamente di natura bancaria*". Quest'appiglio normativo, sebbene risolutivo di per sé per escludere l'applicabilità dell'IVA FE, non risolve a monte il problema di fondo relativo alla localizzazione delle attività in *bitcoin* che, come sopra segnalato, potrebbero essere e detenute e gestite direttamente in Italia.

⁴⁹ E. Mignarri, cit., 2018.

⁵⁰ S. Capaccioli-D. Deotto, *Bitcoin in RW, il bivio della "chiave"*, in *Il Sole 24 Ore*, 23 aprile 2018, che hanno rilevato come, stante il doppio sistema sanzionatorio a presidio degli obblighi del quadro RW (3-15% o 6-30%) dell'importo non dichiarato) a seconda del paese estero *black* o non *black list*, l'Amministrazione finanziaria giocoforza applicherà le aliquote ordinarie (3-15%).

c) la risposta dell'Agenzia delle Entrate all'interpello n. 14/E del 29.9.2018

Particolarmente innovativo è l'oggetto del terzo interpello esaminato dall'Agenzia: il quesito riguarda il trattamento fiscale da riservare ai diversi attori coinvolti in un'operazione di raccolta di fondi – *Initial coin offering*, ICOs – effettuata attraverso *crowdfunding* in criptovalute e in valuta corrente ed emissione di *utility token* rappresentativi di diritti di acquisto di beni e servizi predeterminati. Il quesito principale verte proprio sul trattamento fiscale da riservare alle operazioni di cessione di *token* rientranti nella tipologia specifica degli *utility token* ai fini delle imposte dirette e indirette⁵¹.

L'Agenzia, pur non disponendo del documento chiave previsto per ogni ICO, ossia il *white paper* o programma di offerta, intraprende un percorso del tutto inesplorato sul piano fiscale né ancora consolidato sul piano civilistico e regolamentare, fornendo chiarimenti del tutto innovativi per l'Amministrazione finanziaria. Come in altre occasioni, l'Agenzia adotta un approccio esegetico “funzionale”, mirato a fornire precisazioni sulla fattispecie sostanziale solo e nella misura in cui le stesse siano utili ai fini dell'inquadramento fiscale. Nulla viene a tal proposito precisato – in quanto fuori dalle competenze istituzionali dell'Agenzia - in merito alla natura sul piano negoziale degli *smart contract* tra la società emittente gli *utility token* e i sottoscrittori degli stessi per la prevendita dei beni e servizi (tutela del consumatore, della trasparenza, ecc.).

L'operazione di cessione viene valutata ai fini fiscali sia in fase iniziale di emissione ad opera della società promotrice dell'ICO, sia in fase successiva quando i *token* vengano acquistati sul “secondario” tramite le piattaforme di scambio. In aggiunta, come anche richiesto dall'interpellante, viene indicato il trattamento fiscale dei compensi of-

⁵¹ Secondo quanto riportato dall'Agenzia, il progetto sottoposto nelle sue linee generali prevede, quale oggetto dell'*utility token*, il diritto a fruire di servizi per la diagnosi dell'infertilità inspiegata presso i laboratori della Società emittente.

ferti ai dipendenti sotto forma di *token*. Nella ricostruzione dei profili fiscali per la società emittente vengono richiamati sia gli orientamenti assunti nei precedenti documenti di prassi - in materia di regime di esenzione IVA delle operazioni di conversione criptovalute *vs.* valute ordinarie – sia in tema di imposte societarie. Sotto quest’ultimo profilo gli introiti derivanti dalla cessione dei *token* non assumono rilevanza fiscale né ai fini IRES né ai fini IRAP all’atto dell’assegnazione dei *token* stessi ma solo al momento della cessione dei beni e della prestazione dei servizi indicati dal *token*.

Con riferimento al regime IVA dei *token*, l’Agenzia centra la sua posizione sull’equiparazione dell’*utility token* a un buono-corrispettivo (*voucher*) che conferisca al detentore il diritto a beneficiare di determinati beni e servizi.

La ricostruzione dell’Agenzia è a favore della irrilevanza ai fini IVA al momento dell’emissione e delle successive cessioni a terzi del buono corrispettivo, ma, come sottolineato dalla stessa Agenzia, è da considerarsi una tesi caduca, in quanto antecedente all’entrata in vigore della nuova disciplina IVA adottata dal D.Lgs. n. 141/2018 in attuazione della Direttiva UE 2016/1065 sul trattamento dei buoni.

La nuova disciplina successivamente intervenuta (art. 6 *bis* e ss. del d.P.R. n. 633/1972) richiede ora un attento percorso logico. Andrebbe *in primis* valutata la ricorrenza dei requisiti indicati dalla nuova disciplina per la nozione di buono-corrispettivo di cui all’art. 6 *bis* del d.P.R. n. 633/1972 (“*uno strumento che contiene l’obbligo di essere accettato come corrispettivo o parziale corrispettivo a fronte di una cessione di beni o di una prestazione di servizi e che indica, sullo strumento medesimo o nella relativa documentazione, i beni o i servizi da cedere o prestare o le identità dei potenziali cedenti o prestatori, ivi incluse le condizioni generali di utilizzo ad esso relative*”)⁵².

⁵² Assonime, Imposta sul valore aggiunto: disciplina dei buoni-corrispettivi, Circolare n. 6/2019.

Una volta accertata la natura di voucher, sarà poi possibile verificare se i *token* in esame configurino *voucher* monouso o multiuso⁵³. Qui il *discrimen*, come ben sottolineato dalla dottrina, non è la mera identificabilità dei beni/servizi *a priori*, quanto la conoscenza *ex ante* della disciplina IVA applicabile agli stessi beni e servizi cui il buono dia diritto (artt. 6 *ter* e 6 *quater*, d.P.R. n. 633/1972)⁵⁴. Pertanto perché si possa parlare di buono monouso occorre l'identificazione *ex ante* di tutti gli elementi necessari per il corretto assoggettamento a IVA dell'operazione. In questo caso, l'emissione di *token*, quale *voucher* monouso, sarà imponibile ai fini IVA già all'atto dell'emissione, mentre l'imponibilità sarà rinviata al momento del "riscatto" (utilizzo) nel caso invece di *token* inquadrabili quali voucher multiuso. È dubbio, stante l'utilizzabilità anche sul circuito estero, che questi *token* possano agevolmente rientrare nella definizione di buono monouso. Anche quando questa configurazione fosse possibile, va ricordato che i passaggi dei voucher monouso sul "secondario" andrebbero considerati rilevanti ai fini IVA per ogni trasferimento (cessione a catena) prima del riscatto, che sarebbe senza applicazione IVA. Viceversa in caso di buono multiuso, soggetto a IVA solo al momento del riscatto, saranno irrilevanti i passaggi intermedi in quanto configuranti mere movimentazioni finanziarie⁵⁵.

È ragionevole ritenere che nella maggior parte dei casi gli *utility token* emessi in sede ICO siano configurabili come *voucher* multiuso e quindi, ai sensi dell'art.6 *quater* del d.P.R. n. 633/1972 l'operazione di cessione e prestazione di servizi assuma rilevanza solo all'atto del "riscatto" dei beni e dei servizi.

⁵³ Assonime, cit., 2019.

⁵⁴ Assonime, cit., 2019. La distinzione tra mono e multiuso "*attiene non alla gamma o quantità di beni o servizi che possibile acquistare con il buono, ma alla possibilità di effettuare cessioni imponibili o non imponibili mediante l'utilizzo di tale strumento*" (Circolare n. 6/2019, p. 10).

⁵⁵ In tal senso, M. Mantovani - B. Santacroce, *Voucher monouso, tassazione al momento dell'emissione*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 marzo 2019.

Sul quesito riguardante l'erogazione di compensi sotto forma di *token* ai dipendenti e agli amministratori della società emittente, l'Agenzia non ha dubbi nel ritenere che si tratti di forme di retribuzione e quindi di redditi da lavoro dipendente (per i dipendenti) e assimilato (per gli amministratori) e come tali assoggettati alle regole ordinarie di tassazione (o a ritenute alla fonte) previste dal TUIR (fuori, ovviamente, dai casi di esclusione previsti per i *fringe benefit*).

Di particolare rilievo è infine l'inquadramento tra i redditi diversi di natura finanziaria *ex* art. 67, comma 1, lettera c *quater*), TUIR, degli eventuali guadagni derivanti dalla cessione dei *token* da parte di persone fisiche non imprenditori. In questi casi, l'operazione viene assimilata a tutti gli effetti a un derivato su strumenti finanziari, soggetto a imposta sostitutiva (ad aliquota del 26 per cento)⁵⁶. A ben vedere, in luogo dell'assimilazione a uno strumento finanziario sarebbe stato più in linea con l'inquadramento degli *utility token* l'inclusione dei proventi nell'ambito della lettera c-*quinquies*) dell'art. 67, comma 1, TUIR, norma di chiusura, ricomprendente fattispecie residuali che originano differenziali (positivi o negativi) in dipendenza di un evento incerto.

3. Conclusioni

Dopo dieci anni dall'avvio del mercato delle valute virtuali, le evoluzioni del fenomeno hanno reso ancora più complesso definirne i prodotti sotto i diversi profili di indagine.

Di questa repentina evoluzione si ha traccia anche nei cambiamenti nominalistici (*nomen nominis*): dal termine “criptovalute”, utilizzato nella prima fase di avvio del mercato – in cui l'interrogativo principale verteva sulla natura o meno di mezzi di pagamento e sull'ipotetica assimilazione alle valute (legali) correnti – si è passati, in una seconda fa-

⁵⁶ V. Vallefuoco, *Criptovalute, tassata al 26% la plusvalenza sui token*, in *Il Sole 24 Ore*, 29 settembre 2018.

se, all'uso a livello internazionale (G-20, FATF, EBA) del termine “*cryptoasset*”, omnicomprensivo, in grado di ricomprendere prodotti di diversa natura (*currencies*, derivati, *securities token* e gli altri prodotti e strumenti finanziari con funzioni di investimento, diritti su beni/servizi). Un nuovo termine si sta diffondendo sui mercati, “tokenizzazione”, cioè la diffusione di *token* rappresentativi delle attività tradizionali (*commodities*, prodotti/sevizi, strumenti finanziari).

In questa seconda fase del mercato (crypto.2) è sorprendente il processo di ibridazione dei prodotti che, come segnalato dalle Autorità europee (EBA e ESMA), spinge a rifiutare una soluzione regolamentare “*one size fits all*”. Nonostante l'ampio consenso nel dibattito accademico e politico a favore di soluzioni condivise a livello internazionale, i singoli stati stanno dando risposte frammentarie o, in alcuni casi (Malta, Svizzera, Lussemburgo), dirette a creare un ecosistema attrattivo sul piano della concorrenza ordinamentale.

Anche sul piano fiscale è ampiamente condivisa l'idea di soluzioni comuni a livello internazionale, ma nel frattempo gli stati si stanno muovendo con un approccio adattativo. Il basso grado di *enforcement* finisce per condizionare, vanificandole, le scelte normative a favore dell'imposizione. Il basso grado (o nullo) di controllabilità della pretesa tributaria si traduce in *non-compliance*, distorcendo la concorrenza tra operatori in mercati paralleli. L'impossibilità di tassare nuove fonti o forme di reddito finisce così per ampliare le incongruenze ordinamentali anche in termini di equità impositiva, alimentando nuovi *loopholes* nei sistemi fiscali.

In questa fase, sul piano della *tax policy* è auspicabile un bilanciamento tra protezione degli investitori e consumatori e sviluppo dell'innovazione. In tale ambito si muove l'Agenzia dell'Entrate che, in assenza di un chiaro quadro di riferimento giuridico e regolamentare, ha fornito importanti chiarimenti attraverso i primi orientamenti di prassi.

In questo sforzo costruttivo, aperto all'innovazione, in attesa di una soluzione normativa a livello internazionale, si ripropone l'interrogativo dell'attualità del sistema di monitoraggio domestico regolato dal decreto legislativo n. 167/90. L'avvento del digitale, privo di *locus actus*, sembra avere minato alle fondamenta il *discrimen* tra attività (finanziarie) estere e non estere. La connaturale connotazione *cross-border* delle criptoattività suggerisce nell'immediato una revisione della disciplina domestica sul monitoraggio fiscale, più volte oggetto di interventi normativi estemporanei e non più adeguata ad ulteriori adattamenti di prassi.

Annotazioni

Annotazioni

Euro 20,00

