



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Dottorato di Ricerca in Diritto ed Impresa

XXX Ciclo

**ECONOMIA DIGITALE E FISCALITÀ,
TRA COOPERAZIONE E COMPETIZIONE.
PROSPETTIVE INTERNAZIONALI E INTERVENTI DOMESTICI**

DOTTORANDA:

Sarah Supino

TUTOR:

Chiar.mo Prof.

Fabio Marchetti

SOMMARIO

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO I

LA DIGITAL ECONOMY: KEY FEATURES E MODELLI DI BUSINESS . 5

1.	LA GENESI DELLA <i>DIGITAL ECONOMY</i> E I TENTATIVI DEFINITORI	5
2.	<i>DIGITAL ECONOMY</i> E INDUSTRIA 4.0.	11
3.	LA PROSPETTIVA DELL'ANALISI.	13
4.	LE <i>KEY FEATURES</i> DELL'ECONOMIA DIGITALE.	14
4.1.	L'utilizzo massivo dei <i>big data</i> . " <i>Data is the new oil</i> ".	14
4.2.	La mobilità e la centralità degli <i>intangibles</i>	21
4.3.	La multilateralità transfrontaliera.	24
4.4.	La centralità del consumatore e dell'utente dei beni e servizi.	29
4.4.1.	<i>L'evoluzione del ruolo del consumatore nella società post-moderna. Dal consumer al prosumer.</i>	29
4.4.2.	<i>Il contributo del consumatore alle scelte dell'impresa.</i>	31
5.	DALLA <i>DIGITAL ECONOMY</i> ALLA <i>DIGITAL COMPANY</i> . I NUOVI MODELLI DI BUSINESS.	35
5.1.	Il <i>crowdsourcing</i>	36
5.2.	Le piattaforme e l'economia collaborativa.	40
5.3.	L' <i>online advertising</i>	46
5.4.	Il cloud computing.	48
5.5.	Big data e modelli di business.	52
5.5.1.	<i>L'utilizzo dei dati nella catena del valore.</i>	52
5.5.2.	<i>Gratuità, onerosità e corrispettività nei servizi online.</i>	56
5.5.3.	<i>Dati e consenso dell'interessato.</i>	60

CAPITOLO II

LE PRINCIPALI PROBLEMATICHE FISCALI DELLA *DIGITAL ECONOMY* 67

1.	IL <i>BEPS ACTION PLAN</i> DELL'OCSE. UN INQUADRAMENTO SISTEMATICO. ...	67
2.	LE QUESTIONI PROBLEMATICHE. PREMessa.	73
3.	IL PROBLEMA DELLA FONTE. I PRINCIPI E I CRITERI DI LOCALIZZAZIONE NEL <i>SOURCE STATE</i> DEI REDDITI PRODOTTI DALLE IMPRESE.	77
3.1.	I limiti alla potestà impositiva extraterritoriale degli Stati.	77
3.1.1.	<i>La prospettiva domestica e la giustificazione costituzionale dell'imposizione.</i>	78
3.1.2.	<i>La prospettiva internazionale e le limitazioni che ne conseguono.</i>	85
3.1.3.	<i>La ripartizione della potestà impositiva nell'imposizione diretta. Premesse e corsi storici.</i>	88

3.1.4. <i>La soluzione degli anni '20 e la prima model tax convention.</i> .	93
3.1.5. <i>Conclusioni sul punto.</i>	101
3.2. Il criterio di collegamento tradizionale e i nuovi scenari. Ricorsi storici?	103
4. IL PROBLEMA DELLA RESIDENZA. L'EROSIONE DELLE BASI IMPONIBILI.	110
4.1. <i>Treaty shopping</i> e norme domestiche.....	111
4.2. Norme domestiche e concorrenza fiscale. Il caso Irlanda-USA.....	114
4.3. <i>Ratio</i> e <i>intentio</i> delle politiche fiscali domestiche. Pianificazione fiscale aggressiva e diritto tributario globale.	120
5. IL PROBLEMA DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA. NUOVE FORME DI IMPOSIZIONE.	124
5.1. La prima fase. Internet come <i>no tax land</i>	126
5.2. L'evoluzione della riflessione e i nuovi indici di capacità contributiva. <i>La bit tax</i> come primo tentativo di teorizzazione.....	129
5.3. Capacità contributiva e dati personali.	134

CAPITOLO III

LE SOLUZIONI PROPOSTE SUL PIANO INTERNAZIONALE: LA POSIZIONE DELL'OCSE E DELL'UNIONE EUROPEA	138
1. LE SOLUZIONI DEL BEPS ACTION PLAN.	138
1.1. Il contrasto alle strategie di elusione della stabile organizzazione... 142	
1.1.1. <i>Le strategie di contrasto alla Artificial avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies</i>	144
1.1.2. <i>Le strategie di contrasto alla Artificial avoidance of PE status through the specific activity exemptions.</i>	151
1.1.3. <i>Le altre strategie di contrasto: il caso dello splitting-up of the contracts.</i>	156
1.1.4. <i>La logica delle proposte, tra contrasto all'abuso e ampliamento del collegamento territoriale.</i>	158
1.2. La <i>virtual permanent establishment</i> . Origini e evoluzione della proposta dell'OCSE.....	161
1.2.1. <i>Il discussion draft del 2014.</i>	162
1.2.2. <i>Il final report del 2015 e la consultazione del 2017.</i>	165
1.2.3. <i>La logica delle più recenti proposte e l'esigenza di modificare il criterio di collegamento ai fini dell'imposizione reddituale.</i> .	170
1.3. La ritenuta alla fonte.	179
1.4. L' <i>equalisation levy</i>	181
1.5. Le soluzioni concordate, tra esigenze di prevenzione della <i>base erosion</i> e estensione del criterio di collegamento.	183
1.5.1. <i>Le scelte avallate dalla comunità internazionale (rectius, dalla maggior parte dei Paesi).</i>	183
1.5.2. <i>L'evoluzione della riflessione internazionale sul tema.</i>	186
2. LA POSIZIONE DELL'UNIONE EUROPEA.....	187
2.1. Le premesse dell'intervento.	189

2.2.	Le proposte di direttiva.	192
2.2.1.	<i>La soluzione strutturale: la presenza digitale significativa. ..</i>	193
2.2.2.	<i>La soluzione transitoria. La digital service tax.</i>	199
2.3.	Criticità e <i>ratio</i> delle posizioni europee.	205

CAPITOLO IV

LE MISURE UNILATERALI INTRODOTTE DAGLI STATI.....		210
1.	PREMESSA.	210
2.	L'ITALIA.....	215
2.1.	L'approccio strutturale o antielusivo. Le misure proposte e quelle introdotte.	215
2.1.1.	<i>La prima "web tax". Struttura, ratio e incoerenza di fondo. .</i>	215
2.1.2.	<i>Stabile organizzazione e utilizzo dell'infrastruttura di rete. ..</i>	218
2.1.3.	<i>Stabile organizzazione e presenza continuativa di attività online.</i>	220
2.1.4.	<i>La stabile organizzazione occulta.</i>	224
2.1.5.	<i>La modifica alla nozione domestica di stabile organizzazione.</i>	229
2.2.	L'approccio procedimentale. Le misure introdotte.	235
2.2.1.	<i>La presunzione di stabile organizzazione nel settore dei giochi e delle scommesse.</i>	236
2.2.2.	<i>La cooperative compliance e la c.d. web tax transitoria.</i>	240
2.3.	L'imposta sulle transazioni digitali.	244
2.3.1.	<i>Breve descrizione del tributo.</i>	245
2.3.2.	<i>La ratio e la struttura del tributo.</i>	246
2.3.3.	<i>Imposta sulle transazioni digitali e digital service tax europea.</i>	252
3.	LA GRAN BRETAGNA E LA <i>DIVERTED PROFIT TAX</i>	254
3.1.	Premessa.....	254
3.2.	La struttura della DPT: fattispecie, base imponibile e aliquota.	256
3.3.	La natura e la funzione della DPT. Un tentativo definitivo.	260
4.	LA FRANCIA.	264
5.	L'UNGHERIA.	267
5.1.	La proposta di introduzione di una <i>bit tax</i>	267
5.2.	L'imposta sulla pubblicità <i>online</i>	271
6.	LA SPAGNA.....	274
7.	L'INDIA.	277
7.1.	La ritenuta sulle transazioni telematiche (c.d. <i>equalization levy</i>). ...	277
7.2.	La <i>digital presence</i> ai fini delle imposte dirette.	281
8.	ISRAELE.	282
9.	GLI STATI UNITI.	283
10.	CONCLUSIONI E CONFRONTO.	285

10.1. L'imposizione reddituale: interventi sostanziali e misure procedimentali.....	285
10.2. Le altre forme impositive: dazi, imposte sui servizi e prelievi su nuovi apporti di valore.	288
CONCLUSIONI.....	292
<i>a)</i> Il ruolo della <i>digital economy</i> nella riflessione fiscale internazionale.	292
<i>b)</i> I termini del problema fiscale.....	294
<i>c)</i> Le soluzioni proposte e i nuovi equilibri internazionali.....	298
<i>d)</i> I paralleli interventi rimediali e perequativi.....	301
BIBLIOGRAFIA.....	I

INTRODUZIONE

Il presente lavoro è finalizzato ad esaminare i modelli di *business* che sfruttano le tecnologie digitali, al fine di indagare l'impatto di tali modelli sui principi e sulle norme fiscali domestiche e internazionali. Queste tematiche sono di assoluta attualità, ove si consideri che, a partire dal 2013, numerosi Stati, indirizzati dall'OCSE (e, di recente, dall'Unione Europea), si sono mobilitati per introdurre misure tributarie destinate a incidere sulle nuove dinamiche economiche, tutte ricondotte all'univoca nozione di *digital economy*.

Non è, invero, agevole individuare una compiuta definizione di *digital economy*, ma può – molto sinteticamente – dirsi che tale fenomeno si riferisce ad un *modo* di atteggiarsi dell'economia medesima, che fortemente risente dell'influenza di internet e, più in generale, delle *Information and Communication Technologies*. In tale accezione, evidentemente, l'economia digitale si confonde e si sovrappone all'economia “tradizionale”, che ben può digitalizzarsi ove scelga di sfruttare le tecnologie dell'informazione nei processi produttivi.

La stessa OCSE, che di recente ha compiutamente esaminato il tema, ha il merito di aver riconosciuto che occorre innanzitutto inquadrare la problematica sotto il profilo economico, individuando il perimetro del fenomeno (*cosa* è cambiato nel fare economia con l'avvento della digitalizzazione), prima di rincorrere le soluzioni; solo a valle di tale – doverosa – analisi pre-giuridica, potrà procedersi con la valutazione delle conseguenti implicazioni fiscali.

Nel presente lavoro, si procederà quindi, in apertura, alla disamina delle *key features*, e cioè degli elementi caratterizzanti dell'economia digitale, scaturiti proprio dal copioso utilizzo delle tecnologie ICT in tutti i settori economici; ci si soffermerà, in particolare, sull'uso massivo dei *big data*, sulla centralità degli *intangibles*, sulla multilateralità e la mobilità dei fattori produttivi e sulla rilevanza del consumatore e dell'utente, che assumono un rinnovato ruolo produttivo nelle dinamiche aziendali digitali. Si proseguirà, poi, con l'analisi dei *modelli di business* contraddistinti da tali caratteristiche, nei quali le *key features* digitali entrano nella catena del valore delle imprese e la connotano di elementi del tutto peculiari. Come infatti si avrà modo di notare, le tecnologie della comunicazione e dell'informazione, modificando di fatto il *modo* di atteggiarsi del fare impresa,

hanno attribuito al dispiegamento dell'attività economica caratteristiche del tutto nuove: tali caratteristiche hanno chiaramente messo in crisi i concetti creati su misura della *old economy* in tutti i settori del diritto, ivi incluso, naturalmente, quello fiscale.

Le problematiche fiscali sono state unitariamente qualificate dalla dottrina come una forma di complessivo “*monadismo reddituale*”: le architetture fiscali delle imprese digitali consentono infatti la creazione di “*stateless income*”, che deriva da un'attività che il gruppo multinazionale svolge in un Paese che non è né quello di residenza della società-madre, né quello in cui sono localizzati i fattori di produzione che generano il reddito. Di qui, la preoccupazione degli Stati e delle Organizzazioni internazionali, che hanno lungamente esaminato l'impatto della digitalizzazione sui sistemi fiscali internazionali, ripercorrendo le fondamenta della fiscalità transfrontaliera, che a tutt'oggi riposano su principi e criteri in gran parte elaborati negli anni '20 dello scorso secolo.

Come si dirà, tale struttura fiscale subisce l'impatto della digitalizzazione da due diverse prospettive: quella – patologica – dell'abuso, determinata dalla pianificazione fiscale aggressiva posta in essere dalle multinazionali (anche) digitali, e quella – fisiologica – della ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati che, che, privilegiando la tassazione negli Stati di residenza e ancorando l'imposizione nei *source state* a criteri di fissità (confluiti nella definizione di stabile organizzazione), ovviamente priva questi ultimi di importanti quote di imposizione.

A tali due ordini di problemi conseguono due differenti soluzioni. La prima, perseguita dall'OCSE nell'*Action Plan on Base Erosion and Profits Shifting*, ha inteso conferire agli Stati importanti strumenti di contrasto alle dinamiche abusive; la seconda è tutt'ora in discussione e si concentra sul tema del *nexus*, *i.e.* sul collegamento tra imprese e Stati che legittima questi ultimi ad assoggettare a imposizione i redditi prodotti dalle imprese nei loro territori. Quest'ultima riflessione si concentra sulla ricerca di un collegamento ancorato alla *presenza digitale* ovvero alla *presenza economica* delle imprese nel *market country*, ma non sembra, ad oggi, accogliere il consenso internazionale. In tale ultima riflessione si è, inoltre, recentemente inserita l'Unione Europea, che ha emanato un pacchetto di

misure specificamente destinate a modificare i profili fiscali delle imprese digitali che operano in Europa.

A *latere* delle suddette riflessioni, si pongono interrogativi di tutt'altro tenore. La fiscalità di Internet non si trova ad affrontare problematiche nuove, ma piuttosto a ripensare alle problematiche già note al pensiero giuridico, da calare tuttavia in un contesto del tutto nuovo. Non stupisce, dunque, che la riflessione sull'estensione del concetto di capacità contributiva trovi nuova linfa nel contesto digitale e possa senz'altro essere ivi calata. Tale impostazione riesce a cogliere nella odierna economia (e società) digitale più di un elemento che può assurgere ad indice di capacità contributiva, nella misura in cui le ICT incrementano la possibilità di interazione sociale e, talora, creano veri e propri ambienti giuridici auto-integrati, nel quale possono manifestarsi espressioni di posizioni di vantaggio del tutto nuove. A tal proposito, molteplici Paesi, come pure la stessa Unione Europea, propongono soluzioni avulse dal contesto dell'imposizione reddituale, volte piuttosto a ricercare nuovi indici di capacità contributiva da assoggettare a nuove forme di prelievo.

Nondimeno, nelle more della riflessione internazionale, alcuni legislatori domestici hanno introdotto, o tentato di introdurre, norme interne volte a regolamentare detta problematica. Alcune norme sono strutturalmente demandate ad operare nell'ambito dell'imposizione diretta, con funzione assai incerta, "a cavallo" tra l'intento di contrastare l'abuso e l'effetto – vano? – di modificare le regole di allocazione della potestà impositiva. Altre misure rappresentano invece interventi in materia di imposizione indiretta, maggiormente (ma non totalmente) svincolate dagli obblighi internazionali.

Come si noterà, tutti gli interventi condividono l'intenzione, dichiarata o implicita, di colpire l'economia digitale in senso lato, identificata, nella maggior parte dei casi, nei cosiddetti "colossi del web". Molte di esse sono dichiaratamente settoriali e, il più delle volte, si rivolgono al mercato della pubblicità *online*, assunto a simbolo della problematica. Tali misure, tuttavia, sovente confliggono con gli obblighi che detti Stati hanno assunto sottoscrivendo le convenzioni contro le doppie imposizioni e, non di rado, si palesano come tentativi più o meno riusciti di *aggirare* gli obblighi o i divieti imposti dalle convenzioni contro le doppie

imposizioni.

CAPITOLO I

LA DIGITAL ECONOMY: KEY FEATURES E MODELLI DI BUSINESS

SOMMARIO: 1. La genesi della *digital economy* e i tentativi definatori. – 2. *Digital economy* e industria 4.0. – 3. La prospettiva dell'analisi. – 4. Le *key features* dell'economia digitale. – 4.1. L'utilizzo massivo dei *big data*. “*Data is the new oil*”. – 4.2. La mobilità e la centralità degli *intangibles*. – 4.3. La multilateralità transfrontaliera. – 4.4. La centralità del consumatore e dell'utente dei beni e servizi. – 4.4.1. L'evoluzione del ruolo del consumatore nella società post-moderna. Dal *consumer* al *prosumer*. – 4.4.2. Il contributo del consumatore alle scelte dell'impresa. – 5. Dalla *digital economy* alla *digital company*. I nuovi modelli di *business*. – 5.1. Il *crowdsourcing*. – 5.2. Le piattaforme e l'economia collaborativa. – 5.3. L'*online advertising*. – 5.4. Il *cloud computing*. – 5.5. *Big data* e modelli di *business*. – 5.5.1. L'utilizzo dei dati nella catena del valore. – 5.5.2. Gratuità, onerosità e corrispettività nei servizi online. – 5.5.3. Dati e consenso dell'interessato.

1. LA GENESI DELLA *DIGITAL ECONOMY* E I TENTATIVI DEFINITORI.

“*La legge di Moore è il principio guida della Silicon Valley: come se i dieci comandamenti fossero racchiusi in uno solo. Afferma che i chip migliorano a un tasso sempre maggiore. Non si limitano ad accumulare miglioramenti, come un mucchio di sassi che diventa più alto se se ne aggiungono altri. I miglioramenti non si sommano, si moltiplicano. Sembra che più o meno ogni due anni la tecnologia divenga due volte migliore. Ciò significa che, dopo quarant'anni di miglioramenti, i microprocessori sono diventati milioni di volte migliori di quelli iniziali*”.

Così Jaron Lanier¹, informatico e saggista statunitense e ardito fautore del cyber-pessimismo, spiega la prima legge di Gordon Moore², che nel 1965 predisse il progresso dei computer. La legge assurge a metafora del vorticoso inarrestarsi del progresso tecnologico, rispetto al quale la sola certezza prevedibile è, per l'appunto, il suo crescente e continuo sviluppo. Si ignora, tuttavia, per quali vie

¹ J. LANIER, *La dignità ai tempi di internet: per un'economia digitale equa*, Milano, 2014.

² Secondo l'enunciato della legge, *la complessità di un microcircuito, misurata ad esempio tramite il numero di transistori per chip, raddoppia ogni 18 mesi (e quadruplica quindi ogni 3 anni)*.

tale sviluppo si manifesterà e, di conseguenza, quali mutamenti determinerà sulla dimensione socio-economica che, di volta in volta, ne subirà l'impatto.

È in ogni caso indiscusso – la storia lo insegna – che tale impatto può assumere contorni rivoluzionari.

Sull'attuale dimensione socio economica e segnatamente a partire dagli anni '90, il dispiegarsi dei rapporti umani, nella sua accezione sociale, prima ancora che economica, ha risentito fortemente del progresso tecnologico manifestatosi nella forma delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (*information and communication technology*, o "ICT"). L'espressione *Information and Communication Technologies* è ormai entrata nel linguaggio corrente e sta ad indicare quel complesso di scienze, tecniche e strumenti funzionali alla raccolta, all'elaborazione e, soprattutto, alla trasmissione delle informazioni. Internet è solo il più dirompente prodotto dell'ICT, che assurge ad antonomasia della digitalizzazione, cui si affiancano (e si sovrappongono) i *software* e gli *hardware*, i dispositivi mobili, i sistemi satellitari, le infrastrutture della telefonia fissa e mobile: tutti strumenti atti a immagazzinare informazioni e dati e a garantirne la circolazione.

Alla luce del ruolo chiave che l'ICT ha assunto nell'attuale panorama socio economico, non v'è chi non veda che essa possa finanche essere eletta a fulcro della nuova rivoluzione (culturale e) industriale, avendo di fatto segnato l'avvento della società dell'informazione³ ed inciso in maniera significativa sulla comunicazione, anche economica, di massa.

Limitando l'analisi – per quanto qui d'interesse – alle sue ripercussioni economiche⁴, la dimensione economica della nuova società dell'informazione di massa ha assunto tratti nuovi e caratteristici ed è stata concettualizzata, più o meno correttamente, come "economia digitale". I tentativi definitivi del concetto

³ Tale espressione, che trova la sua origine in quella di "società post-industriale" ed è stata usata per la prima volta nel 1973 da Daniel Bell, ordinario di sociologia a Harvard, sta ad indicare una società moderna che, giunta al culmine del processo di industrializzazione, deve - per continuare a crescere - concentrare i propri sforzi verso la produzione non più di beni materiali bensì di servizi immateriali. Si veda D. BELL, *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, Penguin, 1973; D. BELL, *The Third Technological Revolution and Its Possible Socioeconomic Consequences*, in *Dissent*, 1989, p. 164; F. WEBSTER, *Theories of the information society*, Londra, 1995; T. PUCCI, *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Inf. Dir.*, 2005, p. 119.

⁴ Per gli effetti sociali della medesima rivoluzione si rinvia alla dottrina citata alla nota precedente.

di “economia digitale” sono molteplici ma, come si avrà modo di osservare, tutti insufficienti o effimeri, in quanto riferiti alle manifestazioni assunte di volta in volta dal progresso tecnologico (ora *internet*, ora i *mobile devices*, recentissimamente la *blockchain*) e quindi rese immediatamente inadeguate dai nuovi e imprevedibili mutamenti determinati da quel medesimo progresso.

Negli anni '90, il concetto di digitalizzazione economica fu coniato negli Stati Uniti e ancorato alla diffusione capillare di internet. Nel 1993, il CERN pubblicò infatti la tecnologia alla base del *World Wide Web*, rendendola liberamente implementabile da chiunque⁵: ben si comprende perché, per economia digitale si sia intesa, in questi anni, soprattutto l'economia che si svolgeva per mezzo di Internet o che era in qualche modo influenzata da tale nuova e rivoluzionaria tecnologia. Fu Don Tapscott⁶ il primo autore a coniare il termine *digital economy* come concetto legato “*not only about the networking of technology [...] but about the networking of humans through technology [that] combine intelligence, knowledge, and creativity for breakthroughs in the creation of wealth and social development*”⁷.

Tali definizioni iniziali trovavano inoltre fondamento nella necessità di emanciparsi dalle precedenti teorizzazioni sulla *information economy* (e, più in generale, sulla *information society*), da intendersi come “*tendenza a lungo termine*”

⁵ Nel 1991, presso il CERN di Ginevra, il ricercatore Tim Berners-Lee definì il protocollo HTTP (*HyperText Transfer Protocol*), un sistema che permette una lettura ipertestuale e non-sequenziale dei documenti. Il 6 agosto dello stesso anno, Berners-Lee pubblicò il primo sito web della storia, presso il CERN, all'indirizzo <http://info.cern.ch/hypertext/WWW/TheProject.html> (cfr. T.J. BERNERS-LEE, R. CAILLIAU, J-F GROFF, B. POLLERMANN, CERN, *World-Wide Web: The Information Universe*, in *Electronic Networking: Research, Applications and Policy*, pp. 52-58, 1992).

Il 30 aprile 1993, il CERN decise di rendere pubblica e liberamente implementabile dagli utenti la tecnologia alla base del *World Wide Web*. Ne seguì un prevedibile ed immediato successo del *World Wide Web*, dovuto alle funzionalità offerte, alla sua efficienza e soprattutto alla sua facilità di utilizzo.

Internet, concepita originariamente come una rete dedicata alle comunicazioni all'interno della comunità scientifica e tra le associazioni governative e amministrative, divenne così una rete cui chiunque poteva accedere.

⁶ D. TAPSCOTT, *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*, New York, 1996.

⁷ Come Dan Tapscott, anche altri autori dell'epoca definirono la *digital economy* focalizzandosi sull'uso di Internet; per tutti, Near Lane la definì come “*the convergence of computing and communication technologies in the Internet and the resulting flow of information and technology that is stimulating all of electronic commerce and vast organisational changes*” (N. LANE, *Advancing the Digital Economy into the 21st Century*, in *Information Systems Frontiers* 1999, p. 317).

verso l'espansione delle attività e dei valori basati sull'informazione e sulla conoscenza relativa alle attività materiali e ai prodotti associati all'agricoltura, all'estrazione e alla produzione”⁸. Per fare un esempio, lo stesso Tapscott ha sostenuto che l'economia digitale comprende due generazioni di attività economica: la prima, informativa, che ha condotto alla *creazione* delle informazioni, concepite tuttavia come statiche; la seconda, incentrata invece sulla *trasmissione* delle informazioni, che riflette le attività, ben più dinamiche e interattive, abilitate da Internet⁹.

Alla fine degli anni '90, il fenomeno del commercio elettronico e delle vendite *online* ha apportato nuovi contenuti alla definizione di economia digitale. Lynn Margherio ridefinì quindi tale concetto, riferendolo ad un'economia fondata su “*Building out the Internet [...] Electronic commerce among businesses [...] Digital delivery of goods and services [...] Retail sale of tangible goods*”¹⁰. La nozione di economia digitale fu, dipoi, gradualmente “contaminata” dai nuovi prodotti della comunicazione e dell'informazione, anche in ragione della capillare diffusione di dispositivi, soprattutto mobili, che hanno rafforzato e migliorato l'interconnessione: si cominciò a parlare di *datafication* (traduzione in dati di fenomeni), *digitalization* (conversione di entità analogiche in entità digitali), *virtualization* (disaccoppiamento dei processi dall'infrastruttura *hardware*) e *generativity* (riprogrammazione e ricombinazione di tecnologie).

La nozione di economia digitale cominciò così ad assumere contorni più sfumati e venne frequentemente segmentata in “macro-aree”, nelle quali l'accento non fu più posto sul commercio elettronico, bensì sulle infrastrutture ICT, distinguendo tra la produzione di tali infrastrutture e l'uso delle medesime nello svolgimento dei processi economici. Si fece strada, in questa fase, la dicotomia tra il “fare digitale”, *i.e.* il servirsi delle tecnologie digitali per lo svolgimento dell'attività di impresa, e “l'essere digitale”, il porre cioè le tecnologie digitali al

⁸ BRYNJOLFSSON, KAHIN, *Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research*, MIT Press, Cambridge, MA, 2000.

⁹ R. BUKHT, R. HEEKS, *Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy*, working paper n. 68, in “*Development Implications of Digital Economies*” strategic research network, funded by the UK's Economic and Social Research Council as part of the Global Challenges Research Fund initiative, Manchester, 2017.

¹⁰ MARGHERIO (a cura di), *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, 1998.

centro di tutti i processi aziendali eleggendole a *core business* stesso dell'azienda¹¹.

Si riconobbe per la prima volta – e si riconosce tutt'oggi – che l'incidenza dell'ICT sul *business* varia da impresa a impresa: talune attività ben si prestano alla digitalizzazione di una o più fasi della loro produzione, mentre altre sono ancora espressione di “*un'economia di calce e mattoni*”¹². I settori altamente tecnologici sono stati identificati come quelli nei quali insistono in maniera determinante sulla catena del valore le attività di ricerca e sviluppo e nei quali la progettazione e la produzione possono essere gestite centralmente e i passaggi industriali della creazione del valore possono essere frammentati e distribuiti ovunque.

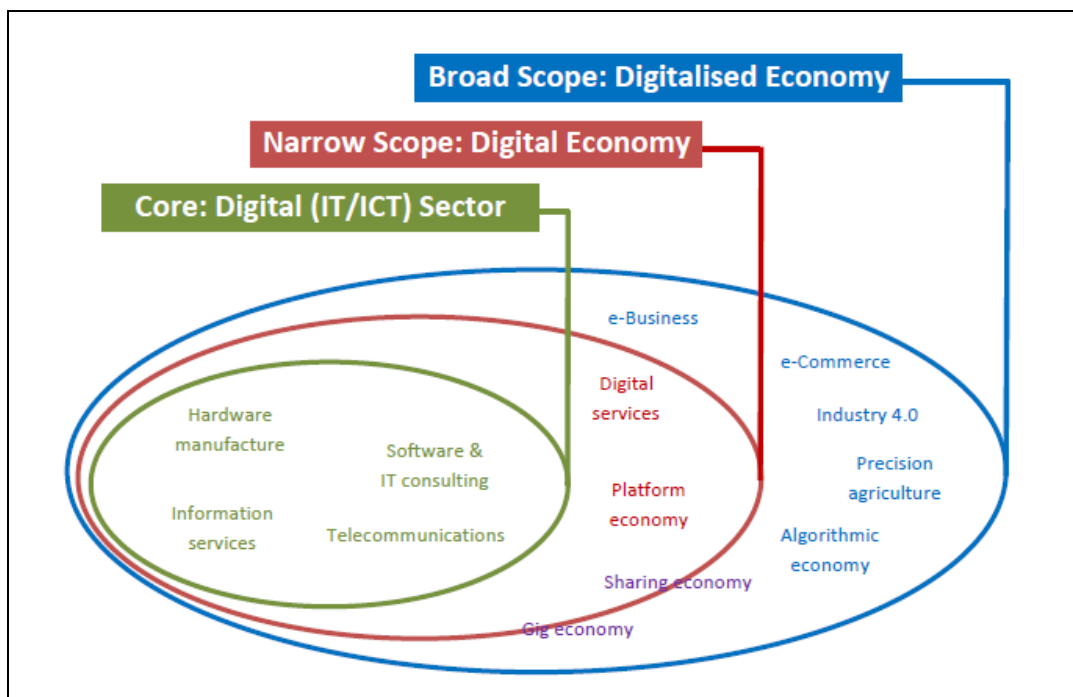
Tentando sin d'ora una primissima esemplificazione (schematizzata nella tabella che segue), è dunque possibile distinguere tra¹³:

- imprese che nascono con un *digital core*, esistono e si sviluppano grazie alla digitalizzazione (*core digital*);
- imprese che non mutano il proprio *core business* ma mutano il proprio modello organizzativo, massimizzando lo sfruttamento dell'evoluzione tecnologica;
- imprese che adottano modelli di business tradizionali e digitalizzano alcune fasi della produzione, senza mutare la propria natura (si parla, in tal caso, di economia digitalizzata, *i.e. digitalized economy*).

¹¹ B. ASEN, C. BLECHSCHMIDT, *Making digital, real and rewarding*, in *Cognizanti*, 2016, p. 2; C. BAHL, *The Work Ahead: The Future of Businesses and Jobs in Asia Pacific's Digital Economy*, in *Cognizant*, 2016, p. 2. Nello stesso senso, Kling e Lamb dividono le componenti dell'economia digitale in quattro aree, in base all'oggetto dell'attività delle imprese: “*prodotti e servizi altamente digitali: sono beni che vengono consegnati in forma digitale e servizi di cui porzioni sostanziali vengono consegnate digitalmente [...]; beni e servizi digitali misti: [...] vendita al dettaglio di beni materiali o servizi; servizi ad alta intensità IT o produzione di beni: servizi che dipendono in modo dall'IT per la loro fornitura [...]; segmenti dell'industria IT che supportano questi tre segmenti dell'economia digitale: i beni e i servizi dell'industria IT che sostengono più direttamente i suddetti tre segmenti dell'economia digitale includono una grande parte della sub-industria di computer in rete, la produzione di PC e la prestazione di servizi di consulenza IT*” (M. KLING, K. LAMB, *IT and organizational change in digital economies*, in *Understanding the Digital Economy*, Cambridge, 2000, p. 295. Per una ricostruzione, cfr. R. BUKHT, R. HEEKS, *Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy*, cit.).

¹² L. HINNEKENS, *Le implicazioni del commercio elettronico sulla tassazione all'origine, e in particolare sui paradigmi di determinazione della stabile organizzazione e l'attribuzione dei profitti senza favoritismi commerciali*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2001, p. 9.

¹³ La tabella che segue è tratta da R. BUKHT, R. HEEKS, *Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy*, cit., p. 14.



Il più recente e compiuto tentativo definitorio di *economia digitale*, propedeutico all'analisi del fenomeno in vista dello studio delle relative problematiche fiscali, si deve all'OCSE che, sul punto, non si differenzia molto dagli autori finora menzionati. Anche l'OCSE ha infatti sottolineato la sempre più sottile differenza tra le nozioni di “economia tradizionale” ed “economia digitale”, in quanto quest'ultimo concetto è una mera declinazione del primo e “*refers to an economy based on digital technologies (sometimes called the internet economy). Increasingly the digital economy has become intertwined with the traditional economy making differences between them less clear*”¹⁴.

I su enunciati tentativi definitori, pur differenziandosi tra loro in ragione degli elementi fattuali valorizzati dalle concettualizzazioni elaborate di volta in volta, hanno tuttavia un fulcro comune. Infatti, quando tentano di enucleare il concetto di *digital economy*, non si riferiscono mai ad un settore dell'economia, né ad un mercato economico autointegrativo, bensì ad un *modo* di atteggiarsi dell'economia medesima, che fortemente risente dell'influenza di internet e, più in

¹⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Expert Group on taxation of the Digital Economy - general issues – working paper*, Bruxelles, 2013. Nello stesso senso si è espresso il Parlamento Europeo, che pure ha affermato che *The digital economy is increasingly interwoven with the physical or offline economy making it more and more difficult to clearly delineate the digital economy. As such, some of the characteristics of the digital economy are on their way to integrate into the more traditional sectors*” (PARLAMENTO EUROPEO, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, Bruxelles, 2015).

generale, dell'ICT. In tale accezione, evidentemente, l'economia digitale si confonde e si sovrappone all'economia "tradizionale", che ben può digitalizzarsi ove scelga di sfruttare le tecnologie dell'informazione nei processi produttivi.

2. **DIGITAL ECONOMY E INDUSTRIA 4.0.**

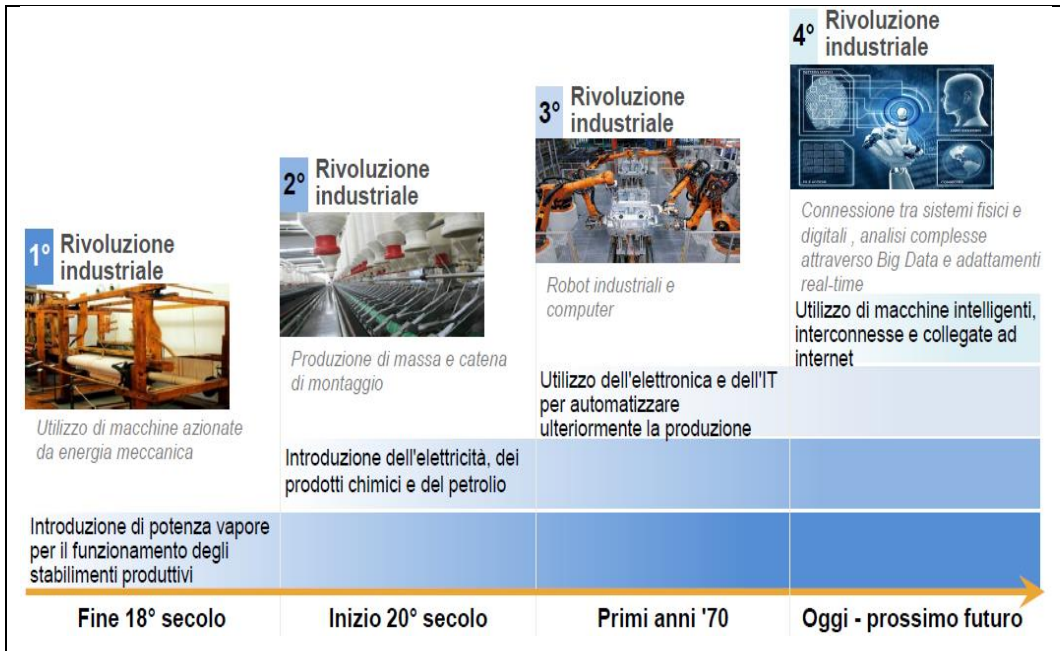
È innegabile che, ad oggi, la digitalizzazione è l'obiettivo di tutte le imprese, anche di quelle medio-piccole, indirizzate nel senso dell'integrazione dei propri *business* con modelli digitali più o meno penetranti. Le nuove tecnologie, anche quando non caratterizzano il *core business* delle imprese, insistono infatti sulla loro catena del valore e tale processo, al momento, è solo ai suoi albori. Si suole definire il nuovo modo di atteggiarsi dell'industria come "industria 4.0.", a volerne volutamente sottolineare il carattere rivoluzionario.

È infatti in corso, nel presente momento storico, una chiara rivoluzione industriale, la quarta conosciuta. Segnatamente, dopo la prima, originata in Gran Bretagna nel XVIII secolo e scaturita dall'applicazione della scienza all'industria (la nota macchina a vapore ne è solo un'antonomasia¹⁵), la seconda, avvenuta alla fine del XIX secolo e associata alla scoperta dell'elettricità e del motore a combustione e all'applicazione del metodo fordista e la terza, ancorata all'introduzione *transistor*, dei computer e di Internet¹⁶, la quarta – attualmente in corso – integra e sintetizza la dimensione reale e quella virtuale. Nasce l'*Internet of Things*" e si accentua l'interconnessione automatica non più solo tra soggetti, ma anche tra oggetti, legati in un *network* che consente loro di interagire, scambiare dati, condividere risultati e adeguare le proprie funzioni a seconda delle

¹⁵In quegli anni, il ferro e l'acciaio iniziarono ad essere usati come risorse energetiche e il carbone, il petrolio e la combustione interna come nuove fonti di energia. Furono inventati il filatoio idraulico, il telaio meccanico che, insieme alla macchina a vapore, consentirono il cambiamento dell'intero apparato produttivo e il passaggio dalla società rurale e artigianale a quella industriale. Contestualmente, nacque il concetto di fabbrica intesa come organizzazione di persone e mezzi, destinata alla produzione di massa.

¹⁶ La terza rivoluzione trasforma gli operai da operatori di macchine a operatori di computer, che diventano strumenti indispensabili nell'attività lavorativa e in particolar modo per accelerare la produzione. L'elettronica divenne da analogica a digitale e diminuì la presenza umana nelle fabbriche (anche in ragione delle sobillazioni sindacali del tempo), soppiantata dai sistemi automatici. La produzione divenne più efficiente, più affidabile e soprattutto più prevedibile.

esigenze della rete stessa¹⁷.

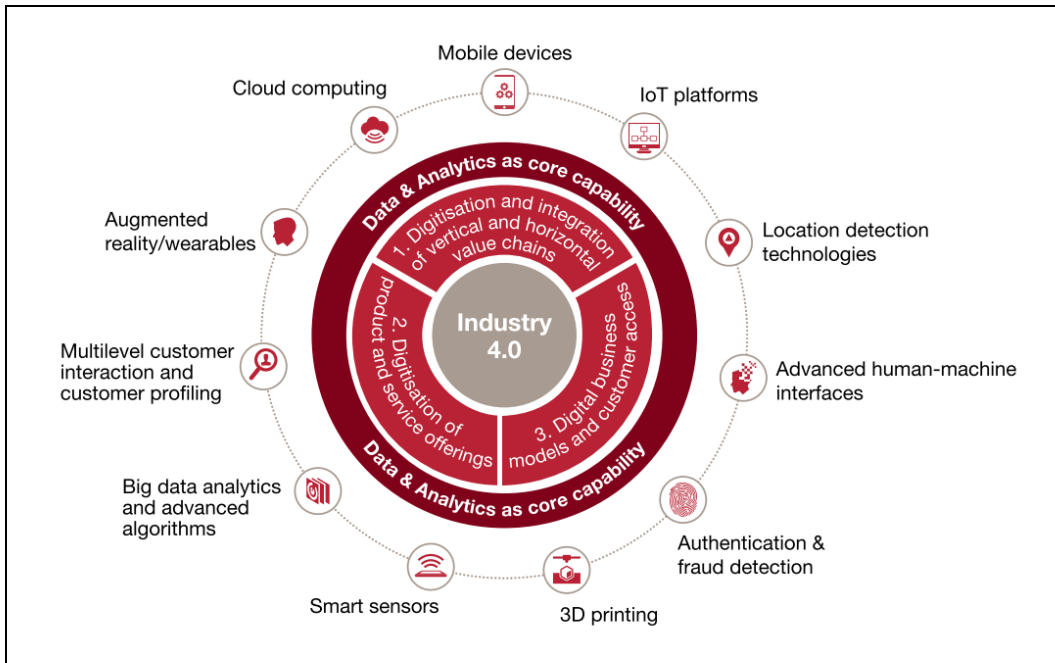


Può subito osservarsi che la c.d. quarta rivoluzione industriale, a differenza delle precedenti tre, non è ancorata ad una specifica scoperta scientifica (che nella prima era la macchina a vapore, nella seconda l'elettricità e nella terza il computer o, più in generale, le tecnologie ICT). Essa è piuttosto una rivoluzione concettuale, che ri-disegna i preesistenti modelli lungo le direttive della digitalizzazione e dell'automazione. È la stessa concezione di impresa, lavoro, economia che viene integralmente rimodulata e ripensata e concepita come una dimensione in cui i tradizionali elementi della produzione non sono più atomistici, ma si fondono in un'*unicum* che è costantemente interconnesso e interattivo.

L'industria 4.0. *declina* quindi il concetto tradizionale di industria – e di economia – in termini digitali e rimodula in quest'ottica gli impianti aziendali, i prodotti, i collegamenti tra imprese e tra queste ultime e i clienti e, più in generale, tutte le fasi che attraversa il ciclo di vita del prodotto, dalla progettazione alla produzione, dall'ingegnerizzazione alla manutenzione, dalla fornitura alla logistica, fino all'immissione in consumo. Le integrazioni sono realizzate

¹⁷ La tabella che segue è tratta da MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *IMPRESA 4.0: strumenti e servizi per la digitalizzazione delle imprese*, Napoli, 2017, in <https://www.slideshare.net/SmouContents/mise-smou-napoli-2017>.

attraverso alcune tecnologie, i suoi “pilastri”¹⁸, di seguito schematizzati¹⁹:



Per la prima volta, l'impresa 4.0. è dotata di una perfetta integrazione orizzontale, creando collegamenti persistenti con altre imprese in una rete che rende l'interazione più efficiente, e verticale, realizzata cioè all'interno della singola impresa, nella quale tutti i livelli della produzione sono in continuo dialogo.

3. LA PROSPETTIVA DELL'ANALISI.

Tutte le concettualizzazioni sin qui illustrate dimostrano che la ricerca forsennata di una definizione univoca di *economia digitale* è invero impossibile, a meno di non cadere in forzate approssimazioni, nonché – dopotutto – superflua, in quanto non aiuta alla disamina di tutte le problematiche che si intendono di volta

¹⁸ Il *Boston Consulting Group* afferma che le fondamenta di Industry 4.0 sono nove: l'automazione, la simulazione dei processi, i *big data*, l'integrazione orizzontale e verticale, l'*Internet of things*, la *cybersecurity*, il *cloud computing*, l'*additive manufacturing* (la realizzazione di prodotti altamente personalizzabili, come avviene con la stampa 3D) e la *augmented reality* (la creazione di una realtà virtuale). Cfr. M. RÜBMANN, M. LORENZ, P. GERBERT, M. WALDNER, J. JUSTUS, P. ENGEL E M. HARNISCH, *Industry 4.0: The Future of Productivity and Growth in Manufacturing Industries*, 09 Aprile 2015, in https://www.bcgperspectives.com/content/articles/engineered_products_project_business_industry_40_future_productivity_growth_manufacturing_industries/.

¹⁹ La tabella che segue è tratta da R. BUKHT, R. HEEKS, *Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy*, cit. p. 10.

in volta risolvere ed esaminare²⁰. In dottrina²¹, si è anche evidenziato che, poiché tutti i tentativi di definire il concetto di economia digitale si sono rivelati inconcludenti ed effimeri, è forse preferibile aderire alla conclusione del giudice supremo della Corte Suprema degli Stati Uniti, Potter Stewart, che ha descritto il fenomeno con un granitico "*we know it when we see it*"²². Del resto, per analizzare le sfide fiscali legate alla crescente importanza dell'economia digitale, occorre comprendere gli effetti reali generati dalla diffusione dell'economia digitale, piuttosto che sforzarsi di individuarne una definizione precisa²³.

Sembra quindi ben più corretto, e senz'altro più utile, impostare l'analisi metodologica da altra prospettiva. Premessa l'interrelazione tra *digital economy* e ICT, può infatti ritrarsi l'insieme delle sue *key features*, e cioè degli elementi caratterizzanti di tale fenomeno, scaturiti proprio dal copioso utilizzo delle tecnologie ICT in tutti i settori economici. Come si avrà modo di notare, le tecnologie della comunicazione e dell'informazione, modificando di fatto il *modo* di atteggiarsi del fare impresa, hanno attribuito al dispiegamento dell'attività economica caratteristiche del tutto nuove: tali caratteristiche hanno chiaramente messo in crisi i concetti creati su misura della *old economy* in tutti i settori del diritto, ivi incluso, naturalmente, quello fiscale.

4. LE KEY FEATURES DELL'ECONOMIA DIGITALE.

4.1. L'utilizzo massivo dei *big data*. "Data is the new oil".

Il primo, più innovativo e senz'altro più dirompente elemento di discontinuità con il passato risiede nell'utilizzo massivo dei dati: "*le conseguenze della società dell'informazione sono sotto gli occhi di tutti: un cellulare in ogni tasca, un computer in ogni zaino e sistemi informativi di ultima generazione nei back-office di tutto il mondo. Ma quello che si nota di meno sono le informazioni*

²⁰ Ed infatti, ogni definizione si focalizza su un peculiare aspetto della problematica: prima *internet*, poi il commercio *online*, poi le tecnologie ICT mobili.

²¹ D. W. BLUM, *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bull. Int. Tax.*, 2015, p. 314.

²² D. HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments*, in *Bull. Intl. Tax.*, 2014, p. 15.

²³ P. HONGLER, P. PISTONE, *IBFD Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, IBFD Working paper, 2015, p. 12.

in quanto tali. Mezzo secolo dopo l'introduzione dei computer nella nostra società, i dati hanno cominciato ad accumularsi in misura tale da creare un fenomeno nuovo e particolare: il mondo è subissato di informazioni come mai prima d'ora e queste informazioni crescono sempre più rapidamente. Il cambiamento di dimensione ha prodotto un cambiamento di stato. Il cambiamento quantitativo ha prodotto un cambiamento qualitativo. Sono state l'astronomia e la genomica²⁴ – che negli anni Duemila hanno sperimentato per prime l'esplosione dei dati – a coniare l'espressione “big data”. E adesso il concetto si sta estendendo a tutti gli ambiti dell'attività umana”²⁵.

Così Mayer-Shomberger e Cukier spiegano in maniera esemplificativa il cambiamento epocale provocato dai *big data*, un fenomeno che ha a che fare con le informazioni, *rectius* con la più copiosa mole di informazioni di cui si ha memoria storica. Le tecnologie ICT hanno, infatti, consentito non solo di raccogliere una grande quantità di informazioni, ma altresì di elaborarle ed analizzarle.

Per *data* si intendono quei fatti, accadimenti, di cui è possibile conservare traccia; l'aggettivo *big* richiama invece un concetto di “larga scala”: una copiosissima mole di dati, infatti, può essere adoperata in molteplici modi, non da ultimo per creare nuove forme di valore. La letteratura non offre una univoca definizione di *big data*, ma le definizioni esistenti tendono a concentrarsi sul volume. Molti autori semplicemente qualificano i *big data* come “grandi aggregati di dati”²⁶, rispetto ai quali “la dimensione dei dati diventa parte del problema”²⁷ o “la dimensione è al di là della capacità di raccolta, archiviazione, gestione e analisi dei tradizionali database”²⁸. È altresì accreditata la dottrina che mette in luce le più rilevanti caratteristiche dei *big data*, racchiuse nella c.d. teoria

²⁴ Si tratta dell'industria della geo-informazione, che per prima ha fatto ampio uso dei *big data*, soprattutto satellitari.

²⁵ V. MAYER-SHOMBERGER, K. CUKIER, *Big data*, Milano, 2013, p. 15.

²⁶ T. MCGUIRE, J. MANYIKA, M. CHUI, *Why Big Data is the New Competitive Advantage*, in *Ivey Business Journal*, 2012, p. 652.

²⁷ G. LOUKIDES, M. *What is data science? The future belongs to the companies and people that turn data into products*, London, 2010, p. 15.

²⁸ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity*, McKinsey & Company, 2011, in https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.ashx.

delle tre V²⁹: Volume (il grande quantitativo di informazioni), Velocità (rapidità di creazione, collazione, elaborazione e analisi) e Varietà (eterogeneità delle informazioni), cui si aggiungono frequentemente la Veracità (affidabilità delle informazioni) e il Valore³⁰.

Per avere una seppur approssimativa esemplificazione della mole di dati raccolti mediante le tecnologie ICT, si consideri che Google processa oltre 24 petabyte di dati al giorno, un volume pari a mille volte la quantità di tutto il materiale di stampa contenuto nella biblioteca del Congresso degli Stati Uniti³¹; nel 2013, la quantità di dati conservati è stata stimata in 1200 exabyte, di cui oltre il 98% in forma digitale³², una quantità di informazioni che, se fossero state racchiuse in libri, avrebbero ricoperto l'intera superficie degli USA cinquantadue volte e, se raccolti in CD-ROM e disposti in pile, avrebbero coperto la distanza Terra-Luna cinque volte³³.

Il collegamento tra le tecnologie ICT e i dati risiede innanzitutto sulla loro raccolta, che può essere effettuata mediante richiesta ai titolari (come nel caso dei dati personali), mediante osservazioni del comportamento degli utenti di internet o, più in generale, mediante altri dispositivi ICT, come quelli geolocalizzanti (ad esempio, l'osservazione delle preferenze su internet richiede ovviamente che l'utente abbia l'accesso alla rete, ma la raccolta di dati sulla localizzazione non esige un collegamento ad Internet, ma ad una fonte satellitare³⁴).

Ben si comprende, quindi, perché la notevole espansione del volume dei dati sia in gran parte determinata dalla confluenza di importanti sviluppi tecnologici, in particolare la crescente diffusione dell'accesso a banda larga e la proliferazione di dispositivi intelligenti come *smart meters*, *smart grid* e *smart transport*; ha naturalmente influito su tale aspetto la grande riduzione dei costi di accesso a

²⁹ M. BEYER, *Gartner Says Solving 'Big Data' Challenge Involves More Than Just Managing Volumes of Data*, Press Release, 2011, in <https://www.gartner.com/newsroom/id/1731916>.

³⁰ P. M. HARTMANN, M. ZAKI, N. FELDMANN, A. NEELY, *Big Data for Big Business? A Taxonomy of Data-driven Business Models used by Start-up Firms*, Cambridge, 2014, p. 21.

³¹ B. DAVENPORT, *How big data is different*, in *Sloan Review*, 2012, p. 37.

³² V. MAYER-SHOMBERGER, K. CUKIER, *Big data*, cit., p. 35.

³³ V. MAYER-SHOMBERGER, K. CUKIER, *Big data*, cit., p. 20.

³⁴ Necessita tuttavia della rete per comunicare tali dati, essendo il GPS un sensore passivo.

Internet e ai dispositivi di ICT³⁵. I dispositivi mobili hanno un ruolo chiave in tal senso, coniugando la raccolta di dati ritratti dalla connessione ad internet o ad altri protocolli su cui scambiare dati localmente (Wi-Fi, Bluetooth, *Near Field Communications* [NFC]) a quelli derivanti dai dispositivi geolocalizzati. Ai comuni telefoni cellulari si affiancano, nel ruolo di *data collectors*, molteplici dispositivi *smart*, che pure raccolgono e trasmettono dati in tempo reale: si pensi agli *smart meters* che raccolgono informazioni sull'energia, o alle *smart cars* in grado di trasmettere dati in tempo reale sullo stato delle componenti e dell'ambiente in cui l'automobile circola³⁶.

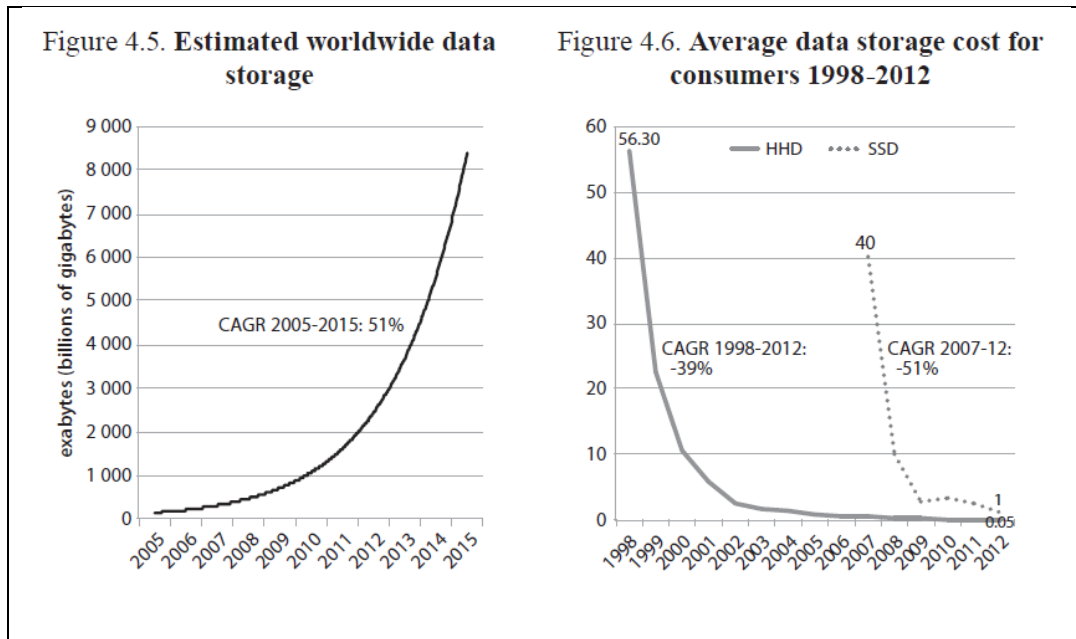
Le medesime tecnologie – ed è questo il vero aspetto rivoluzionario – hanno peraltro consentito di conservare ed elaborare tali dati.

Quanto alla conservazione, essa è stata ampiamente agevolata da un aumento della capacità di calcolo e di capacità di stoccaggio dei calcolatori, cui corrisponde una diminuzione del costo di memorizzazione dei dati medesimi, come illustrato nelle figure che seguono³⁷:

³⁵ Nel 2011, ad esempio, i consumatori in Francia pagavano circa l'equivalente di 33 USD al mese per una connessione a banda larga di 51 Mbit / s rispetto all'equivalenza di 75 USD per una connessione dial-up (1000 volte più lenta) nel 1995 (OECD, *Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by big data*, Parigi, 2013).

³⁶ OECD, *ICT Applications for the Smart Grid: Opportunities and Policy Implications*, OECD Digital Economy Papers, No. 190, OECD Publishing, 2012; OECD, *Machine-to-Machine Communications: Connecting Billions of Devices*, OECD Digital Economy Papers, No. 192, OECD Publishing, 2012.

³⁷ OECD, *Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by big data*, cit., p. 38.



Quanto invece all’elaborazione, l’utilizzo dei dati nelle dinamiche economiche è vario, tuttora, in continua evoluzione³⁸ e, nel complesso, si basa su una o più delle seguenti aree connesse all’innovazione, qui brevemente accennate e più ampiamente descritte nel seguito³⁹:

- creazione di nuovi prodotti (beni e servizi). In tale ipotesi, i dati sono *in sé* prodotti o componenti principali di prodotti e diventano essi stessi oggetto di scambio, con conseguente necessità – ed estrema difficoltà – di far emergere il loro valore latente, che non risiede nel mero possesso dei medesimi, bensì nel loro potenziale di riutilizzo⁴⁰. In tal senso, sono altresì sorte nuove forme di servizi: *Data-as-service*, che tratta i dati in maniera “statica” fornendo l’accesso ad una vasta gamma di informazioni pubbliche e private e il connesso servizio di elaborazione e gestione; *Analytics-as-a-service*, che invece tratta i dati in maniera “dinamica” e li utilizza come base di analisi statistiche, anche in vista di previsione di fenomeni;

³⁸ Ad esempio, mentre la raccolta tradizionale di dati per le società di servizi era limitata alla misura annuale, accoppiata a campionamenti casuali durante tutto l’anno, la misurazione intelligente potrebbe aumentare tale tasso di misura a campioni di 15 minuti, un aumento di 35 000 volte la quantità di dati raccolti (OCSE, *Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by big data*, cit.).

³⁹ OECD, *Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by big data*, cit..

⁴⁰ Non a caso, molti detentori di dati non optano per formule contrattuali a corrispettivi fissi, ma piuttosto si garantiscono una partecipazione percentuale al valore estratto dai dati medesimi. Cfr. MAYER-SHOMBERGER, CUKIER, *Big data*, cit., p. 165.

- ottimizzazione o automazione dei processi di produzione o di distribuzione. Si pensi, ancora, ai già citati dispositivi “intelligenti”, che utilizzando i dati migliorano l'efficienza nella distribuzione di risorse energetiche (*smart grids*), o nel trasporto e nella sicurezza (*smart cars*);
- miglioramento dei processi di *marketing*, ad esempio mediante pubblicità mirata, offerte personalizzate per la clientela, ecc.;
- creazione di nuovi processi di gestione, basati anche sull'analisi statistica dei dati che consente di effettuare previsioni;
- sviluppo di sistemi che si basano sull'intelligenza artificiale, che consentono la progettazione di sistemi *hardware* e *software* capaci di far svolgere all'elaboratore elettronico prestazioni che, a un osservatore comune, sembrerebbero essere di pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana;
- miglioramento delle attività di ricerca e sviluppo (si pensi, per esempio, all'esplorazione scientifica).

In un rapporto del 2011 sui *big data*, il McKinsey Global Institute⁴¹ ha stimato il valore che potrebbe essere creato attraverso l'analisi e l'utilizzo di grandi dati in 300 miliardi di dollari nel settore sanitario negli Stati Uniti e di 250 miliardi di euro nel quadro generale settore pubblico in Europa; tale settore potrebbe altresì generare un maggior consumo per 600 miliardi di dollari.

Il medesimo rapporto ha altresì stimato che la creazione di valore per le imprese attraverso i *big data* può assumere le seguenti forme⁴².

In primo luogo, i *big data* possono essere utilizzati per aumentare la trasparenza delle informazioni e renderle disponibili in maniera più rapida. Il fatto

⁴¹ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity*, McKinsey & Company, cit..

⁴² Numerosi studi di tal fatta sono stati elaborati società di consulenza, soprattutto straniere (si veda K. HAGEN, K. KHAN, M. CIOBO, J. MILLER, D. WALL, H. EVANS, A. YADAVA, *Big Data and the Creative Destruction of Today's Business Models*”, 2013, in www.atkearny.com; J. MANYIKA, M. CHUI, B. BROWN, J. BUGHIN, R. DOBBS, C. ROXBURGH, A. HUNG BYRES, *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, McKinsey Global Institute, 2011, in www.mckinsey.com; M. SCHROECK, R. SHOCKLEY, J. SMART, D. ROMERO-MORALES, P. TUFANO, *Analytics: The real-world use of big data. How innovative enterprises extract value from uncertain data*, IBM Institute for Business Value, Saïd Business School at the University of Oxford, 2012; per una ricostruzione, cfr. P. M. HARTMANN, M. ZAKI, N. FELDMANN, A. NEELY, *Big Data for Big Business? A Taxonomy of Data-driven Business Models used by Start-up Firms*, cit. p. 65) e dai venditori. Tuttavia, non esiste in letteratura una disamina completa sulle modalità di sfruttamento dei *big data* al fine di produrre valore, anche in ragione del continuo evolversi del fenomeno economico.

stesso di rendere l'accessibilità alle informazioni migliore e più veloce può infatti contribuire alla creazione di valore, riducendo il tempo necessario a ricercarle e processarle, così determinando una maggiore efficacia ed efficienza dei processi aziendali.

Inoltre, poiché i *big data* possono essere collazionati in forma digitale, essi consentono di accedere ad un gran numero di informazioni accuratissime su qualsiasi materia, anche in tempo reale. L'utilizzo dei dati per l'analisi della variabilità delle prestazioni (si pensi ai tempi di produzione, all'impiego delle risorse produttive, ecc.) consente di accedere in brevissimo tempo alle cause dei malfunzionamenti ed intervenire per contrastarle. Inoltre, l'analisi dei dati consente il monitoraggio delle variazioni della domanda, consentendo di regolare i quantitativi e le tipologie di merci e i livelli di prezzi per massimizzare le vendite⁴³.

Ancora, essi consentono di segmentare la clientela e personalizzare i prodotti in ragione delle richieste. Si tratta di un fenomeno già ampiamente diffuso, ma che può essere rivoluzionato grazie alla analisi dei *big data* consentendo, per esempio, la micro-segmentazione in tempo reale dei clienti per la promozione e la pubblicità, in quanto le aziende utilizzano raccolta di dati in maniera molto più sofisticata e con garanzie di correttezza delle stime altissime. Talora, in detti meccanismi pubblicitari intervengono direttamente gli stessi fruitori, mediante suggerimenti orizzontali, che non provengono dall'impresa ma da altri utenti che hanno acquistato i medesimi beni e servizi (si pensi, tipicamente, alle recensioni *online*, che pure sono informazioni e, quindi, dati).

Di più, i *big data* possono migliorare notevolmente i processi decisionali, minimizzando i rischi. Le decisioni strategiche sono infatti supportate – se non addirittura sostituite – da algoritmi per ottimizzare i processi decisionali. Per fare un esempio, i produttori stanno utilizzando i dati ottenuti da sensori incorporati in prodotti per creare offerte innovative di assistenza post-vendita, come la manutenzione proattiva (*i.e.* l'adozione di misure preventive che si attuano prima

⁴³ K. HAGEN, K. KHAN, M. CIOBO, J. MILLER, D. WALL, H. EVANS, A. YADAVA, *Big Data and the Creative Destruction of Today's Business Models*”, cit. p. 35.

che un guasto si verifichi o sia addirittura notato)⁴⁴.

Da ultimo, i *big data* consentono alle aziende di creare nuovi prodotti, servizi e modelli di *business*, nonché di ottimizzare quelli esistenti. I produttori stanno infatti utilizzando i dati ottenuti dall'uso degli stessi beni forniti per intervenire sui difetti di costruzione e per proporre innovative offerte di assistenza post-vendita. Un ruolo importante in tal senso è assunto dall'emergere di dati di localizzazione in tempo reale, che ha creato un insieme completamente nuovo di servizi basati sulla localizzazione, che ha consentito di offrire moderni sistemi di navigazione nonché di raccogliere informazioni utili, ad esempio, per la corretta valorizzazione dei rischi nei contratti di assicurazione.

Tanto premesso, non stupisce l'espressione "*Data is the new oil*"⁴⁵, che pone i *big data* in parallelo con le risorse naturali che devono essere sfruttate e raffinate per garantire crescita e profitto. La raccolta, la memorizzazione e l'analisi dei *big data* non costituiscono infatti – solo – un nuovo oggetto di attività delle imprese, ma nuove fasi della catena del valore, ed è ormai pacifico, come recenti studi dimostrano⁴⁶, che le aziende che affidano maggiormente il processo decisionale alla analisi dei *big data* stanno migliorando in termini di produttività e redditività.

4.2. La mobilità e la centralità degli *intangibles*.

Lo sfruttamento economico delle ICT ha inoltre consentito alle imprese di avvalersi di una innovativa mobilità, sotto diversi profili.

Tradizionalmente, tale mobilità si attribuisce innanzitutto ai beni, soprattutto immateriali, oggetto di scambio o strumento di produzione delle imprese digitali.

⁴⁴ Sia consentito citare (come in F. RAMPINI, *Rete padrona*, Milano, 2014) il noto racconto di fantascienza *Minority report*, scritto da Philip K. Dick nel 1956, che ha ispirato l'omonimo film di Steven Spielberg del 2002. Nel racconto, si propone il tema del rapporto libertà-sicurezza e la sua possibile declinazione in una società della sorveglianza nella quale un sistema centralizzato (*Precrime*) detiene informazioni complete sui comportamenti dei cittadini, intervenendo per fermare il crimine prima che esso sia commesso, in quanto l'accadimento del reato è *previsto* proprio in base a processi decisionali che sostituiscono l'arbitrio umano. Non di rado, la società ipotizzata in *Minority report* assurge a esempio di società post-digitale, nella quale le decisioni sono rimesse unicamente agli algoritmi e all'analisi dei *big data*.

⁴⁵ P. ROTELLA, *Is Data The New Oil?*, *Forbes*, 2 April 2012; WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, 2011.

⁴⁶ A. MCAFEE, E. BRYNJOLFSSON, *Big Data: The Management Revolution*, in *Harvard Business Review*, 2012, p. 35.

Si tratta del passaggio “*dalle Res alle New Properties*”⁴⁷, dalla ricchezza “materiale” alla ricchezza “de-materializzata”, di un’economia che si basa in misura crescente sui servizi⁴⁸. Le imprese che scelgono di nascere o divenire digitali si trovano, infatti, ad operare a valle o a monte della catena di produzione con beni *intangibles*, beni privi di consistenza fisica e fonte di benefici economici futuri, che sono stati acquisiti o sviluppati sostenendo costi identificabili.

Sono frequentemente *intangibles* i beni strumentali all’esercizio dell’attività dell’impresa, avendo in tali aziende un ruolo fulcrare lo sfruttamento e la movimentazione di software, know-how, brevetti, ecc. Lo sviluppo di immobilizzazioni immateriali è infatti un elemento fondamentale per la creazione di valore e le aziende digitali non solo dipendono fortemente da tali beni, ma frequentemente spendono risorse sostanziali per la ricerca e lo sviluppo dei medesimi.

Ma i nuovi modelli aziendali, in taluni casi, si sviluppano per gestire risorse interamente tangibili. Si pensi, ad esempio, ad un rivenditore *online* che sviluppa un’attività digitale multilivello per gestire una piattaforma logistica, inclusi magazzini e capacità di spedizione. In altri casi, invece, sono parimenti *intangibles*, i “beni” al cui scambio è destinata l’attività di impresa: si tratta dei c.d. “beni digitali”⁴⁹, i.e. risorse tradotte in *digits* e memorizzate come sequenza di *bits* o *bytes* (si pensi, banalmente, agli *e-books*).

A ciò si aggiunga che la mobilità connota anche le funzioni operative dell’impresa. L’automazione di un gran numero di funzioni operative, infatti, non impone più alle imprese di ancorare tali funzioni a questo o quel territorio, ma consente loro di dislocarle in vari Stati. Ciò in quanto la digitalizzazione non richiede la necessaria presenza di tutte le funzioni operative nel luogo del consumo, ma al contrario consente l’interoperatività di livelli funzionali aziendali anche a distanza, consentendone comunque un perfetto coordinamento. Il miglioramento delle telecomunicazioni ha infatti significativamente ridotto i costi

⁴⁷ G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI G., G. VISENTINI (a cura di), *Dalle Res alle New Properties*, Atti del Convegno di Pavia (13-14 ottobre 1989), Milano, 1991.

⁴⁸ S. CIPOLLINA, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell’economia globalizzata*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 21.

⁴⁹ Sulla nozione di *bene digitale* e sulla sua qualificazione come bene o servizio, si rinvia a T. ROSEMBUJ, *Taxing Digital*, Barcellona, 2015, p. 25 e ss.

di organizzazione e coordinazione di attività complesse su lunghe distanze. Di conseguenza, le imprese sono sempre più in grado di gestire le proprie operazioni globali in una base integrata da una posizione centrale, senza necessità che i propri fornitori e clienti si collochino sul medesimo territorio di operatività dell'impresa⁵⁰.

La capacità di gestire centralmente l'attività aziendale, pur mantenendo una notevole flessibilità sull'ubicazione delle funzioni aziendali, ha aumentato la capacità delle aziende di diffondere funzioni e risorse tra più paesi diversi. In tal modo, la già crescente globalizzazione delle imprese si è arricchita di nuova linfa, dovuta a:

- la crescente importanza del settore dei servizi che, come già accennato, stanno progressivamente erodendo il mercato dello scambio dei beni (soprattutto in ragione del fatto che il *bene digitale* è ad oggi qualificato come servizio nella maggior parte delle branche giuridiche ed economiche);
- la cospicua riduzione dei costi commerciali, dovuta soprattutto alla liberalizzazione degli scambi;
- il miglioramento delle le comunicazioni all'interno delle imprese e tra imprese diverse, così consentendo a queste ultime di gestire le proprie attività globali su base integrata.

Di conseguenza, le catene del valore si sono “disperse” su più territori, scelti in ragione di valutazioni di convenienza su cui la leva fiscale sortisce una rilevante influenza.

Questo non significa che l'ubicazione delle funzioni digitali non richieda l'impiego di infrastrutture materiali collegate ad un dato territorio: l'ancoraggio ad un luogo è sempre necessaria, anche in un'ottica digitale. Si pensi, per fare un esempio, alle *server farms* di cui le imprese che forniscono servizi *cloud* devono necessariamente disporre. Tuttavia, tale scelta può non dipendere da logiche economiche pure, sicché l'allocazione di una *server farm* in un luogo piuttosto che in un altro di norma non influenza in maniera significativa l'attività di impresa e

⁵⁰ In particolare, dal 2000, l'incidenza dei servizi informatici sulle esportazioni mondiali dei servizi è raddoppiata dal 3% al 6%, mentre quella dei servizi di telecomunicazione è aumentata da 2,2% al 2,3%. Per l'OCSE la quota combinata di servizi informatici e di comunicazione è passata dal 5,7% al 9,0% del totale delle esportazioni di servizi. Cfr. OECD, *Science, Technology and Industry Scoreboard 2013: Innovation for Growth*, Parigi, 2013.

può dipendere da logiche di pura convenienza giuridica⁵¹.

Ma la mobilità si riferisce altresì alla platea degli utenti e dei consumatori. L'accesso alle ICT consente infatti l'interoperabilità tra imprese e consumatori su lunghe distanze, non solo grazie all'accesso alla rete internet, ma soprattutto grazie all'uso di dispositivi mobili. Tale elemento ha determinato una sostanziale disintermediazione dei rapporti commerciali. Le tecnologie ICT consentono infatti alle imprese di raggiungere direttamente il cliente, sia esso un operatore economico o un consumatore finale, senza ricorrere a intermediari fisici – ma semmai a intermediari anch'essi virtuali – e accorciando in maniera significativa la catena distributiva.

4.3. La multilateralità transfrontaliera.

La diffusione delle tecnologie ICT ha altresì inciso significativamente sui modelli economici adottati dalle imprese, consentendo la diffusione di modelli multilaterali, soprattutto transfrontalieri.

La più accreditata dottrina definisce il modello di business come “*la logica con la quale un'organizzazione crea, distribuisce e cattura valore*”⁵² e mediante la quale un'impresa elabora la propria offerta al mercato. Un modello di business multilaterale si basa su un mercato in cui la creazione del valore riceve impulsi da differenti esternalità, positive o negative. Dette esternalità incidono sui prezzi dei servizi offerti, modificandoli in aumento o in diminuzione a seconda dell'apporto dell'esternalità medesima. Tali apporti sono conferiti anche dagli utenti e dai consumatori finali, risultando così radicalmente modificate le dimensioni proprie degli scambi economici (proprietà/condivisione, produttore/consumatore, domanda/ offerta, ecc.).

L'introduzione di internet e delle ICT ha fortemente ampliato la possibilità di creare modelli di business multilaterali. L'utilizzo di piattaforme partecipative online ha consentito infatti alle imprese di creare uno strumento di intermediazione tra mercati complementari, in modo che gli utenti della

⁵¹ Talora, l'allocazione dei *server* in prossimità dei fruitori dipende anche da logiche di servizio, tipicamente per minimizzare i tempi di accesso degli utenti alla macchina, ovvero da logiche economiche, quali il meteo (in quanto le temperature più fredde minimizzano i costi di raffreddamento degli apparecchi), il costo dell'elettricità o l'analisi sismica dei territori.

⁵² A. OSTERWALDER, *The business model ontology: A proposition in a design science approach*, Losanna, 2004.

piattaforma diventino a loro volta motore per la creazione del valore. Le piattaforme agiscono da “perno” di intermediazione, azzerando sia le barriere materiali che impediscono il contatto tra i diversi impulsi, sia i costi di interconnessione.

Di norma, in tali sistemi esiste un'interazione che crea un vantaggio non sempre biunivoco, ravvisandosi:

- da un lato, un gruppo di utenti attivamente destinato ad incrementare il valore del prodotto (*lato a sussidio*), il cui apporto deve essere quindi incentivato;
- dall'altro, un gruppo di utenti passivamente interessato a quella creazione di valore e, quindi, ad incentivare l'apporto dell'altro gruppo (*lato a premio*)⁵³.
- La presenza di diversi livelli di interazione genera degli effetti di rete incrociati: all'aumento dell'apporto da parte di un gruppo, aumenta il valore del bene o servizio per un altro gruppo.

La tabella che segue⁵⁴ riepiloga alcuni esempi di piattaforme che sfruttano il modello dei mercati multilaterali:

⁵³ A. SHUEN, *Web 2.0: a strategy Guide: Business thinking and strategies behind successful Web2.0. Implementations*, Londra, 2008.

⁵⁴ Riprodotta da A. SAVIOZZI, *Imprenditorialità*, Roma, 2017, p. 40.

Segmento	Lato 1	Lato 2	Lato 3 (eventuale)	Lato a sussidio	Lato a premio	Esempi di aziende
Ricerca online	Utenti	Inserzionisti pubblicitari	Produttori di contenuti (siti web)	Utenti: ricerche gratuite	Inserzionisti: pagamento pubblicità	Google, Bing
Social couponing	Utenti	Esercenti	-	Utenti: accesso gratuito a offerte scontate	Esercenti: quota del valore del coupon emesso	Groupon, Let's Bonus, Groupalia
Social networking	Utenti	Inserzionisti pubblicitari	Produttori di applicazioni e giochi	Utenti: servizio gratuito	Inserzionisti: pagamento pubblicità Produttori di applicazioni: eventuale percentuale alla piattaforma	Facebook, Snapchat
Social media	Utenti	Inserzionisti pubblicitari	-	Utenti: contenuti gratuiti	Inserzionisti: pagamento pubblicità	YouTube
Aste online	Acquirenti	Venditori	-	Acquirenti: servizio gratuito	Venditori: percentuale sul valore della vendita	eBay
App store	Utenti	Sviluppatori	-	Nessuno, entrambi a premio	Utenti: acquisto del dispositivo, acquisto applicazioni Sviluppatori: percentuale sui ricavi delle vendite	Apple, Android

Per esemplificare il primo dei casi illustrati in figura, i motori di ricerca (prima riga della tabella) si basano sull'interazione di:

- utenti che effettuano le ricerche online, consentendo al motore di profilare i relativi gusti e, quindi, accrescere il valore dei servizi pubblicitari prestati:
- inserzionisti pubblicitari, interessati alla profilatura degli utenti e disposti a pagare un prezzo proporzionale alla "buona riuscita" del servizio pubblicitario.

Tali modelli di *business* sono quindi fondati su un sussidio gratuito che genera valore: l'apporto degli utenti. Si tratta peraltro di utenti casuali, anonimi e non necessariamente professionali, che tuttavia contribuiscono alla creazione del valore del prodotto offerto in maniera determinante.

In taluni casi, l'apporto di valore può provenire altresì da utenti

professionali. I modelli di piattaforma verticali vengono infatti utilizzati per rendere disponibili risorse per sviluppatori di terze parti in modo da attirare la creatività e la competenza di questi ultimi come parte di strategie di innovazione aperte. Si pensi, per esempio, alle aziende che scelgono di fornire un'interfaccia di programmazione delle applicazioni che consente agli sviluppatori di implementare facilmente applicazioni che utilizzano la piattaforma. In tal modo:

- l'accesso alla piattaforma aperta minimizza gli investimenti iniziali della società in termini di ricerca e sviluppo e facilita l'accesso dei consumatori che utilizzano la piattaforma;
- la partecipazione degli sviluppatori, viceversa, migliora l'esperienza dell'utente, rafforzando ulteriormente la posizione dell'azienda sul mercato.

Anche in tal caso, la multilateralità diventa elemento chiave del modello di business, che sfrutta la convergenza di interazioni e di impulsi esterni e diversi dall'impresa⁵⁵.

Il perseguimento di modelli di business multilaterali affida quindi all'apporto gratuito degli utenti un'ampia fetta di creazione del valore, così determinando un cospicuo alleggerimento di costi in capo alle aziende ed una conseguente maggiore marginalità⁵⁶. Tuttavia, la monetizzazione di tale apporto non sempre è immediata, ed infatti il perseguimento di modelli di business di tal fatta richiede attese più o meno lunghe e, talvolta, cospicui adattamenti in corso d'opera, se del caso modificando il modello stesso di monetizzazione degli utenti, i quali costituiscono una risorsa produttiva utilizzabile in vari modi. Ciò in quanto

⁵⁵ La migliore declinazione della multilateralità appena descritta è la c.d. *sharing economy*. Per *sharing economy*, o economia collaborativa, deve intendersi quel modello economico che utilizza le tecnologie per un modello di impresa circolare basato sulla capacità relazionale della tecnologia. In tale modello, l'azienda non agisce verticalmente, ma si limita a generare un'integrazione orizzontale tra utenti, rendendoli compartecipi della stessa attività dell'impresa, anzi rendendoli attori chiave della produzione. I consumatori diventano, così, i principali protagonisti della creazione del valore.

Il termine *Sharing Economy* si riferisce, in verità, a casistiche variegata e ben diverse tra loro: ci sono anche numerose altre espressioni - *peer economy*, *crowd economy*, *access economy*, *gig economy*, *the mesh* - usate quali sinonimi di *sharing economy* ovvero dirette ad accentuarne specifici aspetti. Ad ogni modo, gli elementi chiave della *sharing economy*, qualunque sia la declinazione del fenomeno, possono individuarsi nella circostanza che essa si basa su un'interazione "tra pari" e sull'accessibilità.

⁵⁶ Tale gratuità alleggerisce di molto i costi delle imprese. Non a caso, le aziende che adottano modelli di business multilaterali hanno un rapporto fatturato/dipendente molto elevato. Si pensi che, nel 2015, il fatturato prodotto per ogni dipendente è stato pari a circa 1,41 milioni di dollari per Facebook, 1,21 milioni per Google. Cfr. SAVIOZZI, *Imprenditorialità*, cit., p. 72.

– lo si precisa per sfuggire a facili e comuni equivoci – gli utenti non coincidono con i clienti: essi non corrispondono necessariamente agli acquirenti finali dei beni o servizi offerti dall'azienda, ma assumono piuttosto la funzione di vero e proprio fattore produttivo.

Sotto questo profilo, le piattaforme digitali (di cui meglio si dirà oltre), che gestiscono un gran numero di dati personali, sfruttano un modello di *business* definito come *two sided network*, o modello economico a due versanti⁵⁷, che fa convergere *online* i due *sides* rappresentati dai clienti e dagli utilizzatori. Tale modello si basa sull'effetto di rete: quanto più la piattaforma riesce a convogliare in sé un maggior numero di utenti, tanto più il servizio sarà in grado di attrarre nuovi clienti. In questa dinamica economica, la capacità del *network*, in termini di numerosità degli utenti, diventa la primaria fonte di attrattiva per la clientela ed incide in termini di diretta proporzionalità anche sui corrispettivi praticati.

Questi nuovi modelli di *business* si differenziano da quelli tradizionali sotto molteplici profili. Innanzitutto, mentre in un mercato ad un solo versante, il prezzo che consente di massimizzare i profitti risponde al criterio della marginalità, dovendo quindi eguagliare il costo marginale al ricavo marginale, nei mercati a due versanti il processo di definizione del prezzo ottimale è ben più complesso in quanto il gestore della piattaforma deve tener conto degli effetti incrociati delle decisioni sulle politiche di prezzo praticate su un versante, *i.e.* gli effetti negativi o positivi derivanti dall'adesione alla piattaforma dei soggetti appartenenti all'altro versante. Sempre sotto il profilo dei prezzi, le piattaforme di maggiori dimensioni possono sfruttare il proprio successo per investire maggiormente in ricerca e sviluppo per rendere più competitivo il proprio prodotto o abbassare i prezzi dei servizi offerti per eliminare i concorrenti più deboli⁵⁸. L'obiettivo che si pone la

⁵⁷ La teoria dei mercati a due versanti è stata individuata per la prima volta da C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003 pp. 990-1029. Per una rassegna della dottrina sul tema, si rinvia a M. RYSMAN, *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives* 2003, pp. 125-143.

⁵⁸ La stessa OCSE, nel *deliverable*, sottolinea che il *business* digitale è tendenzialmente privo barriere all'entrata per nuove imprese, con la conseguenza che, in brevi periodi di tempo, le aziende che sembrano controllare una parte sostanziale del mercato e hanno goduto di una posizione dominante per un breve periodo di tempo si sono trovati rapidamente cedendo quota di mercato a concorrenti che hanno costruito le loro imprese su tecnologie più potenti. A causa del rapido ritmo dell'innovazione, le poche aziende che hanno gestito un successo a lungo termine lo hanno fatto in genere investendo risorse sostanziali nella ricerca e sviluppo e nell'acquisizione di

piattaforma è, quindi, quello di creare un effetto di rete incrociato: se si è in grado di attrarre una massa critica sufficiente per il lato sovvenzionato, allora il lato non sovvenzionato sarà disposto a pagare somme consistenti per raggiungere gli utilizzatori sovvenzionati⁵⁹.

4.4. La centralità del consumatore e dell'utente dei beni e servizi.

4.4.1. L'evoluzione del ruolo del consumatore nella società post-moderna. Dal consumer al prosumer.

Negli anni '70 era assai diffusa l'idea di un consumatore che si limitasse a fruire di beni e servizi⁶⁰. Si trattava di una figura con ruolo passivo rispetto alle scelte aziendali delle imprese che producevano i beni e servizi destinati al consumo, caratterizzato dalla mera fruizione dell'offerta senza espressione di alcuna capacità creativa⁶¹. Il consumatore postmoderno, al contrario, non accetta tale ruolo passivo, ma contribuisce attivamente alla creazione del valore dei beni che si appresta a consumare, manipolando in senso proprio l'*output* delle imprese⁶².

start-up con idee innovative, lanciando nuove funzionalità e nuovi prodotti. Si tratta dunque di un'economia volatile e caratterizzata da una forte tendenza al monopolio.

⁵⁹ AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online*, Allegato A alla Delibera n. 19/14/CONS, in www.agcom.it.

⁶⁰ Mentre il termine "consumatore" apparve in Inghilterra già nel tardo Medioevo, il concetto moderno di consumatore come soggetto che acquista beni e servizi per uso personale nasce alla fine del XVIII secolo, durante la Prima Rivoluzione Industriale. Da allora in poi, la percezione dell'importanza del ruolo svolto dai consumatori nell'economia è cresciuta progressivamente fino a quando, dopo la Seconda Guerra Mondiale, è divenuto il fulcro dell'economia moderna, affermatasi come economia "di consumo di massa" (K. MATSUYAMA, *The rise of mass consumption societies*, in *Journal of Political Economy*, 2002, p. 1035). Tuttavia, pur riconosciuto come critico, il ruolo dei consumatori era ancora considerato essenzialmente passivo, e anche sempre più, in quanto le scelte di consumo e i volumi di consumo erano considerati innescati dalle società, attraverso la pubblicità (J.K. GALBRAITH, *The Affluent Society*, Houghton, Mifflin Galbraith, 1958; Id., *The New Industrial State*, Princeton University Press, 1967). Secondo la visione tradizionale della società di consumo di massa, le imprese sono incaricate di decidere, progettare, produrre, commercializzare e distribuire beni e servizi, mentre il ruolo dei consumatori è chiaramente – e unicamente – quello di consumare.

⁶¹ T. RAYNA, L. STRIUKOVA, *Involving Consumers: The Role of Digital Technologies in Promoting 'Prosumption' and User Innovation*, in *J. Knowl. Econ.*, 2016, p. 475.

⁶² Prendendo atto del crescente ruolo dei consumatori nei processi produttivi attraverso le attività fai da te (come self-service, self-help e self-repair), A. TOFFLER, *The third wave*, New York, 1981, ha coniato il termine *prosumer*. Oltre al coinvolgimento dei consumatori nei processi produttivi attraverso attività di bricolage (che già stava avvenendo all'epoca), Toffler, considerando i progressi computati, aveva previsto un coinvolgimento del consumatore nella progettazione di prodotti personalizzati. La sua posizione è stata arricchita da V. KOTLER, *The prosumer movement: a new challenge for marketers*. *Advances in Consumer Research*, 1986, p.

Sempre più frequentemente, le relazioni tra imprese e consumatori non si pongono più - unicamente - a valle della catena del valore, dove tipicamente si colloca, per l'appunto, il consumo tradizionalmente inteso. Al contrario, nella maggior parte dei casi, l'*output* produttivo dell'impresa già reca in sé il contributo costruttivo del pubblico cui è diretto, che spesso è il prodotto di un vero e proprio dialogo costruttivo.

In un siffatto contesto, la netta separazione tra produzione e consumo lentamente si assottiglia, al punto che la nuova sociologia ha coniato il termine *prosumer*, quale crasi di *producer* e *consumer*. Con ciò vuole indentificarsi la tendenza del consumatore ad affrancarsi dal ruolo di destinatario dell'offerta e ad esprimere il proprio desiderio di partecipazione al processo produttivo, completandolo con la propria opera creativa e contribuendo a tutte le fasi di ideazione, produzione, distribuzione dei prodotti e servizi di cui intende fruire.

Una delle principali ragioni che hanno determinato la nascita del c.d. prosumerismo risiede nell'esigenza del consumatore moderno di fruire di prodotti che si attaglino perfettamente alle proprie necessità. Viene in tal modo smentita una solida tradizione sociologica, secondo la quale le società industriali avanzate avrebbero assistito alla crescente massificazione dei consumi e omologazione degli stili dei consumatori⁶³. A ciò si aggiunga che tale fenomeno valorizza la creatività dei singoli, non solo come espressione delle rispettive professionalità, ma come vera e propria capacità creativa individuale.

Lo sviluppo di questo fenomeno è stato ampiamente agevolato proprio dalla diffusione dell'ICT e, soprattutto, di internet.

La compartecipazione creativa del consumatore alle dinamiche imprenditoriali era ampiamente diffusa anche prima degli anni '90 e dell'avvento del *World Wide Web* ed ha spesso costituito la chiave del successo di taluni prodotti. Per fare un esempio, le ricerche che prevedevano l'impiego di gruppi creativi hanno costituito un importante esempio di impiego di indicazioni

510, che ha sottolineato che il progresso nelle tecnologie dell'informazione e della comunicazione avrebbe presto consentito ai consumatori di impegnarsi in modo creativo nei processi produttivi, attraverso la personalizzazione di massa.

⁶³ G. FABRIS, *Customer Knowledge Marketing*, in *Cons. Dir. Merc.*, 2008, p. 91.

provenienti dai consumatori come fattore di innovazione⁶⁴. Si tratta, tuttavia, di pratiche, avviate su impulso delle imprese, che spingevano i consumatori a partecipare alla produzione di valore dei propri prodotti e, in quanto tali, inidonee ad sollecitare il dialogo impresa-consumo.

L'avvento di internet ha invece invertito tale logica. È oggi il consumatore che autonomamente partecipa alla produzione, auto-coinvolgendosi nell'attività creativa delle imprese, talora finanche contro la volontà di queste ultime⁶⁵. Attesa l'ampia disponibilità di tecnologie digitali, infatti, tutti i consumatori possono rivestire – e di fatto rivestono – un ruolo attivo nelle dinamiche aziendali, peraltro senza necessità di conoscenze tecniche, al punto che è stato evidenziato che, in taluni modelli di *business*, la produzione del valore è per lo più rimessa agli utenti stessi, cui era di fatto affidata “*la maggior parte del lavoro*”⁶⁶.

4.4.2. Il contributo del consumatore alle scelte dell'impresa.

In dottrina, si è cercato di individuare le tipologie di contributi che il consumatore può apportare nella dinamica della produzione, non mancando di precisare che, in molti modelli di *business*, il *consumo* di servizi non è sempre corrispettivo, *i.e.* fruito a fronte di un compenso sinallagmatico e si suole quindi distinguere tra *clienti* pagatori e *utenti* non pagatori (nel presente paragrafo, ci si riferirà indistintamente ad ambedue le categorie). Da tale prospettiva, devono considerarsi:

- da un lato, il ruolo che il consumatore riveste di volta in volta nella creazione del valore;
- dall'altro, gli aspetti della produzione che possono essere influenzati.

⁶⁴ Per fare un esempio, le ricerche che prevedevano l'impiego di gruppi creativi hanno costituito un importante modello di impiego di indicazioni provenienti dai consumatori come fattore di innovazione. G. FABRIS, *Customer Knowledge Marketing*, cit..

⁶⁵T. RAYNA, L. STRIUKOVA, *Involving Consumers: The Role of Digital Technologies in Promoting 'Prosumption' and User Innovation*, in *J. Knowl. Econ.*, 2016; V. ZWASS, *Co-creation: toward a taxonomy and an integrated research perspective*, in *International Journal of Electronic Commerce*, 2010, p. 11.

⁶⁶ D. TAPSCOTT, A.D. WILLIAMS, *Wikinomics: how mass collaboration changes everything*. New York, 2006; G. RITZER, N. JURGENSON, *Production, consumption, prosumption: the nature of capitalism in the age of the digital 'prosumer'*, in *Journal of Consumer Culture*, 2010, p. 13.

Per quanto riguarda gli *input* che provengono dal consumatore, si è osservato che quest'ultimo può fornire lavoro (nel senso proprio di forza lavoro), capitale intellettuale (per quelle attività in cui sono richieste creatività o creazione originale) o finanche capitale fisico (nel caso in cui le risorse fisiche dei consumatori siano utilizzate come parte del processo di produzione). Le tre tipologie di *input* possono essere naturalmente combinate tra loro. Tali *input* possono contribuire in diverse fasi del processo produttivo, dalla progettazione (nel suo senso più ampio, vale a dire tutto ciò che riguarda la fase di creazione di un prodotto o di un servizio), alla produzione (qui intesa come la riproduzione, sia materiale o intangibile, di un prodotto o di un servizio), alla distribuzione.

Tale situazione è stata ampiamente acuita dall'avvento delle tecnologie digitali.

Un primo chiarissimo esempio di detta circostanza si rinviene nell'industria dei contenuti digitali. In certi casi, nella fase del *download* ovvero dello *streaming* del contenuto digitale, i consumatori partecipano al processo di distribuzione, che di fatto avviene attraverso la loro personale connessione ad internet, sfruttando cioè la loro *broadband*⁶⁷ (si tratta delle tecnologie *peer-to peer*, che consentono finanche di coinvolgere i consumatori nella fase di distribuzione, ma anche di fabbricazione, dei prodotti). Allo stesso modo, l'analisi dei *big data* (di cui si dirà meglio oltre) consente ai consumatori di influire in maniera significativa nell'attività di *creazione* del prodotto, sostituendo ed integrando la fase di ricerca di mercato.

Si pensi, per esempio, al lancio di iPlayer da parte della BBC. Quando la nota rete televisiva lanciò il suo servizio di trasmissione *online*, scoraggiata dai gravosissimi costi che sarebbero stati necessari per acquistare e gestire una apposita infrastruttura di *server* di *streaming*, decise di distribuire una rete *peer-to-peer* utilizzando, di fatto, la rete di consumatori a tal fine. In questo modo, durante la riproduzione di un programma della BBC, i singoli consumatori avrebbero condiviso contemporaneamente il video con altri consumatori intenzionati a guardarlo (naturalmente, i contenuti erano stati crittografati in

⁶⁷ È il caso degli utenti che fruiscono di un servizio di *streaming* dati (fase di *download*) che diventano a loro volta *streamer* (fase di *upload*), redistribuendo, attraverso la propria banda di rete, i dati scaricati per conto dell'azienda che li aveva messi a disposizione in origine.

origine con un apposito sistema DRM – *Digital Rights Management* – in modo che gli utenti non potessero scaricarli su disco rigido ovvero condividerli al di fuori del servizio iPlayer), mettendo, di fatto, a disposizione della stessa BBC le proprie reti⁶⁸.

Nel caso dei social media, poi, i consumatori non partecipano fisicamente alla produzione e alla distribuzione di contenuti ospitati sui server delle aziende, ma svolgono un ruolo di primo piano sulle scelte del contenuto distribuito. Infatti, più un contenuto particolare è "gradito" o condiviso, più viene visualizzato e distribuito. In questo contesto, si inseriscono chiaramente le piattaforme digitali (di cui si dirà oltre), nelle quali il ruolo degli utenti/consumatori è centrale, nella misura in cui essi creano direttamente il prodotto offerto. In tal caso, il contributo offerto può essere anche puramente intellettuale (e non fisico, quale è la rete dei singoli utenti nel precedente esempio iPlayer), ma diviene parimenti essenziale per la creazione del valore dei servizi offerti⁶⁹.

La tabella che segue riepiloga il ruolo dei consumatori nei tre esempi appena menzionati⁷⁰:

⁶⁸ Si noti che è un'innovazione dell'utente (consumer) che ha scatenato la prima ondata di consumo digitale. Frustrato dalla mancanza di download istantaneo di musica (in quel momento, acquistare musica in linea significa ricevere un CD dalla posta un paio di giorni dopo averla ordinata) e approfittando del nuovo formato di compressione audio "MP3", tre adolescenti di college, Shawn Fanning, John Fanning e Sean Parker, hanno sviluppato e rilasciato la prima rete di peer-to-peer, Napster, che ha permesso ai consumatori di condividere facilmente e scaricare file musicali l'uno dall'altro. Entro un paio di mesi, Napster ha raggiunto 80 milioni di utenti, che insieme hanno creato un servizio di distribuzione di musica online (sebbene non commerciale e non conforme alla normativa in materia di proprietà intellettuale).

Mentre Napster è stato arrestato dall'ordine del tribunale nel luglio 2001 dopo due anni di attività, sono emersi rapidamente altri protocolli di condivisione peer-to-peer (ad esempio, Kazaa, eMule, BitTorrent). A differenza di Napster, che era limitato ai file musicali, questi nuovi protocolli sono stati utilizzati per condividere qualsiasi tipo di media digitale (ad esempio film, software, libri, immagini) e sono stati molto più difficili da contrastare. Cfr. M. GOWAN, *Requiem for Napster*, in *PC World*, 2012, in http://www.pcworld.idg.com.au/article/22380/requiem_napster/.

⁶⁹ Secondo taluni autori, il mutamento del ruolo del *prosumer* dall'era pre-digitale a quella digitale risiederebbe proprio nelle risorse investite da quest'ultimo nella produzione, risorse anche fisiche nel primo periodo, essenzialmente intellettuali nel secondo (cfr. T. RAYNA, L. STRIUKOVA, *Open innovation 2.0. Is co-creation the ultimate challenge?*, in *International Journal of Technology Management*, 2015, p. 38).

⁷⁰ T. RAYNA, L. STRIUKOVA, *Involving Consumers: The Role of Digital Technologies in Promoting 'Prosumption' and User Innovation*, *L. J Knowl Econ*, 2016, p. 22.

	Input			Output		
	Labour	Intellectual capital	Physical capital	Design	Manufacturing	Distribution
Wikipedia	–	Leading	Significant	Leading	Significant	Significant
Social media	–	Leading	Significant	Leading	Significant (Leading)	Significant (Leading)
BBC iPlayer	–	–	Significant	–	Leading	Leading

Gli esempi appena descritti illustrano la grande trasformazione che ha assunto il ruolo del consumatore negli ultimi anni. Tuttavia, già si profilano nuovi sviluppi del fenomeno, che potrebbero definirsi rivoluzionari. Il riferimento è alle tecnologie di stampa 3D, che di fatto rimetterà nella disponibilità del consumatore l'intera produzione dei prodotti desiderati, così rivoluzionando interamente il rapporto produzione-consumo, ovvero alla *Blockchain*, nella quale i consumatori costituiscono i “blocchi” di un unico processo “a catena”, condividendo risorse informatiche (memoria, CPU, banda) per rendere disponibile alla comunità di utenti prestazioni computazionali e di *storage*.

Per concludere, nell'era digitale il destino dell'innovazione non è più nelle mani delle imprese, bensì degli utenti. Le imprese si vedono infatti costrette a recepire continuamente gli *input* dei consumatori, senza poterli né ignorare, né alterare. Talora, dette situazioni possono finanche risolversi in momenti di contrasto tra imprese e consumatori, che di fatto possono riempire i “buchi” di mercato volutamente trascurati dalle imprese, creando momenti di conflitto⁷¹ o di fruttuosa collaborazione⁷². Il fenomeno del *prosumption* permea infatti la realtà economica attuale in maniera dirompente, sicché i modelli di business più riusciti sono quelli che riconoscono tale fenomeno e lo integrano nella catena del valore, piuttosto che osteggiarne la diffusione o, addirittura, negarne l'esistenza.

⁷¹ Si pensi al caso dell'iOS 'Jailbreak' che è esistito quasi fin dai primi giorni della piattaforma, che consente agli utenti di introdurre funzionalità e Software nel sistema operativo degli iPhone che Apple ha deliberatamente escluso dal suo sistema operativo.

⁷² Per fare un esempio, Hasbro ha firmato un accordo con la piattaforma di stampa 3D online Shapeways, che consente ai vari utenti di produrre e vendere oggetti ispirati al franchise *My Little Pony*. In tal modo, gli amatori possono creare qualsiasi oggetto ispirato al franchising, a condizione che rispetti alcune regole di buon senso (ed sia effettivamente stampabile), peraltro vendendoli ad un prezzo stabilito dagli utenti medesimi, sul quale Hasbro si riserva una piccola percentuale. Cfr. T. RAYNA, L. STRIUKOVA, *From rapid prototyping to home fabrication: how 3D Printing is changing business model innovation*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2016, p. 214.

5. DALLA DIGITAL ECONOMY ALLA DIGITAL COMPANY. I NUOVI MODELLI DI BUSINESS.

La *digital company* è un'impresa che sfrutta le *key features* (le principali sono state appena descritte *retro*) per implementare la propria catena del valore, incorporandole nel proprio modello di *business*. Come accennato *supra*, un modello di business può definirsi come la descrizione delle modalità mediante le quali un'impresa genera valore per i clienti e la *digital economy* ha consentito la creazione di modelli di *business* del tutto nuovi ovvero la modifica in maniera radicale di quelli esistenti, sfruttando come elementi fulcrali l'uso massivo di Internet e delle tecnologie ICT.

Secondo alcuni autori, l'identificazione di un *modello di business* dipende da quattro fattori:

- le tipologie o il numero dei gruppi di clienti o, più in generale, di utenti (*customer sensing*);
- il ruolo di tali clienti/utenti nelle dinamiche aziendali (*customer engaging*), che può implicare una personalizzazione del prodotto in base al cliente (c.d. "*taxi system*") ovvero una produzione di massa che prescinde dalle specifiche esigenze di ogni singolo cliente (c.d. "*bus system*")⁷³;
- la monetizzazione (*monetization*);
- la catena del valore e la struttura gerarchica, verticale o orizzontale (*value chain and linkages*).

La tabella che segue ne introduce alcuni esempi⁷⁴:

⁷³ C. DRUCKER, *What is a Business? Chapter 6 in Management, Tasks, Responsibilities, Practices*. New York, 1986; Thompson, *Organizations in Action*, New York, 1967.

⁷⁴ Tratta da A. BADEN-FULLEN, C. HAEFLIGER, *Business Models and Technological Innovation*, in *Long Range Planning*, 2013, p. 419.

Table I. Business model examples.

	Customer sensing Are users paying? If not who are the other customers?	Customer engagement 'Taxi' or 'Bus'	Monetization When and how is money raised?	Value chain and linkages Integrated or hierarchy or networked
Fast food chain – franchised BM	<i>Simple BM</i> consumer pays	<i>Bus</i> Scale based	<i>Complementary assets</i> Franchisee collects money from consumer and passes on fee	<i>Highly tiered system</i> of suppliers and franchisees, who are linked hierarchically
Boutique strategy consultant BM	<i>Simple BM</i> Customer pays	<i>Taxi</i> Bespoke projects	<i>Value Pricing</i> Often priced on the basis of fee plus share of the value created	Almost all value is <i>delivered by the firm</i> , little outsourcing, a network relationship with client
Newspaper (1990s) BM	<i>Two-sided BM</i> Readers pay per copy, but advertisers contribute bulk of revenues	<i>Bus</i> Readers and advertisers are given bus service	<i>Simple Pricing</i> Everyone pays close to point of use	Content and production are typically <i>hierarchical</i> but sometimes networked
Search engine (Google) BM	<i>Two-sided BM</i> Free for users, but advertisers pay	<i>Bus</i> for users <i>Taxi</i> for advertisers	<i>Value Pricing</i> Advertisers pay after service is delivered	Complex tightly controlled network <i>linkages</i>

Tali modelli possono essere utilizzati per spiegare i vari modi in cui tecnologie diverse possono essere collegate per soddisfare le esigenze dei clienti e fornire ricavi e possono essere applicati indistintamente anche per identiche produzioni.

Nel seguito, si fornirà una lista esemplificativa dei più comuni e noti *business model* (senza pretesa, né materiale possibilità, di fornire un elenco esaustivo), alcuni dei quali possono ben essere complementari e sovrapponibili. Come si avrà modo di notare, ciascuno dei modelli di business qui descritti valorizza una o più delle si descritte *key features* dell'economia digitale.

5.1. Il *crowdsourcing*.

Il *crowdsourcing* è un modello di *business* che prevede lo svolgimento condiviso di attività tradizionalmente svolte da un singolo ufficio o affidate in *outsourcing*, attraverso un invito aperto ad un gruppo indefinito di utenti, che al meglio valorizza la multilateralità e il ruolo degli utenti.

La prima definizione lo individua come “*a democratic twist on*

*outsourcing*⁷⁵, o ancora come “la pratica secondo la quale un compito, tradizionalmente affidato ad uno specifico soggetto (di norma, un dipendente), viene esternalizzato ad una indefinita, generalmente vasta platea di persone, nella forma di *open call*”⁷⁶. Si tratta di un fenomeno che consente di far confluire verso lo stesso fine produttivo diversi utenti, nella prospettiva di ottenere un migliore risultato di quello che sarebbe perseguibile attraverso l’impiego di specifiche e definite risorse interne alla società ovvero di una singola risorsa esterna individuata.

Il *crowdsourcing* costituisce, in altre parole, una declinazione dell’*outsourcing*: si tratta infatti di un modello organizzativo che tende ad affidare un’attività, generalmente svolta all’interno dell’azienda, non già ad un’impresa terza (come nel caso dell’*outsourcing*), bensì ad un gruppo indefinito di utenti, tendenzialmente consumatori finali, non legati da vincoli contrattuali né con l’impresa, né tra loro.

Da ciò deriva che il primo e fondamentale elemento di successo dei *crowdsourcing* risiede nella formazione di una *crowd* nutrita, che divenga massa critica per l’analisi del problema. A tal fine, sono previsti dei meccanismi di incentivazione⁷⁷, non sempre monetizzati.

Le determinazioni del *crowd* diventano, così, non già una mera somma delle determinazioni individuali, bensì una sintesi delle singole volontà, così assumendo un più alto grado di credibilità.

Parimenti fondamentale è la *qualità* della *crowd*, e cioè le abilità che la folla possiede. Non si tratta necessariamente di competenze specifiche professionali, ma anche solo di competenze generiche da ricondursi ad al più ampio “capitale umano”⁷⁸.

Si considerino i seguenti quattro esempi:

⁷⁵ A. HOWE, *The Rise of Crowdsourcing*, in *Wired*, 2006. Si ritiene che Jeff How abbia per primo coniato il termine *crowdfunding* nel menzionato articolo comparso su *Wired*, nonostante la pratica sia invalsa sin dagli anni '90 (cfr. Roth, *How far can crowdsourcing go? Discussing transnational open innovation strategies against the brain drain from CIS countries. The Social Sciences and Humanities: Research Trends and Collaborative Perspectives*, 2009, p. 285).

⁷⁶ A. HOWE, *Crowdsourcing: Why the power of the crowd is driving the future of business*, New York, 2008.

⁷⁷ S. LOHR, *Crowdsourcing Works, When It's Focused.*, in *New York Times*, 19 luglio 2009.

⁷⁸ E. CARMEL, *The New Software-Exporting Nations: Success Factors*, in *Electronic Journal of Information Systems in Developing Countries*, 2003, p. 1.

1) *Crowdsourcing* è un'applicazione rilasciata da Google, che chiede agli utenti dei prodotti Google di svolgere piccole attività volte a perfezionare tali prodotti; le attività contemplano, ad esempio, la correzione di posizionamenti imprecisi nelle mappe geografiche di Google Maps, il miglioramento dell'accuratezza delle traduzioni di Google Translator, ecc;

2) Amazon Mechanical Turk è un *marketplace* creato da Amazon per risolvere alcuni compiti, definiti HITs (*Human Intelligence Tasks*), che non possono essere svolti mediante calcolatori elettronici, ma esigono l'utilizzo dell'intelligenza umana⁷⁹. Si tratta di compiti che possono richiedere o non richiedere competenze tecniche (si pensi al riconoscimento di una celebrità dalla foto o dalla descrizione, alla trascrizione in testo di un breve contenuto audio, all'ordine di diverse traduzioni del medesimo testo in base alla maggiore o minore qualità di ciascuna traduzione). Lo svolgimento di una HIT è remunerata in dollari, commisurati alla difficoltà del compito svolto;

3) Linux è un sistema operativo *open-source*. Il codice sorgente è pubblico e tutti gli utenti che abbiano competenze in materia di programmazione informatica sono invitati a migliorare il funzionamento del sistema operativo, intervenendo sul codice o segnalandone dei malfunzionamenti⁸⁰. La miglioria non è retribuita⁸¹. In tale ipotesi, il *crowdsourcing* è strettamente legato al concetto di

⁷⁹ Non a caso, il nome *Amazon Mechanical Turk* si ispira all'automa *The Turk*, creato da Wolfgang von Kempelen nel 1769, che avrebbe dovuto fungere da cyborg computerizzato in grado di giocare a scacchi ma che era in realtà manovrato da un umano. LA scelta sottende la metafora secondo la quale il capitale umano non può essere interamente computerizzato.

⁸⁰ F. J. BARRET, *Yes to the mess. Surprising Leadership Lessons from Jazz*, Harvard Business School Press, Boston, 2012, assimila il caso Linux alle *jam sessions* dei musicisti jazz. L'iniziale invito all'"improvvisazione" del suo ideatore Linus Torvalds faceva infatti leva sulla passione degli utenti, mossi dal solo gusto di imparare ed esprimersi "artisticamente", non già da logiche di profitto. L'invito così recitava: "Salve esploratori della rete, [...] non avete un bel progetto per le mani e smaniate per affilarvi i denti su un sistema operativo che potete modificare alla bisogna? Sto lavorando a un sistema operativo (libero), solo un passatempo [...] Vorrei avere il vostro feedback su quello che vi piace o no... Questo è un programma degli hacker per gli hacker. Mi sono divertito a farlo e magari qualcuno potrebbe divertirsi a dargli un'occhiata e anche a modificarlo secondo le sue necessità". Una gratuità che, tuttavia, ha generato reddito: Red Hat Inc., la società che gestisce una distribuzione di Linux e leader in general dell'*open source*, ha chiuso il 2016 con un fatturato di 2,05 miliardi di dollari, registrando un aumento del 15% rispetto al 2015. Linux contribuisce a tale fatturato nella misura in cui la società offre versioni personalizzate del *software*, modellate in base alle specifiche esigenze dei singoli clienti, nonché prodotti e servizi di supporto post-vendita e pacchetti di *utilities* per massimizzare le prestazioni del prodotto.

⁸¹ La medesima logica è sottesa al funzionamento della nota enciclopedia *online* Wikipedia, la quale tuttavia è dichiaratamente non lucrativa.

open source, da intendersi come il riconoscimento della libertà dell'utente di riprodurre, copiare, distribuire o migliorare il *software open-source*⁸²;

4) World of Warcraft (WOW) è un videogioco di ruolo⁸³ sviluppato da Blizzard Entertainment, che simula una realtà virtuale in cui i giocatori entrano tramite un *avatar*, ed è giocabile in internet attraverso il pagamento di un canone mensile. L'ultima espansione del prodotto, *Overwatch*, è stata testata in una modalità di *testing* delle piattaforme e dei *software* nella fase beta (*beta testing*): in sostanza, la società ha rilasciato una versione iniziale gratuita del gioco, invitando gli utenti a giocare. Il 13 maggio 2016, Blizzard Entertainment ha annunciato⁸⁴ che più di 9,7 milioni di giocatori in tutto il mondo avevano raccolto l'invito e, quando la *open beta* è terminata (10 maggio 2016), i partecipanti avevano giocato 4,9 miliardi di minuti (oltre 81 milioni di ore) e oltre 37 milioni di partite.

Gli esempi appena tracciati consentono di tratte alcune determinazioni sull'impatto che il *crowdsourcing* ha nel modello di business.

Innanzitutto, solo in taluni casi (Linux) si richiede all'utenza una professionalità specialistica o quantomeno una competenza specifica (WOW), in altri (Google Crowdsourc e Amazon Mechanical Turk) si richiede un mero apporto di "capitale umano". Tale apporto, peraltro, può essere sia retribuito (Amazon Mechanical Turk), sia – il più delle volte – gratuito (Linux, Google Crowdsourc, WOW).

Da ciò deriva che il *crowdsourcing* consente un rilevante contenimento di costi, proprio perché i consumatori (o, più correttamente, gli utenti) svolgono parte del lavoro dell'impresa gratuitamente, con conseguente risparmio di spesa da parte di quest'ultima. Si pensi, per esempio, alla necessità di monitorare i *feedback* sui prodotti, ovvero alle fasi di *testing*: si tratta di fasi che, ove non

⁸² Come si legge in SCHIUMA, *Diritto d'autore e normativa europea*, in *Enc. Trecc*, 2009 "la filosofia dell'*open source* non contraddice i principi propri del copyright, ma li corregge, facendo leva sul cosiddetto *copyleft*, inteso come rinuncia a valersi dei diritti d'autore sull'opera in nome dell'interesse superiore alla condivisione delle conoscenze e alla cooperazione tra autori. Ed è proprio in questa possibilità di declinare il diritto d'autore, non solo secondo le logiche proprietarie, ma anche secondo le logiche, opposte, della condivisione, la riprova che il diritto d'autore, in quanto esclusiva che copre solo la forma espressiva, e non le idee, è dotato di quegli anticorpi filoco concorrenziali, che lo rendono adattabile a qualunque sfida tecnologica".

⁸³ Si tratta segnatamente di un MMORPG, Massive(ly) Multiplayer Online Role-Playing Game, ovvero gioco di ruolo in rete multigiocatore di massa.

⁸⁴ Cfr. <https://blizzard.gamespress.com/it/Search/Results?searchtext=beta+test>.

affidate al *crowd* dei consumatori, dovrebbero essere svolte dall'impresa al suo interno, ovvero affidate in *outsourcing*, con conseguente necessità per l'azienda di sostenere, in ambedue i casi, i relativi costi. Nell'esempio di WOW, si nota subito che tale prodotto richiede che l'impresa sia dotata di un'infrastruttura *hardware* e *software* idonea a supportare il carico dei milioni di utenti che, contemporaneamente, siano connessi ai *server* della società. Per testare la "tenuta" dei *server*, l'azienda potrebbe alternativamente effettuare il *testing* sviluppando un *software* che simuli il carico degli utenti sui *server*, sostenendo ovviamente tutti i costi di progettazione e sviluppo di tale *software*, ovvero procedere in *beta testing*, chiamando gli utenti a svolgere gratuitamente (o, più correttamente, in cambio della possibilità di giocare senza pagare alcunchè) quel medesimo servizio. Ovviamente, una volta che il *testing* è andato buon fine, l'azienda potrà rilasciare il prodotto nel pieno delle sue funzionalità e consentirne l'accesso solo a pagamento, di talché chiunque voglia usufruirne sarà costretto ad acquistarlo.

Sott'altro profilo, tale pratica non solo crea un consistente apporto di valore al prodotto, ma sviluppa la fidelizzazione dei consumatori, che maturano una sorta di "senso di appartenenza" all'azienda medesima, di cui diventano parti attive. Nella maggior parte dei casi, infatti, il contributo non è remunerato (negli esempi, fa eccezione sono Amazon Mechanical Turk) e l'apporto degli utenti si sostanzia in una vera e propria liberalità: come in una *jam session* di musica jazz⁸⁵, la volontà a partecipare alla creazione del valore, di norma, fa leva unicamente sul senso di appartenenza alla *crowd*, che in sé basta a legittimare l'apporto di valore alla stessa *crowd*.

5.2. Le piattaforme e l'economia collaborativa.

Il ruolo fulcrato del consumatore e, in generale, dell'utente nelle dinamiche economiche ha influito sull'economia in maniera così determinante da assurgere, in talune ipotesi, a primario elemento caratterizzante dei modelli economici. Sfruttando, infatti, le architetture basate sul coinvolgimento degli utenti, sono nate imprese che fondano il proprio *business* sui meccanismi della condivisione.

⁸⁵ Come già rilevato nella precedente nota n. 80, F. J. BARRET, in *Yes to the mess. Surprising Leadership Lessons from Jazz*, Harvard Business School Press, Boston, 2012, assimila il caso Linux alle *jam sessions* dei musicisti jazz.

“Condividere” sembra, oggi, un imperativo categorico della rete e l’espressione “economia della condivisione”, o *sharing economy*, è ad oggi un’espressione designata per individuare pratiche o comportamenti anche molto diversi tra loro⁸⁶.

Con l’espressione *sharing economy* – o con le equivalenti *collaborative economy*, *peer economy*, *gig economy* – si definisce un novero di pratiche caratterizzate dallo scambio di capacità individuali (spesso sottoutilizzate) tra “pari” (di qui, la definizione dello scambio come “*peer-to-peer*”, o p2p) da parte di soggetti professionisti o non professionali⁸⁷, spesso privati, attraverso appositi luoghi di incontro tra la domanda e l’offerta, comunemente note come piattaforme, gestite da un intermediario tendenzialmente privo di infrastrutture e risorse proprie (le risorse appartengono infatti agli offerenti, e cioè agli utenti). Gli esempi sono molteplici e variano in base all’oggetto della condivisione⁸⁸, ma sono tutti accomunati da un elemento: la piattaforma, collocata *online* proprio per consentire il più ampio accesso ai soggetti interessati⁸⁹.

Oggetto di condivisione sono innanzitutto i beni. Si assiste, infatti, ad un ampio novero di pratiche dirette a sfruttare meglio le funzionalità di beni che hanno capacità in eccesso rispetto ai beni individuali, delineandosi uno scenario in cui il tradizionale modello di consumo proprietario viene messo in discussione, in

⁸⁶ G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120. L’autore evidenzia che l’ascesa costante dell’uso pervasivo del termine “*sharing economy*” ha trovato la sua consacrazione nel 2015, ritagliandosi un’apposita menzione nel dizionario *Oxford Dictionary*, che la definisce come “*un sistema economico nel quale beni o servizi sono condivisi tra privati, gratuitamente o in cambio di una somma di denaro, tipicamente attraverso internet*”.

⁸⁷ Si noti che, nella definizione “*gig economy*”, il termine “*gig*” sta ad identificare (testualmente) i “lavoretti”, servizi non professionali e poco impegnativi.

⁸⁸ Non a caso, il fenomeno della *sharing economy* è stato assimilato al movimento cooperativo. I due fenomeni hanno invero origini diverse: il movimento cooperativo italiano nasce nella metà del XIX secolo, mentre la moderna *sharing economy* ha origini recentissime e ha conosciuto la massima espansione solo alla fine degli anni 2000. Inoltre, il primo è ben conosciuto e disegnato in dettaglio dal diritto, il secondo è nuovo e in piena evoluzione, anche giuridica. Tuttavia, è innegabile che ambedue i fenomeni si fondano sulla condivisione finalizzata a consentire l’accesso a beni e servizi a condizioni di vantaggio per gli aderenti, finalità perseguita nel primo caso mediante una struttura accentrata (la cooperativa) deputata a realizzare il progetto imprenditoriale della collettività, nel secondo (la *community*) mediante la soddisfazione di interessi comuni ma diffusi, soddisfatti mediante singoli atti di scambio e non attraverso un’attività unitaria organizzata. Per un approfondimento, si rinvia a FONDAZIONE UNIPOLIS, *Dalla sharing economy all’economia collaborativa – l’impatto e le opportunità per il mondo cooperativo*, in *Quaderni di Unipolis*, Ottobre 2015.

⁸⁹ Esistono piattaforme che consentono lo scambio di servizi di trasporto automobilistico privato (Uber), di ricerca di un alloggio (Airbnb), ma anche di servizi professionali complessi come quelli resi dagli avvocati (AxiomLaw, Quicklegal) o dai medici (Medicast, Heal).

quanto il consumo basato sulla titolarità è soppiantato dal consumo basato sulla disponibilità. Il più noto esempio di un siffatto modello è il *car sharing*, assai invalso grazie all'agevole interconnessione tra utenti che avviene mediante internet. In quest'accezione, la condivisione diviene la risposta allo spreco di risorse individuali sottoutilizzate e consente di sfruttare, anche economicamente, la *inding capacity* (c.d. capacità a riposo) di tali risorse⁹⁰. Non v'è chi non veda⁹¹ che il successo economico del nuovo modello sia solo una manifestazione della tendenza dei Paesi Sviluppati ad abbandonare un sistema economico basato sulla proprietà e la titolarità dei beni verso un irreversibile modello economico che si basa sulla possibilità di fruire dei beni, che siano questi auto, case o beni di consumo, senza averne la piena titolarità⁹².

Oggetto di condivisione sono anche le informazioni e, più in generale, la conoscenza. In queste circostanze, le problematiche giuridiche discendono soprattutto dal fatto che la conoscenza è, da una prospettiva economica e giuridica, un bene non rivale e non escludibile, sicché la sua condivisione non determina una perdita per chi la condivide, ma unicamente un vantaggio per chi la riceve. Per questo motivo, la mancanza di un'offerta – determinata, per l'appunto, dalla mancanza di un incentivo a produrla – nel caso di beni che si sostanziano nella conoscenza ha da sempre trovato un bilanciamento nell'istituzione di forme di appropriazione riconducibili agli schemi proprietari, *i.e.* le tutele assicurate all'*intellectual property* che attribuiscono un monopolio temporaneo sull'informazione prodotta, ovvero alle remunerazioni pubbliche⁹³.

Senonché, recenti studi hanno dimostrato che si assiste, oggigiorno, ad una tendenza a divulgare gratuitamente e pubblicamente le informazioni⁹⁴, traendo

⁹⁰ R. BOTSMAN, R. ROGERS, *What's mine is yours. How collaborative consumption is changing the way we live*, Londra, 2010, p. 83.

⁹¹ D. RESTUCCIA, *Il notaio del terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*, in *Notariato*, 2017, p. 53; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120.

⁹² Non è un caso che modelli come il *leasing* abbiano conosciuto un'ampia diffusione e, del resto, la stessa introduzione di istituti come il *trust* o come gli organismi di investimento collettivo del risparmio avevano messo in crisi l'inquadramento dogmatico della proprietà come conosciuta dall'ordinamento italiano e, più in generale, da tutti gli ordinamenti di *civil law*.

⁹³ G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120.

⁹⁴ D. HARHOFF, J. HENKEL, E. VON HIPPEL, *Profiting from voluntary information spillovers: how users benefit by freely revealing their information*, in *32 Research Policy*, 2003, p. 1753.

vantaggi diversi dalle tutele comunemente assicurate: si tratta, in buona sostanza, di un vantaggio che fa leva sulla fiducia nell'apporto della massa, che può migliorare il prodotto ed accrescere la reputazione di colui al quale è riconducibile la sua creazione.

Ma oggetto di condivisione sono soprattutto i servizi, tant'è che, con un diffuso neologismo, si parla di *uberification* dell'economia, a voler sottolineare che la rete di autisti di Uber è solo uno – e forse il più noto e problematico – degli esempi di servizi prestati *peer-to-peer*⁹⁵.

Venendo alle logiche economiche sottese alle piattaforme, giova rilevare che solo alcune pratiche della *sharing economy* rispondono a logiche di mercato. In questi casi, le piattaforme si atteggiavano a meri luoghi di incontro tra domanda e offerta, tendenzialmente privi di regole a correzione del sistema dei prezzi. Tale meccanismo ha consentito la creazione di mercati prima inesistenti (si pensi a *Bla Bla Car*, che consente di scambiare passaggi in macchina) o ha creato una drastica riduzione di costi in servizi tradizionalmente riservati a comparti fortemente regolamentati e perciò mai toccati, finora, dal gioco della concorrenza (si pensi al noto conflitto tra i tassisti e *Uber*). Tali situazioni creano problematiche giuridiche nell'ambito di diversi settori (il diritto del lavoro, della concorrenza, ecc.) ma la dottrina maggioritaria li riconduce ad una mera evoluzione della *rental economy* (economia dei servizi)⁹⁶.

Altre pratiche di condivisione, invece, si fondano su logiche del tutto avulse dalle dinamiche di mercato, in assenza di remunerazione e profitti. Non può non osservarsi⁹⁷, sul punto, che tali dinamiche hanno completamente scardinato la tradizionale distinzione tra scambio di mercato e dono, ove il primo identifica quelle dinamiche in cui le parti si incontrano e perfezionano uno scambio di tipo impersonale tramite la moneta (e nel quale il diritto dei contratti si preoccupa di proteggere le aspettative delle parti sorte in esito all'accordo), mentre l'altro manca della specificità dell'accordo e non impone obblighi di reciprocità. Si è

⁹⁵ G. A. FOWLER, *There's an Uber for everything now*, in *Wall Street Journal*, 5 maggio 2015. Esistono, in realtà, diversi tipi di piattaforma: *peer to peer*, *business to peer* e *peer to business*.

⁹⁶ G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mer. Conc. Reg.*, 2015, p. 245.

⁹⁷ G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120.

osservato che la *sharing economy* ha significativamente assottigliato le due categorie e molti studi hanno mostrato come il dono crei comunque obbligazioni, nella forma di “*un ben regolamentato contro-dono, ed è ben percepita la condizionalità reciproca del dono e della attribuzione di un maggior prestigio al donante*”. In questa prospettiva, la vera differenza sta nel fatto che il dono non crea una reciprocità definita ed anzi, quanto più la “controprestazione” attesa dal donante è definita, tanto più il sistema sociale assomiglia ad un mercato. In questa prospettiva, la pratica di condivisione è qualificata come *tertium genus* rispetto ai modelli del dono e dello scambio, introducendo e rafforzando il concetto di scambio interessato⁹⁸.

Il più controverso e nuovo aspetto delle piattaforme risiede, tuttavia, nel fatto che esse assurgano a veri e propri regolatori del mercato in *sharing*, dettando la disciplina delle transazioni anche nel dettaglio e talora offrendo direttamente appositi servizi (gestione dei pagamenti, coperture assicurative, risoluzione delle controversie). L'azienda che gestisce la piattaforma non funge da intermediario in senso proprio, ma si limita a gestire – e, come si dirà, regolamentare – il luogo in cui lo scambio avviene, diventando inoltre veicolo di reputazione, fiducia e appartenenza. Il ricavo del gestore è di norma strutturato nella forma di percentuale sulla transazione (si pensi ad Airbnb), abbonamento mensile o annuale (Thefork), pubblicità sul sito o accordi di sponsorizzazione con grandi marchi (Fubles)⁹⁹.

Da questa prospettiva, la piattaforma digitale consente di abbattere i costi di transazione, rafforzando e abilitando l'altro aspetto caratterizzante le pratiche di economia collaborativa, ossia la disintermediazione, da intendersi come riduzione del ruolo e del numero degli intermediari tradizionali, consentendo di accorciare la filiera e di coordinare in modo più diretto domanda ed offerta di beni e servizi tra pari.

I su descritti mercati, peraltro tipicamente bilaterali e caratterizzati da una chiarissima promiscuità tra *producers* e *consumers*, mettono in crisi le categorie

⁹⁸ N. BIRD DAVID, *The property of sharing: western analytical notions*, in T. WILDOK, W. GOSSA TADESSE, *Property and equality. I, Ritualisation, Sharing, Egalitarianism*, New York, 2005, p. 201.

⁹⁹ FONDAZIONE UNIPOLIS, *Dalla sharing economy all'economia collaborativa – l'impatto e le opportunità per il mondo cooperativo*, in *Quaderni di Unipolis*, Ottobre 2015.

giuridiche e, più a monte, gli assetti regolatori modellati sui mercati tradizionali.

Molte delle regole vigenti nei comparti tradizionali si spiegano in un'ottica di correzione delle asimmetrie informative: si pensi alle informazioni sulla qualità dei beni o sulla professionalità dei prestatori di servizi scambiati. Di qui nasce l'esigenza della regolazione del mercato, che – a prima vista – sembrerebbe ancor più sentita nella *sharing economy*¹⁰⁰. Senonché, i primi studi su tali economie hanno evidenziato che la mancanza di una regolazione esterna è ampiamente compensata dalla possibilità di ricerca delle informazioni e di monitoraggio dei comportamenti, che sopperiscono alla regolazione pubblica. La *crowd* protegge se stessa e rende superfluo l'intervento esterno, tipicamente del regolatore statale, e le scelte economiche appaiono sempre consapevoli, libere e informate¹⁰¹.

Così, i meccanismi reputazionali – e le connesse sanzioni, anch'esse reputazionali – orientano le scelte individuali rendendo superflue le sanzioni giuridiche, potendo finanche concludersi che “*una seconda mano invisibile aiuta la smithiana mano invisibile del mercato*”¹⁰².

Questo sistema di autoregolamentazione è stato considerato sufficiente da parte della letteratura, individuando nell'architettura delle piattaforme p2p la realizzazione di quelle teorie iperliberiste¹⁰³ che vedono l'*optimum* nel mercato libero da influenze regolatorie esterne (o, al più, che affida la regolazione a organismi di categoria, sulla falsariga delle gilde medievali); si tratta, tuttavia, di concezioni che, fino ad oggi, si sono sempre scontrate con la necessità di introdurre regolamentazioni pubbliche per tamponare le esternalità negative (*in*

¹⁰⁰ Per fare un esempio, si pensi a tutta la disciplina di tutela del consumatore, anche di fonte comunitaria, che è interamente imperniata sulla distinzione tra imprenditore e consumatore.

¹⁰¹ G. E. MARCHANT, W. WALLACH, *Governing the Governance of emerging technologies*, in G. E. MARCHANT, W. WALLACH, B. ALLENBY, *Innovative Governance models for emerging technologies*, Cheltenham, 2013, p. 136.

¹⁰² G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mer. Conc. Reg.*, 2015, p. 245.

¹⁰³ M. COHEN, A. SUNDARARAJAN, *Self-regulation and Innovation in the peer-to-peer sharing economy*, in *University of Chicago Law Review Online*, 2015, p. 116; I. BARTLE, P. VASS, *Self-Regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm?*, in *Pub. Admin.*, 2007, p. 885; J. BLACK, *Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a «Post-Regulatory» World*, in *Current L. Probs*, 2001, p. 103; J. MACEY, C. NOVOGROD, *Enforcing Self-Regulatory Organization's Penalties and the Nature of Self-Regulation*, in *Hofstra L Rev*, 2012, p. 963; A. OGUS, *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford J Legal Stud*, vol. 15, 1995, p. 97. Non v'è chi non veda che lo stesso regolatore esterno sia inadeguato in quanto vittima esso stesso di asimmetrie informative, ovvero in quanto facilmente manipolabile dai gruppi di interesse consolidati. Cfr. R. BOTSMAN, *Why the law won't stao Uber*, in *Financial Review*, 11 luglio 2014.

primis, le “asimmetrie informative” alla base di tutta la normativa a tutela del consumatore)¹⁰⁴.

Non a caso, si è osservato¹⁰⁵ che l’auto-regolamentazione delle piattaforme non basta, da sola, a risolvere o prevenire tutti i fallimenti del mercato di riferimento, soprattutto nei confronti di soggetti estranei allo scambio. Si pensi, per fare un esempio, all’impatto che l’affitto di una casa messa a disposizione su *AirBnb* può sortire sul vicinato¹⁰⁶: in questo caso, la piattaforma potrebbe non avere interesse a regolamentare tali effetti negativi, proprio in ragione del fatto che si ripercuotono su soggetti estranei alla piattaforma stessa.

La principale questione problematica, tutta ancora in divenire, risiede dunque nel valutare i limiti della regolazione esterna sul fenomeno e i suoi ambiti di intervento, in modo da risolvere le esternalità negative senza tuttavia soffocare un sistema che, senza dubbio, è la manifestazione di una nuova tendenza ad alleggerire le regole che disciplinano gli scambi e che trova in tale esigenza la propria genesi e il proprio successo.

5.3. L’online advertising.

È noto come *advertising* il modello di *business* che prevede la distribuzione gratuita del prodotto agli utenti e il finanziamento dell’attività aziendale con i proventi pubblicitari. Si tratta di un modello multilaterale che massimizza la compartecipazione gratuita degli utenti – diversi, in questo caso, dai clienti – e che si fonda su un uso massivo dei dati raccolti.

La multilateralità consiste nella partecipazione di molteplici attori:

- i fornitori dei servizi pubblicitari;
- gli editori di contenuti online;
- gli inserzionisti (clienti);
- gli utenti.

La pubblicità online comporta un certo numero di giocatori professionali,

¹⁰⁴ D. RESTUCCIA, *Il notaio del terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*, in *Notariato*, 2017, p. 53; G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120.

¹⁰⁵ G. SMORTO, *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mer. Conc. Reg.*, 2015, p. 245.

¹⁰⁶ S. L. MORRIS, *Airbnb Is Infuriating the Neighbors. Is It Time for New Rules?*, in *L.A. Weekly*, 22 gennaio 2015.

i.e. gli editori web, che accettano di integrare le pubblicità nei loro contenuti in linea in cambio di compensazione, gli inserzionisti che chiedono di essere visualizzati nei contenuti del *publisher web* e gli intermediari della rete pubblicitaria che collegano i *publisher web* con gli inserzionisti cercando di raggiungere un pubblico online. Gli utenti, invece, apportano un contributo non professionale.

Anche in tal caso, si assiste ad un modello di *business* multilaterale, che si arricchisce dei contributi (volontari o involontari) degli utenti e, soprattutto, della raccolta e dell'analisi dei loro dati.

Gli intermediari della rete pubblicitaria includono un'ampia gamma di attori, tra cui motori di ricerca, società di media e fornitori di tecnologia e gli inserzionisti offrono l'accesso ai dati raccolti attraverso il monitoraggio e il tracciamento delle attività online degli utenti. Questi dati possono essere analizzati, combinati e elaborati; la pubblicità online utilizza infatti Internet come mezzo per il *targeting* e la fornitura di messaggi di *marketing* ai clienti e, da questa prospettiva, offre numerosi vantaggi rispetto alla pubblicità tradizionale.

La pubblicità *online* si manifesta in una serie di forme¹⁰⁷, la più nota delle quali consiste negli annunci di visualizzazione, in cui un inserzionista paga per far comparire gli annunci agli utenti che consultano determinati contenuti, ovvero negli annunci dei motori di ricerca, in cui un inserzionista paga per comparire tra i primi risultati della ricerca di Internet. Si considerino, a titolo esemplificativo, le seguenti tipologie di pubblicità online:

- *display advertising*, i *banner* pubblicitari, le finestre *web*, i *pop-up* che compaiono sul display dell'utente connesso in internet;
- *search engine advertising*, i link sponsorizzati sui motori di ricerca;
- *email advertising*, le e-mail contenenti messaggi pubblicitari, spesso indirizzate a consumatori che abbiano sottoscritto apposite *newsletter*;
- *social media advertising*, inserzioni mirate ad un *target* definito di utenti;
- *multimedia advertising*, utilizzo di multimedia (si pensi ai video o agli audio) per scopi pubblicitari;

¹⁰⁷ OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy. 2015 Final report*, Parigi, 2015.

- *mobile advertising*, che compaiono sui dispositivi mobili, tipicamente tramite l'utilizzo di applicazioni.

Software appositamente dedicati scelgono i contenuti pubblicitari da far comparire sulle pagine *web* visitate da utenti che, secondo le analisi del software, potrebbero essere potenzialmente interessati al contenuto sponsorizzato. I medesimi programmi verificano il numero di visualizzazioni e di *click* sull'inserzione pubblicitaria e, in base a tale riscontro, quantificano il compenso del proprietario del sito. Va da sé che le aziende di pubblicità di maggior successo sono quelle che combinano una grande base di utenti con algoritmi sofisticati per massimizzare la buona riuscita del servizio pubblicitario. Infatti, mentre la pubblicità tradizionale viene di norma concessa – e pagata – in base al tempo di esposizione del contenuto pubblicitario, quella *online* viene pagata con metodologie diverse, commisurata al numero di visualizzazioni del contenuto, ai *click* e/o all'acquisto del contenuto sponsorizzato.

Non stupisce, pertanto, che la pubblicità *online* sia in così rapida crescita, sia in termini di ricavi totali sia in termini di quota del mercato totale della pubblicità. Recenti stime¹⁰⁸ dimostrano che essa ha raggiunto i 100,2 miliardi di dollari nel 2012, registrando un incremento del 17% rispetto all'anno precedente e conquistando una quota pari al 20% del mercato globale della pubblicità, seconda solo alla pubblicità del mercato televisivo (29%).

5.4. Il cloud computing.

Il *cloud computing* (nuvola informatica) può essere inteso come “*l'archiviazione, l'elaborazione e l'uso di dati su computer remoti e il relativo accesso via Internet. In altre parole gli utenti hanno a disposizione una potenza di elaborazione quasi illimitata, non sono tenuti ad investire grandi capitali per soddisfare le proprie esigenze e possono accedere ai loro dati ovunque sia disponibile una connessione Internet*”¹⁰⁹.

I servizi prestati in *cloud* possono essere standardizzati o personalizzati e

¹⁰⁸ M. AUBUSSON, *Global Entertainment and Media Outlook: 2013– 2017*, 2013, in www.pwc.com.

¹⁰⁹ COMMISSIONE EUROPEA, Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – *sfruttare il potenziale del cloud computing in europa* (com/2012/0529 final).

comprendono l'elaborazione, la memorizzazione e la gestione di dati, utilizzando *hardware* (computer o dispositivi di archiviazione) e *middleware* (piattaforme) e *software* applicativi variamente "protagonisti" del servizio reso.

Tentando una non esaustiva esemplificazione¹¹⁰, il *cloud computing* presenta talune caratteristiche specifiche, che implicano la variabile interazione del *provider* del servizio e del cliente.

L'apparecchiatura *hardware* è di proprietà del *provider* e il suo uso è solitamente ottimizzato in maniera dinamica all'interno di una rete di computer, rispetto alla quale il posizionamento dei dati nelle singole macchine non assume di norma rilevanza per l'utente¹¹¹. Tale apparecchiatura archivia ed elabora i dati e li rende disponibili agli utenti tramite apposite applicazioni *software*, accessibili da postazioni fisse o da dispositivi mobili. I clienti possono così accedere a tali servizi minimizzando i costi interni di archiviazione e gestione dei dati.

Tanto premesso in termini generali, i servizi in *cloud* possono variamente articolarsi¹¹². I tentativi di categorizzazione riconoscono l'esistenza di servizi:

a) *IaaS (Infrastructure As A Service)*, assimilabili a contratti di "noleggio", nei quali il *provider* mette a disposizione del cliente uno spazio di archiviazione o elaborazione dati, *i.e.* un'infrastruttura, di norma delocalizzata in Paesi diversi, che il cliente organizza e gestisce in piena autonomia¹¹³;

b) *Paas (Platform As A Service)*, nei quali il *provider* offre non solo uno spazio fisico di archiviazione, ma anche una soluzione strutturata, *i.e.* la piattaforma, per lo sviluppo di applicazioni (sviluppo rimesso tuttavia al cliente)¹¹⁴;

c) *SaaS (Software As A Service)*, nei quali il fornitore non si limita a mettere a disposizione del cliente uno spazio di archiviazione o una piattaforma per lo sviluppo di applicazioni, ma produce ed eroga direttamente le proprie applicazioni

¹¹⁰ La stessa Commissione europea, nella citata comunicazione, riconosce l'insufficienza di qualsivoglia definizione onnicomprensiva di *cloud computing*.

¹¹¹ Di norma, i *provider* di servizi di *cloud computing* spostano i dati dei loro utenti da un computer all'altro oppure da un centro dati all'altro per ottimizzare l'uso dell'*hardware* disponibile.

¹¹² Tra i più noti, v'è Amazon Web Service.

¹¹³ Si pensi a OpenNebula.

¹¹⁴ Si pensi a Google AppEngine o a Microsoft Azure.

software, che integrano e includono un servizio di conservazione dei dati¹¹⁵.

Se la tradizionale categorizzazione di servizi resi in *cloud* si fermava a tali tre fattispecie, più di recente sono state individuate ulteriori offerte di servizi *cloud* non assimilabili a quelli appena descritti. Il riferimento è all'*Eaas* (*Enterprise As A Service*), nei quali il *provider* offre al cliente un servizio di riprocessazione del *business management* di un'impresa, definendo le metodiche per gestire alcuni settori dell'attività¹¹⁶; o, ancora, ai *Daas* (*Data-As-A-Service*), nei quali i dati ritratti da diverse fonti sono raccolti, gestiti ed elaborati al fine di fornire servizi specifici; o, ancora, ai *Baas* (*Blockchain As A Service*), nei quali la *blockchain*, un'architettura di condivisione di risorse, viene utilizzata come mezzo per la produzione e l'erogazione dei più disparati servizi¹¹⁷.

Il *cloud computing* è un'ottima soluzione per abbattere i costi sostenuti dagli utenti dei servizi tecnologici, soprattutto per le imprese più piccole. Esso infatti consente alle società di dotarsi di un'infrastruttura IT minimizzando i costi, che sono generalmente condivisi tra un'ampia base di utenti; nondimeno, il fenomeno non è privo di criticità, sotto il profilo della qualificazione del rapporto e delle posizioni delle parti. Quanto alla qualificazione, si è infatti osservato¹¹⁸ che i servizi di *cloud* sono tendenzialmente riconducibili alla figura contrattuale dell'appalto di servizi o della somministrazione; nondimeno, l'iscrizione alla figura dell'appalto si scontra con la mancanza di un'obbligazione di mezzi, in quanto il fornitore si assume generalmente un obbligo di risultato nei confronti del

¹¹⁵ Si pensi alle moderne offerte di posta elettronica, come Google Mail, o alle note applicazioni di archiviazione dati come Dropbox o Mega.

¹¹⁶ Ne è un esempio l'applicazione Slack, lanciata sul mercato ad agosto 2013 da Stewart Butterfield, imprenditore canadese noto per essere stato cofondatore del celebre Flickr. Si tratta di un *client* di messaggistica istantanea ritagliato sulle necessità di gruppi di lavoro e aziende di ogni dimensione, che consente di accedere a diverse funzioni, tra cui la messaggistica istantanea e il filtraggio delle e-mail ricevute utilizzando apposite parole chiave.

¹¹⁷ La *blockchain*, o catena di blocchi, è sostanzialmente un'architettura di condivisione di risorse (calcolo, banda di rete, *storage*) con caratteristiche particolari, costituita da diversi nodi, ciascuno contenente informazioni, strutturalmente legati tra loro. Inizialmente essa è stata utilizzata per comporre l'infrastruttura tecnica del *Bitcoin*, la nota criptovaluta; nondimeno, essa è potenzialmente utilizzabile (ed anzi, è stata di fatto utilizzata) per lo sviluppo di numerose applicazioni. Per fare un esempio, Hyperledger Project ha rilasciato Fabric 1.0, uno strumento di collaborazione per la costruzione di reti aziendali con *blockchain*; o ancora, Microsoft ha lanciato alcuni servizi che sfruttano la *blockchain* per monitorare i dati lungo la catena produttiva e rintracciare eventuali falle lungo la catena produttiva.

¹¹⁸ Sul punto, si rinvia a F. CARDARELLI, *Amministrazione Digitale, Trasparenza E Principio Di Legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 227; ;G. NOTO LA DIEGA, *Il cloud computing. alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e Diritto Privato*, 2014, p. 577.

clienti. È dunque più accreditata la tesi che riconduce il *cloud*¹¹⁹, più in generale, alla tipologia del contratto atipico misto nel quale confluiscono diverse cause giuridiche, quali la concessione in uso di licenze e la locazione di spazi fisici.

Ma i più dibattuti temi concernono i rapporti tra le parti e lo sfruttamento dei dati raccolti e gestiti dai *provider*. Sotto il primo profilo, i rapporti tra *cloud provider* e utente sono spesso connotati da un chiaro squilibrio tra le parti contrattuali, non solo in termini di asimmetrie informative, ma anche sotto il profilo delle determinazioni contrattuali in tema di responsabilità; a ciò si aggiunga che, sovente, tali rapporti si risolvono in una forma di “dipendenza commerciale” dei secondi dai primi, nella misura i clienti – soprattutto quando si tratta di piccole e medie imprese – si ritrovano nell’impossibilità di risolvere i contratti o rivolgersi ad altri fornitori senza subire ripercussioni negative sulla propria attività di impresa. Sotto il secondo profilo, invece, i *provider* di servizi *cloud* si trovano nella disponibilità di una ingente quantità di dati, volontariamente messi a disposizione dai clienti, sebbene nei limiti dello specifico servizio richiesto; si pongono quindi tutte le problematiche relative alla raccolta e al trattamento di dati, su cui si avrà modo di ritornare oltre.

Da ultimo, giova evidenziare che i servizi *cloud* sono forniti sia a clienti professionali (B2B) che a consumatori finali (B2C). Nel primo caso, essi sono forniti verso pagamento, commisurato all’effettivo utilizzo dei servizi medesimi (c.d. modello *pay as you go*) ovvero concessi in abbonamento. Nei mercati dei consumatori, invece, i medesimi servizi sono, di norma, forniti gratuitamente (si pensi alla posta elettronica, ai servizi di archiviazione di immagini, dati e documenti); in questi casi, non è generalmente previsto un corrispettivo, ma le entrate dei *provider* sono generate tramite la pubblicità o la vendita dei dati sul comportamento dell’utente. Talora, si adotta il c.d. modello *freemium*: il servizio base è fornito gratuitamente, ma tutte le espansioni del medesimo sono a pagamento. Tale modello contrattuale è tra i più usati per i *content site*, i siti il cui contenuto è l’oggetto del servizio offerto (si pensi ai giornali e alle riviste *on-line* o ai siti di condivisione video, audio e fotografie, ecc.).

¹¹⁹ Art. 1665 c.c..

5.5. Big data e modelli di business.

5.5.1. L'utilizzo dei dati nella catena del valore.

Come accennato *supra*, i *big data* influenzano i modelli di *business* in varie modalità e da molteplici prospettive¹²⁰.

In primo luogo, essi possono essere risorse primarie dell'impresa. Assumono, in tale dimensione, la funzione di *source*, di risorsa aziendale strumentale alla creazione dei prodotti e servizi, prodotta all'interno dell'impresa o acquisita dall'esterno fonti di dati interne ed esterne. Le fonti interne includono, per esempio, i dati generati tramite il monitoraggio Web o il *crowdsourcing*; quelle esterne includono invece quelle acquistate da fornitori di dati, società gestori di *social media*.

In secondo luogo, i dati possono costituire oggetto dell'attività caratteristica dell'impresa. Come è stato sottolineato in dottrina, i tradizionali modelli di *business* incentrati sulla creazione di prodotti sono generalmente descritti ricorrendo alla catena del valore; ma tale concetto è ancorato alla produzione "fisica" e considera le informazioni come elementi incrementali del valore, piuttosto che fonti di valore in sé¹²¹. I più recenti autori tentano quindi di adattare al concetto di catena del valore i modelli di *business* legati alla gestione dei dati, cercando di enucleare le attività caratteristiche legate ai medesimi e calarle in una "catena del valore virtuale"¹²², che si estrinseca nella acquisizione (mediante raccolta diretta o acquisizione dall'esterno), organizzazione, selezione, analisi (che può essere sia meramente descrittiva dei dati, sia predittiva, idonea cioè a prevedere gli eventi futuri sulla base dei dati esaminati, sia prescrittiva, utilizzata non solo per prevedere gli eventi, ma anche per valutare le scelte da compiere) e rappresentazione dell'analisi¹²³.

¹²⁰ Si riportano di seguito le risultanze della ricerca dell'università di Cambridge, in HARTMANN, ZAKI, FELDMANN, NEELY, *Big Data for Big Business? A Taxonomy of Data-driven Business Models used by Start-up Firms*, University of Cambridge, Cambridge Service Alliance, 2014.

¹²¹ J.F. RAYPORT, J. SVIOKLA, *Exploiting the Virtual Value Chain*, in *Harvard Business Review*, 1995, November-December Issues.

¹²² J.F. RAYPORT, J. SVIOKLA, *Exploiting the Virtual Value Chain*, in *Harvard Business Review*, 1995, November-December Issues.

¹²³ HARTMANN, ZAKI, FELDMANN, NEELY, *Big Data for Big Business? A Taxonomy of Data-driven Business Models used by Start-up Firms*, University of Cambridge, Cambridge Service Alliance, 2014.

L'offerta, rivolta sia a privati che a professionisti¹²⁴, può avere ad oggetto¹²⁵ sia i dati “grezzi”, acquisiti e aggregati dall'impresa ma non sintetizzati né analizzati, sia le informazioni ricavate da tali dati, sia un prodotto o servizio che si fonda sui medesimi e che consente di porre in essere azioni sulla base delle informazioni ritratte. Viene quindi subito in rilievo la differenza tra dato, informazione e conoscenza: il dato è la registrazione della descrizione di un fatto storico o di una caratteristica qualitativa della realtà fenomenica, che tuttavia è “muto” nella misura in cui non è idoneo ad assumere alcun significato; diventa “parlante” solo quando si traduce in informazione, cioè a seguito di un'operazione di estrazione ed elaborazione di quel dato, posto in correlazione con altri. L'utilizzo di informazioni per lo sviluppo di azioni, e cioè l'utilizzo delle informazioni a fondamento di processi decisionali, si traduce nella conoscenza¹²⁶.

Tale *modus operandi* consente alle imprese di ritrarre i relativi profitti, mediante modelli variamente strutturati¹²⁷ che, a ben vedere, non si distinguono dai modelli comunemente adottati dalle imprese tradizionali, se non per alcuni peculiari aspetti. Le imprese possono alienare i diritti di proprietà sui prodotti o concederne la disponibilità o l'uso, possono concedere l'accesso ai servizi gratuitamente o in abbonamento, a fronte del pagamento di un canone, possono ritrarre corrispettivi di intermediazione ovvero specializzarsi nella vendita di servizi pubblicitari mirati. La peculiarità sta nella frequente adozione di strategie di redditualità che involgono la prestazione di servizi (apparentemente) gratuiti, che consentono alle imprese di acquisire quei medesimi dati impiegati per rendere – anche – servizi onerosi¹²⁸. Non dissimile dalla economia “tradizionale” è invece la logica dei costi direttamente correlati all'acquisto di dati, nelle ipotesi di acquisizione da parti terze.

¹²⁴ C. BARNES, H. BLAKE, D. PINDER, *Creating & delivering your value proposition. Managing customer experience for profit*, Kogan Page, London, 2009.

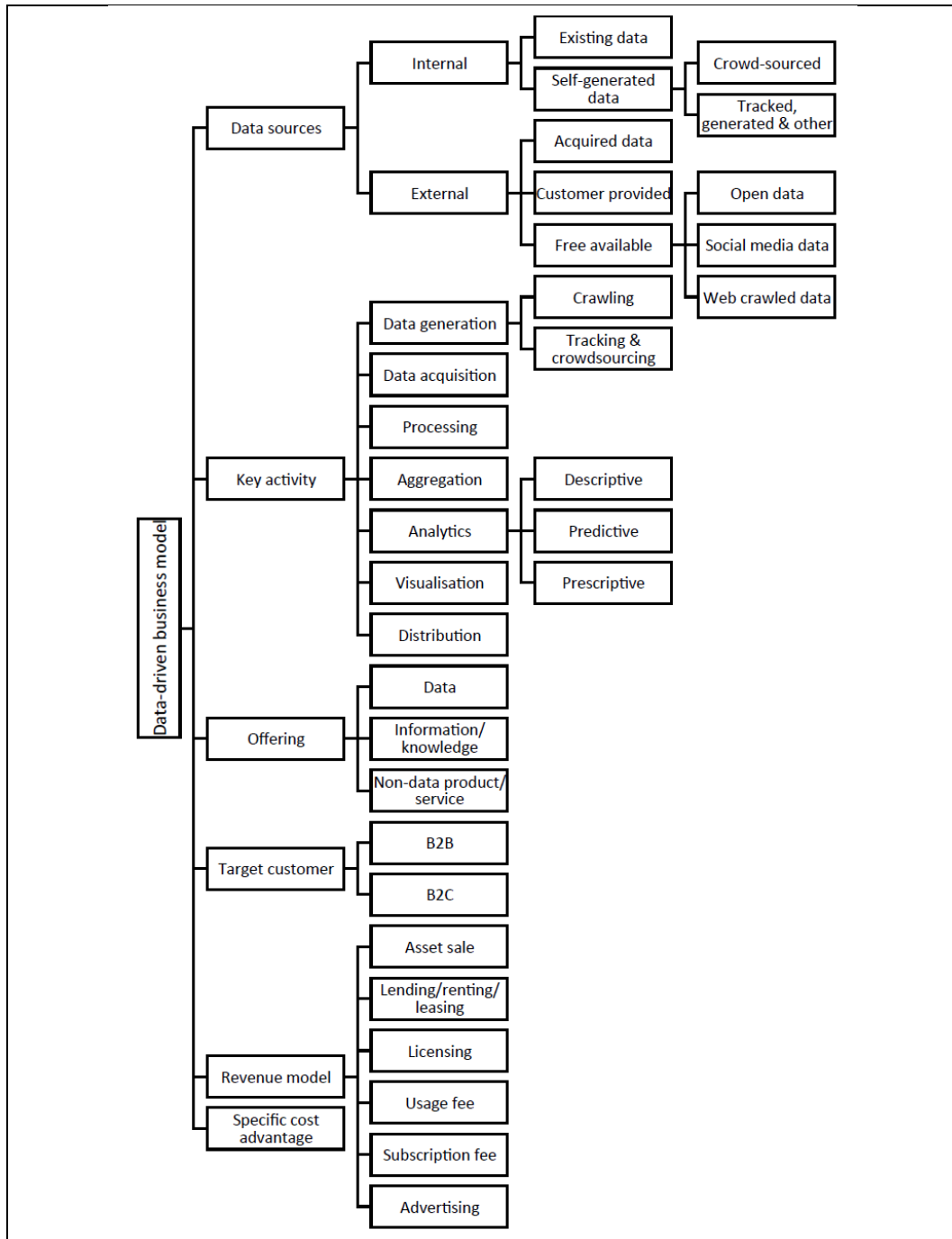
¹²⁵ U. FAYYAD, G. PIATETSKY-SHAPIRO, P. SMYTH, *From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases*, in *AI Magazine*, 1996, p. 37–54.

¹²⁶ La distinzione è ben nota nel campo dell'informatica e, come si avrà modo di rilevare oltre, si pone come imprescindibile premessa per la ricerca e la quantificazione del “valore” dei dati, anche ai fini impositivi.

¹²⁷ A. OSTERWALDER, *The Business Model Ontology. A Proposition in Design Science Research*, Ecole des Hautes Etudes Commerciales de l'Université de Lausanne, 2004; A. OSTERWALDER, Y. PIGNEUR, T. CLARK, *Business model generation. A handbook for visionaries, game changers, and challengers*, New Jersey, 2010.

¹²⁸ Si rinvia sul punto al par. 4.3., sui modelli di *business* multilaterali.

Le argomentazioni finora esposte sono riepilogate nel seguente schema¹²⁹:



Giova concludere con un esempio che esprime efficacemente il ruolo e la funzione dei *big data* per la creazione del valore.

Nel 2009, è stato scoperto un nuovo virus influenzale, denominato H1N1,

¹²⁹ HARTMANN, ZAKI, FELDMANN, NEELY, *Big Data for Big Business? A Taxonomy of Data-driven Business Models used by Start-up Firms*, University of Cambridge, Cambridge Service Alliance, 2014.

che si è diffuso rapidamente in tutti gli Stati Uniti. In mancanza di un vaccino, le autorità sanitarie erano concentrate sulle strategie volte a rallentare la propagazione, dopo averne identificato i focolai. I *Center for Disease and Control and Prevention* americani ordinarono così ai medici di segnalare tutti i nuovi casi influenzali, ma questo metodo di intercettazione non consentiva di bloccare tempestivamente la diffusione della malattia (che anticipava le segnalazioni di circa due settimane, assorbite dal contatto dei medici da parte dei pazienti e dai tempi di trasmissione delle informazioni dai medici stessi alle autorità americane). In tale contesto, alcuni ingegneri di Google pubblicarono uno studio sulla rivista scientifica *Nature*¹³⁰, spiegando che Google era in grado di prevedere la diffusione dell'influenza, anche a livello regionale, in tempo reale in base all'oggetto delle ricerche effettuate su internet, attraverso un'analisi delle parole chiave digitate poste a confronto con i dati pubblicati dallo stesso *Center for Disease and Control and Prevention* sulla diffusione delle influenze invernali negli anni precedenti. Processando 450 milioni di modelli matematici per testare le ricerche e confrontarne l'affidabilità con i dati ufficiali, il software ha scoperto una combinazione di 45 parole chiave che, se impiegate insieme in un modello matematico, presentavano una forte correlazione con i dati ufficiali americani e consentivano di intercettare, in tempo reale, i focolai dell'influenza, mediante uno strumento più utile e tempestivo delle statistiche governative.

Quello appena rappresentato è un chiarissimo esempio che rivela uno dei principali metodi di utilizzo dei dati per la creazione del valore. Nella specie, si tratta di un'azienda che:

- si occupa direttamente della raccolta dei dati rilevanti su larga scala e mediante un servizio offerto gratuitamente agli utenti (*i.e.* il motore di ricerca);
- procede all'aggregazione e all'analisi dei dati, trasformandoli in informazioni;
- sviluppa un prodotto utile per finalità decisionali (il *software* che intercetta, con significativa precisione, i focolai influenzali);

¹³⁰ J. GINSBURG *et al.*, *Detecting influenza epidemics using search engine query data*, *Nature*, 457, Febbraio 2009.

- può cedere tale prodotto ai clienti finali¹³¹.

5.5.2. Gratuità, onerosità e corrispettività nei servizi online.

La sostenibilità di modelli di *business* fondati – anche – sulla gratuità dei servizi offerti è acclarata, ma non scevra di problematiche.

Giova precisare innanzitutto che la maggior parte dei modelli declina variamente la dialettica gratuità-corrispettività, interpretandola e bilanciandola diversamente a seconda dei casi. Per fare qualche esempio, in alcuni modelli, si offre di un *software* open-source gratuito e modificabile, rispetto al quale sono invece a pagamento i servizi correlati quali l'assistenza nell'uso ovvero la personalizzazione del *software* secondo le esigenze del cliente (¹³²); in altri modelli, come il *freemium*, si fornisce una versione base del prodotto gratuitamente e una versione avanzata (ovvero alcuni servizi aggiuntivi) dietro pagamento di un canone periodico¹³³; in altri casi, si offre un servizio gratuitamente per un tempo limitato, oltre il quale il cliente deve corrispondere un prezzo se vuole continuare a fruirne; in altri casi ancora, come il *freedom to pay*, si offre un servizio gratuitamente o verso corrispettivo, a discrezione del cliente, nella consapevolezza che quest'ultimo verserà quanto dovuto riconoscendo l'utilità del servizio offerto¹³⁴; infine, nei c.d. modelli *nothing free*, i servizi offerti sono sempre a pagamento ma i corrispettivi sono suddivisi con lo stesso utente, nella misura in cui il *provider* funge da intermediario tra l'utente e il suo cliente finale e ritrae una percentuale dalla transazione¹³⁵.

Tuttavia, ancora a monte, v'è da chiedersi se la maggior parte dei servizi apparentemente gratuiti erogati tramite *internet* (si pensi ai portali di informazione *online* o ai motori di ricerca) non si basino, invece, su uno scambio economico che, tuttavia, non prevede un corrispettivo in denaro. Molti di essi, come già rilevato, concedono infatti alle imprese di accedere ai dati personali degli utenti, profilarli e utilizzare tali informazioni per trarne profitto. I dati

¹³¹ Non è tuttavia noto se il software di Google sia stato ceduto dietro corrispettivo al governo americano.

¹³² Ne è il migliore esempio Linux. Ma si pensi anche a WordPress o a MovableType.

¹³³ Si pensi a Skype, che consente le comunicazioni tra *personal computer* gratuitamente ma attiva le comunicazioni tra computer e cellulari o telefoni sono dietro pagamento.

¹³⁴ Si pensi a Winzip. In taluni casi, il corrispettivo non è mai richiesto, ma si invitano gli utenti ad effettuare donazioni liberali (come nell'ipotesi di Wikipedia).

¹³⁵ Si pensi a Ebay, Paypal o Google Adwords.

raccolti sono talora concessi dai rispettivi titolari volontariamente, di norma creando un *account* e seguendo un'apposita procedura di registrazione; in altri casi, essi sono raccolti senza un previo comportamento attivo del titolare dei dati. Gli utenti possono infatti essere distinti a seconda che dispongano di un account creato a seguito di una procedura di registrazione per l'accesso "autenticato"; ai servizi (cd. utenti autenticati, ad esempio per il servizio di posta elettronica), ovvero che utilizzino le medesime funzionalità in assenza di previa autenticazione (cd. utenti non autenticati).

Certamente, la gamma dei servizi on line accessibili al pubblico attraverso reti di comunicazione elettronica è ampia ed eterogenea; come riconosce anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato¹³⁶, essi spaziano “*dal motore di ricerca sul web alla posta elettronica, dalle mappe on line alla commercializzazione di spazi pubblicitari, dai social network alla gestione di pagamenti on line, dai negozi virtuali per l'acquisto di applicazioni, musica, film, libri e riviste, alla ricerca, visualizzazione e diffusione di filmati, da servizi di immagazzinamento, condivisione e revisione di testi, a software per la visualizzazione di immagini o per la gestione di agende e calendari, da funzionalità per il controllo e la gestione dei profili dell'utente, all'immagazzinamento (servizi cloud/storage), a strumenti di analisi statistica e di monitoraggio dei visitatori di siti web e così via*”. L'elemento comune e caratterizzante è comunque la tendenziale assenza di un corrispettivo.

I servizi gratuiti consentono, tuttavia, di raccogliere una quantità considerevole di dati, utilizzati soprattutto per finalità di profilazione, cioè “*per l'analisi e l'elaborazione di informazioni relative a utenti o clienti, al fine di suddividere gli interessati in "profili", ovvero in gruppi omogenei per comportamenti o caratteristiche sempre più specifici*”, volte ad identificare inequivocamente il singolo utente o il singolo terminale. A sua volta, la profilazione è utilizzata per le più disparate finalità, ma sempre per aumentare il valore dei servizi forniti e, quindi, per chiari scopi commerciali; come la stessa Autorità sopra citata riconosce, le società che li offrono adottano, di norma, “*modelli di business che valorizzano gli introiti ad esse derivanti dalla*

¹³⁶ AUTORITÀ GARANTE PER LE COMUNICAZIONI, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line*, 19 marzo 2015, in www.agcom.it.

pubblicità”.

Non sembra, allora, che l'assenza di una controprestazione in denaro basti a qualificare detti servizi come liberali in senso proprio; può, semmai, assumersi che si tratta di servizi non corrispettivi, nella misura in cui, tra la fruizione del servizio da parte dell'utente e la cessione delle proprie informazioni, non intercorre un preciso rapporto sinallagmatico. Nondimeno, potrebbe comunque ritenersi che essi ricadano nel novero dei servizi onerosi, nella misura in cui si realizza comunque uno scambio – sebbene non sinallagmatico – tra prestazioni suscettibili di valutazione economica.

Giova precisare che l'onerosità e la corrispettività non possono considerarsi concetti "omogenei" quali termini di un'equivalenza¹³⁷, in quanto la prima, a differenza della seconda, emerge anche in assenza "della reciprocità di impegni giuridicamente vincolanti", nella misura in cui dalla "sopportazione di uno svantaggio economico" l'autore consegue "un vantaggio dal soggetto o dai soggetti ai quali egli abbia volto un'attribuzione patrimoniale"¹³⁸. Può dunque ritenersi che il concetto di onerosità rechi in sé un novero di fattispecie più ampie di quelle meramente corrispettive, in quanto non è limitato alla sinallagmatica interdipendenza tra prestazioni reciproche, ma si estende a tutti gli atti negoziali "che fungono da fonte di obbligazioni per ambedue le parti", seppur sganciate dal vincolo della corrispettività¹³⁹.

¹³⁷ Sulla distinzione fra onerosità e corrispettività si rinvia a E. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, p. 2; R. SACCO, *La qualificazione del contratto*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. X, Tomo 2, 1993, pp. 457 ss.; P. RESCIGNO, voce: *Il contratto*, in *Enc. giur. trec.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 28.

¹³⁸ S.F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. informatica*, fasc.6, 2002, pag. 1087.

¹³⁹ C. M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto Civile*, vol. III, Milano, 1987, p. 467. Sulla gratuità o onerosità dei contratti di accesso a servizi online, v. M. ATELLI, *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al 'door to door'*, Napoli, 2001, p. 234 s., il quale sostiene che l'onerosità è insita nella negoziabilità del consenso al trattamento dei dati (consenso qualificato come negoziabile ma non negoziale), "cioè il suo farsi prestazione, che permette al titolare dell'interesse esposto a compressione di inserire il primo all'interno di un rapporto di scambio, con la conseguenza che non sono gratuiti i servizi offerti a fronte della prestazione di tale consenso.

Sul punto, si rinvia a S. F. BONETTI, *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet: i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. inf.*, 2002, p. 1093 s., il quale qualifica i contratti in questione come onerosi qualora i dati siano comunicati a società esterne per un loro trattamento a fini pubblicitari; F. ASTONE, *Il rapporto tra gestore e utente: questioni generali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 114, il quale sostiene che «l'attività del gestore trova così giustificazione nello

Anche l'ormai consolidato orientamento della Commissione europea riconosce che i “*dati personali, le preferenze dei consumatori e altri contenuti generati dagli utenti hanno un valore economico de facto e vengono venduti a terzi*”¹⁴⁰. Depone per la qualificazione dei dati come controprestazione non pecuniaria anche la disciplina in materia di concentrazioni tra imprese, ove si consideri che, in taluni casi¹⁴¹, la Commissione ha nuovamente sottolineato il valore economico dei dati degli utenti dei “*consumer communication services*”.

I fenomeni appena descritti implicano diverse problematiche sotto il profilo giuridico; si illustreranno nel seguito le più immediate, nonché le più rilevanti ai fini di interesse in tal sede: si tratta della contestualizzazione dei dati nella logica

*scambio che, in ragione dell'attività degli utenti, si realizza con l'inserzionista; allo stesso modo, la gratuità del servizio fornito agli utenti è funzione di quel medesimo scambio ed è — come prima già si diceva — una gratuità interessata, giustificata dal collegamento causale che si realizza tra prestazioni del gestore, prestazioni dell'inserzionista, attività degli utenti»; R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 96, il quale rileva che « i contratti per i servizi di social network di norma non prevedono il pagamento di un corrispettivo da parte degli utenti. Non sono evidentemente, contratti liberali: i fornitori di servizi di social network perseguono un interesse economico, attraverso la vendita di spazi pubblicitari e la commercializzazione di attività di profilazione dell'utenza. Si può parlare di contratti gratuiti interessati (a meno che non si voglia configurare l'autorizzazione a trattare i dati personali come un vero e proprio prezzo per la fruizione dei servizi)»; W. VIRGA, *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 232, il quale sottolinea che « per il gestore del servizio gli utenti, in realtà, non rappresentano altro che la contropartita offerta agli inserzionisti a fronte del loro investimento ». Per una sintesi delle posizioni, si veda S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2016, p. 513.*

¹⁴⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali*, Bruxelles, 25 maggio 2016 p. 28. Tale riconoscimento è altresì esplicitato nella decisione dell'11 maggio 2017 dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato, che ha irrogato a carico di Whatsapp una sanzione pecuniaria di 3.000.000 di euro per il mancato rispetto della normativa domestica in materia di consenso informato da parte dei consumatori. In particolare, nel 2016, Whatsapp ha modificato i Termini di utilizzo, introducendo, tra le altre innovazioni, la condivisione con Facebook di alcune informazioni degli utenti di WhatsApp Messenger per finalità di profilazione e uso commerciale da parte della controllante. L'Autorità ha ricondotto la fattispecie alle “pratiche commerciali” ai sensi del Codice del Consumo, proprio alla luce della natura economica dei dati raccolti da Whatsapp e del successivo trasferimento di tali “ricchezze” a Facebook al fine di consentire a quest'ultima di sfruttarle per migliorare i propri servizi pubblicitari; poi, ha qualificato la medesima pratica come aggressiva in quanto idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, inducendolo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso (la condotta in esame è stata attuata attraverso una procedura in *app* di accettazione dei nuovi Termini di utilizzo dell'applicazione che prevedeva l'informazione sulla necessità di tale accettazione a pena di dover interrompere la fruizione del servizio, nella quale non era adeguatamente evidenziata la possibilità di poter negare il consenso alla condivisione dei dati con Facebook).

¹⁴¹ COMMISSIONE EUROPEA, caso No. COMP/M.7217 – FACEBOOK/WHATSAPP, sui profili concorrenziali dell'acquisizione di WhatsApp da parte di Facebook, ove si legge che “*The vast majority of social networking services are provided free of monetary charges. They can however be monetized through other means, such as advertising or charges for premium services*”.

del sinallagma contrattuale e della – in parte, conseguente – correttezza della aggettivazione della loro raccolta come “predatoria”.

5.5.3. Dati e consenso dell'interessato.

L'inquadramento della fattispecie come transazione commerciale (dati vs servizio gratuito) sortisce importanti ripercussioni, nella misura in cui, secondo un'impostazione tradizionale, i diritti della personalità sono considerati indisponibili e il consenso a che altri ne faccia in qualche modo uso è qualificato quale mero consenso dell'avente diritto, sempre revocabile. Nondimeno, la dottrina maggioritaria ammette la possibilità di dedurre in contratto gli attributi immateriali della persona¹⁴², riconoscendone il contenuto patrimoniale e la possibilità di disporre tramite pattuizione contrattuale¹⁴³.

Tuttavia, sia la giurisprudenza che la dottrina che ammettono la contrattualizzazione dei diritti della personalità non dimenticano l'esigenza di tutelare la persona ma la soddisfano per altra via, richiedendo cioè un maggior grado di determinatezza dell'oggetto di tali contratti, nonché una maggiore specificità del consenso prestato, che deve essere consapevole (e non oggetto di indiretta attenzione nel contratto) e specifico (cioè circoscritto a determinati usi che la controparte può fare di quel diritto)¹⁴⁴.

¹⁴² D. MESSINETTI, *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 352 s.; M. UBERTAZZI, *Il diritto alla privacy. Natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004, p. 86 s.. *Contra*, la tesi tradizionale, ormai superata, che ne negava la commercializzazione sulla base della disdicevolezza del mercimonio della persona che per denaro si mostra al pubblico: cfr. Trib. Torino 7-4-1954, in *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 187, con nota di P. VERCELLONE, *In tema di diritto all'immagine*; in dottrina v. G. SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, p. 162. Più recentemente, nel senso di negare la patrimonialità dei negozi in questione, v. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, p. 7. Per una sintesi e un commento delle due tesi, si veda S. THOBANI, *I requisiti del consenso al trattamento dei dati personali*, Milano, 2016.

¹⁴³ Sul punto, anche V., per tutte, Cass. 17-2-2004 n. 3014, la quale ha statuito, sebbene in *obiter dictum*, che « il consenso di cui si tratta costituisce un negozio unilaterale (come è pacifico in giurisprudenza e in dottrina), che non ha ad oggetto il diritto — personalissimo ed inalienabile — all'immagine, ma solo il suo esercizio; dal che deriva che il consenso, sebbene possa essere occasionalmente inserito in un contratto, da esso resta tuttavia distinto ed autonomo (ciò che rileva anche ai fini della sua revocabilità, quale che sia il termine eventualmente indicato per la pubblicazione consentita), e che la pattuizione del compenso non costituisce un elemento del negozio autorizzativo in questione ».

¹⁴⁴ Il Garante della Privacy assume invece, a tratti, una posizione ambigua ancorata alla necessaria “libertà” del consenso, ove per libero sembra intendersi un consenso economicamente disinteressato. Sulla confutazione di tale argomento si rinvia a S. THOBANI, *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2016, p. 513.

Si tratta, a questo punto, di verificare se il consenso sia libero, specifico e consapevole e *quanto* esso valga. Sul punto e sul suo sviluppo giuridico si tornerà meglio oltre, non mancando di sottolineare sin d'ora che alcuni economisti¹⁴⁵ che non negano il carattere corrispettivo della transazione dato vs servizio gratuito si sono spinti a teorizzare dei modelli matematici tesi ad individuare la valorizzazione economica dei dati, anche al fine – prospettico – di consentire ai rispettivi titolari di acquisire una crescente consapevolezza sul loro valore.

Giova premettere che, secondo la definizione normativa¹⁴⁶ è dato personale « *qualunque informazione relativa a persona fisica, identificata o identificabile, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale* »; è invece trattamento « *qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati* »¹⁴⁷. In via interpretativa, la giurisprudenza ha incluso nel novero dei dati anche i dati relativi alla navigazione Internet ed ai siti visitati¹⁴⁸, e che è trattamento dei dati anche l'operazione consistente nel far comparire dati personali su una pagina internet.

L'apposita disciplina di settore che, peraltro, è stata di recente rafforzata a livello europeo, con il regolamento UE/2016/679, pienamente efficace dal 25 maggio 2018, che definisce come “dato personale” (art. 4, n. 1) “*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un*

¹⁴⁵ C. LI, D.Y. LI, G. MIKLAU, D. SUCIU, “*A Theory of Pricing Private Data*”, 2012, <http://arxiv.org/pdf/1208.5258.pdf>.

¹⁴⁶ Codice della Privacy, art. 4, lett. b).

¹⁴⁷ Codice della Privacy, art. 4, lett. a).

¹⁴⁸ Secondo i giudici della High Court of Justice inglese, nel caso Vidal-Hall, Hann, Bradshaw vs Google Inc. (Case No: HQ13X03128), 16 gennaio 2014, i dati relativi alla navigazione Internet e i siti visitati sono qualificabili come dati personali. V. anche Court of Appeal UK, 27 marzo 2015, Case No: A2/2014/0403. Per un commento, cfr. L. VALLE, G. GRECO, *Transnazionalità del trattamento dei dati personali e tutela degli interessati, tra strumenti di diritto internazionale privato e la prospettiva di principi di diritto privato di formazione internazionale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2017, p. 168.

identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale".

Rispetto al tema del consenso, occorre tuttavia distinguere le due principali ipotesi nelle quali i dati vengono raccolti: la profilazione *volontaria*, tipicamente a seguito di registrazione, e quella *involontaria*, tramite *cookies* di profilazione.

Quanto ai servizi gratuiti offerti in internet, essi sono comunemente forniti previa registrazione¹⁴⁹. Detta registrazione, tuttavia, presuppone il consenso, da parte dell'utente e in favore del *content provider*, al trattamento dei dati¹⁵⁰ immessi a tali fini e raccolti nel corso delle sessioni di utenza del servizio¹⁵¹.

¹⁴⁹ G. A. M. BELLOMO, "THERE AIN'T NO SUCH THING AS A FREE LUNCH". *Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pag. 205. Nello stesso senso, G. ZHENG, E S. PELTSVERGER, *Web Analytics Overview*, in *Encyclopedia of Information Science and Technology*, 2015, p. 56.

¹⁵⁰ Sono dati personali tutte le informazioni che identificano o rendono identificabile una persona fisica e che possono fornire dettagli sulle sue caratteristiche, le sue abitudini, il suo stile di vita, le sue relazioni personali, il suo stato di salute, la sua situazione economica, etc.. All'interno di questa categoria generale, si può distinguere tra: (i) dati identificativi: quelli che permettono l'identificazione diretta, come i dati anagrafici (ad esempio: nome e cognome), le immagini, etc.; (ii) dati sensibili: quelli che possono rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, lo stato di salute e la vita sessuale; (iii) dati giudiziari: quelli che possono rivelare l'esistenza di determinati provvedimenti giudiziari soggetti ad iscrizione nel casellario giudiziale (ad esempio, i provvedimenti penali di condanna definitiva, la liberazione condizionale, il divieto od obbligo di soggiorno, le misure alternative alla detenzione) o la qualità di imputato o di indagato. Con l'evoluzione delle nuove tecnologie, altri dati personali hanno assunto un ruolo significativo, come quelli relativi alle comunicazioni elettroniche (via Internet o telefono) e quelli che consentono la geo-localizzazione, fornendo informazioni sui luoghi frequentati e sugli spostamenti, etc. A livello nazionale, i dati personali sono oggetto di protezione in base al Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali).

¹⁵¹ Per fare un esempio, all'attivazione di un *account* di accesso ai servizi Google, si accettano i seguenti termini:

"Quando crei un account Google, memorizziamo le informazioni che ci fornisci, ad esempio nome, indirizzo email e numero di telefono.

Quando utilizzi i servizi Google per svolgere operazioni quali scrivere un messaggio in Gmail o un commento a un video di YouTube, le informazioni che crei vengono memorizzate.

Quando cerchi un ristorante su Google Maps o guardi un video su YouTube, ad esempio, elaboriamo informazioni su queste attività, incluse informazioni quali il video che hai guardato, gli ID dispositivo, gli indirizzi IP, i dati dei cookie e la posizione.

I tipi di informazioni descritti sopra vengono elaborati anche quando utilizzi app o siti che usufruiscono di servizi Google quali annunci, Analytics e il video player di YouTube.

A seconda delle tue impostazioni account, alcuni di questi dati potrebbero essere associati al tuo account Google e vengono considerati informazioni personali. Puoi controllare il modo in cui i dati vengono raccolti e utilizzati nella pagina Account personale (myaccount.google.com).

Perché li elaboriamo.

Elaboriamo questi dati per i fini descritti nelle nostre norme, inclusi i seguenti:

Aiutare i nostri servizi a offrire contenuti più utili e personalizzati, ad esempio risultati di ricerca più pertinenti;

Altra nota modalità di tracciamento è quella che avviene tramite i *cookie*, righe di testo usate per eseguire (in forma anonima) autenticazioni automatiche. I *cookie* non sono in grado di riconoscere il singolo utente, ma esauriscono la loro funzione di tracciamento limitatamente ad uno specifico indirizzo IP (elemento identificativo del dispositivo nella rete) o ad una specifica sessione di utilizzo di un *browser*; sono, comunque, strumenti volti ad intercettare informazioni sui visitatori dei siti internet, informazioni poi utilizzati per la profilazione degli utenti e la personalizzazione delle offerte pubblicitarie. In tale contesto, e al fine di giungere a una corretta regolamentazione dei *cookies*, si è mosso lo stesso legislatore che, in attuazione delle disposizioni contenute nella direttiva 2009/136/CE¹⁵², ha ricondotto l'obbligo di acquisire il consenso preventivo e informato degli utenti all'installazione di *cookie* utilizzati per finalità diverse da quelle meramente tecniche¹⁵³. In applicazione delle previsioni legislative, in

*Migliorare la qualità dei nostri servizi e svilupparne di nuovi;
Pubblicare annunci personalizzati, sia all'interno dei servizi Google sia su siti e app partner di Google;*

Migliorare la sicurezza offrendo protezione contro attività fraudolente e comportamenti illeciti; e

Svolgere analisi e misurazioni per comprendere in che modo vengono utilizzati i nostri servizi.

Combinazione dei dati.

Combiniamo anche i dati dei nostri servizi e di dispositivi diversi per tali finalità. Ad esempio, ti mostriamo annunci basati sulle informazioni relative al tuo utilizzo della Ricerca Google e di Gmail, e utilizziamo dati di migliaia di miliardi di query di ricerca per creare modelli di correzione ortografica da utilizzare in tutti i nostri servizi”.

¹⁵² Cfr. art. 1, comma 5, lett. a), del d. lgs. 28 maggio 2012, n. 69, che ha modificato l'art. 122 del Codice della privacy.

¹⁵³ Come si legge nel comunicato del GARANTE DELLA PRIVACY, *Informativa e consenso per l'uso dei cookie* (in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/3585077>), “i *cookie* sono piccoli file di testo che i siti visitati dagli utenti inviano ai loro terminali, ove vengono memorizzati per essere poi ritrasmessi agli stessi siti alla visita successiva. I *cookie* delle c.d. "terze parti" vengono, invece, impostati da un sito web diverso da quello che l'utente sta visitando. Questo perché su ogni sito possono essere presenti elementi (immagini, mappe, suoni, specifici link a pagine web di altri domini, ecc.) che risiedono su server diversi da quello del sito visitato”. I *cookie* si distinguono in “tecnici” e “di profilazione”. I primi servono a effettuare la navigazione o a fornire un servizio richiesto dall'utente. Non vengono utilizzati per scopi ulteriori e sono normalmente installati direttamente dal titolare del sito web. Senza il ricorso a tali *cookie*, alcune operazioni non potrebbero essere compiute o sarebbero più complesse e/o meno sicure, in quanto essi consentono di mantenere attiva l'identificazione dell'utente nell'ambito di una sessione di *log in*.

I secondi sono utilizzati per tracciare la navigazione dell'utente in rete e creare profili sui suoi gusti, abitudini, scelte, ecc. Con questi *cookie* possono essere trasmessi al terminale dell'utente messaggi pubblicitari in linea con le preferenze già manifestate dallo stesso utente nella navigazione online.

Garante della Privacy ha emesso un apposito provvedimento¹⁵⁴, introducendo misure tali da consentire agli utenti di esprimere scelte realmente consapevoli sull'installazione dei cookie mediante la manifestazione di un consenso espresso e specifico e tali da non impattare sulla continuità della navigazione dei medesimi utenti volta alla fruizione, da parte loro, dei servizi telematici¹⁵⁵.

Per proteggere la privacy degli utenti e consentire loro scelte più consapevoli, il Garante ha dunque stabilito che le pagine *web* che utilizzano *cookies* di profilazione devono esporre, al momento dell'accesso dell'utente un banner ben visibile, in cui sia indicato chiaramente: (i) che il sito utilizza cookie di profilazione per inviare messaggi pubblicitari mirati; (ii) che il sito consente anche l'invio di cookie di "terze parti", ossia di cookie installati da un sito diverso tramite il sito che si sta visitando; (iii) un link a una informativa più ampia, con le indicazioni sull'uso dei cookie inviati dal sito, dove è possibile negare il consenso alla loro installazione direttamente o collegandosi ai vari siti nel caso dei cookie di "terze parti"; (iv) l'indicazione che proseguendo nella navigazione (ad es., accedendo ad un'altra area del sito) si presta il consenso all'uso dei *cookie*.¹⁵⁶

Alcuni *cookie* scadono nel momento in cui si abbandona il sito visitato – in tal senso, si parla di *session cookie* – altri, cd. *persistent cookie*, rimangono sull'hard disk per un periodo di tempo determinato o finché non vengono cancellati dall'utente.

Sotto il profilo soggettivo, i *cookie* possono essere installati sul terminale dell'utente dallo stesso gestore del sito che l'utente sta visitando (che può essere sinteticamente indicato come "editore") o dal gestore di un sito diverso che installa *cookie* per il tramite del primo (c.d. "terze parti").

Il citato documento del Garante della Privacy evidenzia che “*in base alle caratteristiche tecniche ed alle funzioni che possono svolgere, si individuano diverse tipologie di cookie: (i) HTML cookie, ossia cookie generalmente incorporati nelle informazioni HTML (ad esempio, le pagine viste) che il computer ed il server si trasmettono per consentire la personalizzazione delle informazioni utili alla navigazione degli utenti. (ii) Flash cookie: sono quelli associati al software Adobe Flash. (iii) Web bug, web beacon, tracking bug, pixel tag, cookie anchor, etc.: sono la tipologia più utilizzata per il tracciamento. Possono essere inclusi in una pagina web o in una email e consentono di verificare non solo le pagine viste, ma anche le azioni compiute dall'utente (parole digitate, ricerche effettuate, annunci pubblicitari selezionati, frasi evidenziate, preferenze di acquisto e, in qualche caso, anche i mezzi di pagamento utilizzati, movimenti del mouse), nonché le informazioni di dettaglio (come l'indirizzo IP)*”.

¹⁵⁴ Individuazione delle modalità semplificate per l'informativa e l'acquisizione del consenso per l'uso dei *cookie*, provvedimento dell'8 maggio 2014.

¹⁵⁵ Il citato provvedimento prevede, in particolare, che “*nel momento in cui l'utente accede a un sito web, deve essergli presentata una prima informativa "breve", contenuta in un banner a comparsa immediata sulla home page (o altra pagina tramite la quale l'utente può accedere al sito), integrata da un'informativa "estesa", alla quale si accede attraverso un link cliccabile dall'utente*”.

¹⁵⁶ Una decisione della Court of Appeal inglese (Court of Appeal inglese, Google Inc. vs Vidal-Hall, Hann, Bradshaw (Case No: A2/2014/0403), 27 marzo 2015) ha affermato la responsabilità della società informatica Google Inc., con sede negli Stati Uniti, per l'illecito

In questo modo, l'ordinamento ha reagito alla specifica ipotesi dei *cookie* come strumenti, ben più sofisticati, idonei ad associare le informazioni al singolo utente¹⁵⁷.

Per concludere, non sembra dunque corretto assumere che la raccolta di dati sia, sempre e comunque, predatoria. In realtà, l'ordinamento disciplina in dettaglio

utilizzo dei dati personali degli utenti raccolti senza il loro consenso né la loro consapevolezza attraverso il browser Safari grazie ad un sistema di *cookie*. Le c.d. *Browser Generated Information* venivano quindi aggregate e trasmesse da Google ai suoi *advertiser* che potevano in questo modo selezionare e far visualizzare sui dispositivi le pubblicità e gli annunci più aderenti al profilo degli utenti. Il giudice di primo grado ha affermato la risarcibilità del danno cagionato, anche se non connesso ad alcuna effettiva perdita in termini economici. Anche l'Autorità Garante francese CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) è intervenuta nei confronti di *Microsoft Corporation*, accusata di effettuare un'eccessiva attività di raccolta di dati non necessari attraverso il servizio di telemetria (Décision n. 2016-058 del 30 giugno 2016). Nella stessa occasione l'Autorità ha rilevato la mancata acquisizione del consenso preventivo al trattamento di dati personali con finalità di *advertising* e la mancata informativa circa l'utilizzo di *cookie* (per un commento, si veda L. VALLE, G. GRECO, *Transnazionalità del trattamento dei dati personali e tutela degli interessati, tra strumenti di diritto internazionale privato e la prospettiva di principi di diritto privato di formazione internazionale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2017, p. 168).

¹⁵⁷ Lo stesso studio dell'AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online*, Allegato A alla Delibera n. 19/14/CONS, in www.agcom.it, ne elenca alcuni, e cioè:

- IP address. Alcuni utenti possono essere tracciati sulla base dell'indirizzo IP del computer che richiede la pagina. Il server riconosce l'indirizzo IP del computer che utilizza il browser (o la proxy), riuscendo a ricondurre la sessione di navigazione dell'utente a tale indirizzo. Il limite di questo metodo risiede nel fatto che molti computer spesso non hanno un indirizzo pubblico ma sono collegati ad una rete privata e sfruttano il re-indirizzamento in NAT (Network Address Translator).

- URL. Una tecnica più precisa si basa sulle informazioni contenute nell'URL (Uniform Resource Locator). Quando l'utente accede ad un sito, viene utilizzata la stringa di testo associata all'url per veicolare le informazioni relative all'utente, che vengono restituite dal browser al server.

- Web Form, ossia formulari online che consentono di tracciare la sessione di navigazione dell'utente.

- Window.name, che permette di memorizzare una discreta quantità di informazioni mediante JavaScript, senza coinvolgere il server.

- Immagini nella mail. Un altro modo per ottenere informazioni è inserire all'interno di una email (una newsletter o una mail pubblicitaria) un link ad un server esterno per la visualizzazione di immagini, così da comprendere se l'email è stata aperta dall'utente al quale era indirizzata.

- Deep Packet Inspection (DPI) - che assicura un'analisi del traffico dell'utente al più completo livello di dettaglio possibile - è una forma di filtraggio dei pacchetti dati in transito su internet che esamina i contenuti dei pacchetti stessi. Gli apparati che implementano la DPI, infatti, non si limitano a controllare l'intestazione dei pacchetti, che contiene informazioni quali gli indirizzi IP mittenti e destinatari e informazioni sul servizio/protocollo di rete utilizzato (numeri di "porta"), ma controllano anche i dati contenuti nei pacchetti stessi.

- Autenticazione http. Il tracciamento dell'utente può avvenire anche attraverso l'autenticazione http, in quei casi in cui all'utente è consentito accedere ad un determinato sito solo dopo aver fornito le proprie credenziali (ad esempio tramite account), che vengono poi memorizzate dal browser.

- Geolocalizzazione. Un'ulteriore forma di tracciamento riguarda le tecniche di geolocalizzazione attraverso il GPS (integrato in molti dispositivi mobili) e le informazioni relative alla cella della rete mobile utilizzata.

tale raccolta e presuppone che l'interessato fornisca specificamente il consenso al trattamento dei dati che fornisce; Di recente, peraltro, tale protezione è stata vieppiù rafforzata. Del resto, non può trascurarsi che la concessione di dati non ha carattere unilaterale e liberale, ma risponde alla fruizione di un servizio "gratuito" comunque offerto dal soggetto che li raccoglie e di cui l'utente ha interesse a fruire; in questa prospettiva, non sembra che tale concessione, se rispettosa della normativa di settore, possa essere tacciata di predatorietà, pur residuando ipotesi patologiche cui, tuttavia, il sistema normativo non manca di reagire con strumenti disincentivanti (*in primis*, apposite sanzioni) ad effetto efficacemente deterrente.

CAPITOLO II

LE PRINCIPALI PROBLEMATICHE FISCALI DELLA *DIGITAL ECONOMY*

SOMMARIO: 1. Il *BEPS Action Plan* dell'OCSE. Un inquadramento sistematico. – 2. Le questioni problematiche. Premessa. – 3. Il problema della fonte. I principi e i criteri di localizzazione nel *source State* dei redditi prodotti dalle imprese. – 3.1. I limiti alla potestà impositiva extraterritoriale degli Stati. – 3.1.1. La prospettiva domestica e la giustificazione costituzionale dell'imposizione. – 3.1.2. La prospettiva internazionale e le limitazioni che ne conseguono. – 3.1.3. La ripartizione della potestà impositiva nell'imposizione diretta. Premesse e corsi storici. – 3.1.4. La soluzione degli anni '20 e la prima *model tax convention*. – 3.1.5. Conclusioni sul punto. – 3.2. Il criterio di collegamento tradizionale e i nuovi scenari. Ricorsi storici? – 4. Il problema della residenza. L'erosione delle basi imponibili. – 4.1. *Treaty shopping* e norme domestiche. – 4.2. Norme domestiche e concorrenza fiscale. Il caso Irlanda-USA. – 4.3. *Ratio* e *intentio* delle politiche fiscali domestiche. Pianificazione fiscale aggressiva e diritto tributario globale. – 5. Il problema della capacità contributiva. Nuove forme di imposizione. – 5.1. La prima fase. Internet come *no tax land*. – 5.2. L'evoluzione della riflessione e i nuovi indici di capacità contributiva. La *bit tax* come primo tentativo di teorizzazione. – 5.3. Capacità contributiva e dati personali.

1. IL *BEPS ACTION PLAN* DELL'OCSE. UN INQUADRAMENTO SISTEMATICO.

Da ormai molti anni, si tenta di comprendere e di affrontare le problematiche derivanti dall'impatto dell'economia digitale sui sistemi fiscali domestici e internazionali. Il più compiuto e recente tentativo si deve all'OCSE che, nell'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* del 2013, ha dedicato l'Action 1 proprio a questa tematica. Non si tratta, invero, di un tentativo inedito; le prime riflessioni risalgono infatti agli anni '90, quando l'OCSE cominciò a studiare la problematica, soprattutto in esito alle conferenze di Turku del 1997¹ e di Ottawa del 1998², cui fece seguito il *report* del *Technical Advisory Group* del 15 dicembre 2005; al tempo, però, prevalse un approccio attendista e cauto³, che

¹ OECD, *Electronic Commerce: The Challenges of Tax Authorities and Taxpayers*, Parigi, 18 novembre 1997.

² OECD, *Electronic Commerce: A discussion Paper on Taxation Issues*, Parigi, 7 ottobre 1998.

³ F. PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, p.

non metteva in discussione i principi della fiscalità internazionale, ma piuttosto tentava di adattarli alla nuova dimensione economica⁴.

Il BEPS ha nuovamente acceso i riflettori sul tema, con un approccio che sembra più rivoluzionario (quantomeno nelle intenzioni), anche alla luce della sempre maggior importanza che la questione sta assumendo a livello internazionale.

Il primo merito del BEPS sta nell'aver riconosciuto che occorre innanzitutto inquadrare la problematica sotto il profilo economico, individuando il perimetro del fenomeno (*cosa* è cambiato nel fare economia con l'avvento della digitalizzazione e delle ICT), prima di rincorrere le soluzioni; solo a valle di tale – doverosa – analisi pre-giuridica, potrà procedersi con la valutazione delle conseguenti implicazioni fiscali⁵. Come infatti illustrato nel capitolo che precede, la stessa OCSE riconosce che non esiste – né probabilmente occorre delineare – una definizione univoca di *digital economy*, ma è ben più utile comprendere come le nuove dinamiche economiche sfruttino, in modo più o meno significativo, le tecnologie dell'ICT, sì da verificare come tali tecnologie impattino su quei modelli economici posti a base dei principi fiscali oggi noti e vigenti.

Detto altrimenti, le tecnologie ICT, del tutto sconosciute fino a cinquant'anni fa, hanno determinato dei significativi mutamenti nel modo di fare economia; se non si comprendono le dinamiche economiche che si basano su tali tecnologie, non può neppure ipotizzarsi un'indagine che abbia ad oggetto l'impatto delle medesime sui sistemi fiscali moderni (sistemi che, è bene precisarlo sin d'ora, si fondano in gran parte su pilastri costruiti ben prima dello sviluppo di questi strumenti).

895; S. CIPOLLINA, *I redditi "nomadi" delle società multinazionali nell'economia digitale*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 59.

⁴ Da queste riflessioni derivarono alcune integrazioni al Commentario OCSE, soprattutto in materia di stabile organizzazione e di sito web, server e internet provider. Cfr. F. PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, p. 895.

⁵ Non a caso, il progetto BEPS ha coinvolto non solo i soggetti istituzionali (*in primis*, gli Stati), ma anche gli operatori economici, chiamati a commentare i *discussion drafts* pubblicati dall'OCSE e riferiti alle singole azioni. Il *discussion draft* relativo all'Action 1 è stato pubblicato il 24 marzo 2014 e i relativi commenti sono stati diramati il 16 aprile dello stesso anno. A tali documenti hanno fatto seguito un *interim report* (settembre 2014) e il successivo *final report* (ottobre 2015). Sul tema dell'economia digitale, l'OCSE ha inoltre aperto una nuova consultazione nel settembre 2017, cui hanno fatto seguito i relativi commenti degli operatori pubblicati nel mese successivo. Sul tema si ritornerà al successivo Capitolo III.

In proposito, l'OCSE prende meritevolmente atto di tali necessità, tant'è che nell'Action 1 afferma quanto segue:

"la diffusione dell'economia digitale pone anche sfide per la tassazione internazionale. L'economia digitale è caratterizzata da un'impareggiabile affidamento su beni immateriali, dal massiccio utilizzo di dati (in particolare i dati personali), dall'adozione diffusa di modelli di business multilaterali che catturano il valore dalle esternalità generate da prodotti gratuiti e la difficoltà di determinare la giurisdizione in cui la creazione di valore si verifica.

Ciò solleva domande fondamentali su come le imprese digitali aggiungono valore e generano profitti, e su come l'economia digitale si attaglia alle nozioni di tassazione alla fonte o alla residenza o alla qualificazione del reddito per fini fiscali. Allo stesso tempo, la circostanza che i nuovi modelli di business possano determinare una delocalizzazione delle funzioni aziendali fondamentali e, di conseguenza, una diversa distribuzione del diritto di tassare degli Stati, con una conseguente minor pressione fiscale complessiva, non è di per sé un indicatore di malfunzionamento del sistema esistente.

E' dunque importante esaminare attentamente come le imprese dell'economia digitale creano valore e generano i loro profitti per determinare se e in che misura potrebbe essere necessario adattare le norme vigenti al fine di tenerne conto caratteristiche specifiche di tale settore e per prevenire l'erosione delle basi imponibili e la dispersione dei profitti"⁶.

La riportata dichiarazione di intenti esprime, dunque, la consapevolezza che la prima indagine deve vertere sulle modalità di utilizzo e sviluppo delle tecnologie ICT, logicamente preordinata a qualsiasi analisi che concerna le loro implicazioni tributarie.

Tanto premesso, e rinviando al capitolo che precede per l'approfondimento del sostrato economico delle riflessioni, giova ora contestualizzare la trascritta riflessione dell'OCSE all'interno dell'intero progetto BEPS e dei suoi scopi.

In proposito, sembra opportuno evidenziare che le azioni del progetto, ivi inclusa la prima (in materia di economia digitale), sono *“incentrate sul contrasto all'erosione delle basi imponibili e alla dispersione dei profitti, ma “non mirano direttamente a modificare gli standard internazionali esistenti in materia di assegnazione della tassazione dei diritti sul reddito transfrontaliero”⁷*. Si tratta di

⁶ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, Parigi, 2014.

⁷ OECD, *Action plan on base erosion and profit shifting*, Parigi, 2013.

un approccio focalizzato sul tema dell'abuso, che prende atto di come siano indispensabili “*cambiamenti fondamentali per prevenire efficacemente pratiche che determinano doppie non-tassazioni o basse tassazioni mediante pratiche che artificialmente separano il reddito imponibile dalle attività che lo generano*”.

Il dibattito sulle caratteristiche che differenziano il tema dell'*erosione* da quello dell'*elusione* è aperto⁸. Quel che è certo, tuttavia, è che entrambi i fenomeni “passano” per una costruzione artificiosa, un assetto di rapporti contrattuali o di operazioni economiche prive di valide ragioni economiche, e mirano a colpirle, ripristinando la giusta imposizione che quell'assetto di rapporti o operazioni, economicamente intese, avrebbe implicato.

Viceversa, il BEPS non vuole – e sembra chiarissimo sul punto – rimeditare le attuali regole impositive. Parte, in sostanza, dal presupposto (implicito nei lavori BEPS) che le attuali norme tributarie internazionali siano idonee a rappresentare la nuova economia o, più correttamente, il nuovo modo di fare economia; occorre quindi, secondo l'Organizzazione, predisporre strumenti atti a “tutelare” tali norme dalle pratiche abusive, e cioè da strutture prive di sostanza economica idonee ad aggirarne la *ratio* e agevolate, in tale fine, dall'utilizzo delle tecnologie ICT.

La chiarezza di intenti appena descritta, che promana dall'*Action Plan* nel suo complesso, sembra tuttavia più sfumata nel *deliverable* che specificamente approfondisce il tema oggetto all'Action 1, e cioè la fiscalità dell'economia digitale. In alcuni passaggi, infatti, il *deliverable* sembra “oltrepassare” i confini dell'approccio anti-abuso dichiarato nell'Action Plan e sottendere, invece, la necessità di intervenire, più a fondo, sulle regole che disciplinano l'esercizio della potestà impositiva.

Più in dettaglio, come meglio si dirà oltre, nel tracciare le “*sfide fiscali*” che la *digital economy* pone, l'Action 1 enuclea, tra le varie problematiche attenzionate:

- il tema del *nexus*, che attiene direttamente ai criteri di collegamento dei redditi con il territorio degli Stati;
- il tema dei *big data*, idonei a creare (o a costituire essi stessi) una

⁸ Per una sintesi, si veda P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, p. 395.

nuova ricchezza.

Queste sfide, sottolinea l'OCSE, comportano implicazioni sistematiche sulla idoneità dell'attuale quadro della fiscalità internazionale a rappresentare i modelli di *business* fondati sulle tecnologie ICT e pongono, di conseguenza, problemi diversi dall'aggiramento delle norme fiscali e legati piuttosto al contenuto prescrittivo di quelle stesse norme. Nell'Action 1 l'OCSE pone, in particolare, l'accento sulle regole che investono strutturalmente la ripartizione della potestà impositiva tra Stati, disegnata dai trattati internazionali e messa alla prova dal nuovo modo di fare impresa; l'aumento continuo delle potenzialità delle tecnologie digitali e la necessità ridotta di una presenza fisica al fine di operare in giurisdizioni estere rispetto a quelle della casa madre impone infatti di meditare se “*le regole basate sulla presenza fisica continuino ad essere appropriate*”⁹. Inoltre, la medesima OCSE sottolinea l'esistenza di nuove ricchezze e nuovi modi di creare ricchezza, che le attuali forme impositive non sono in grado di colpire.

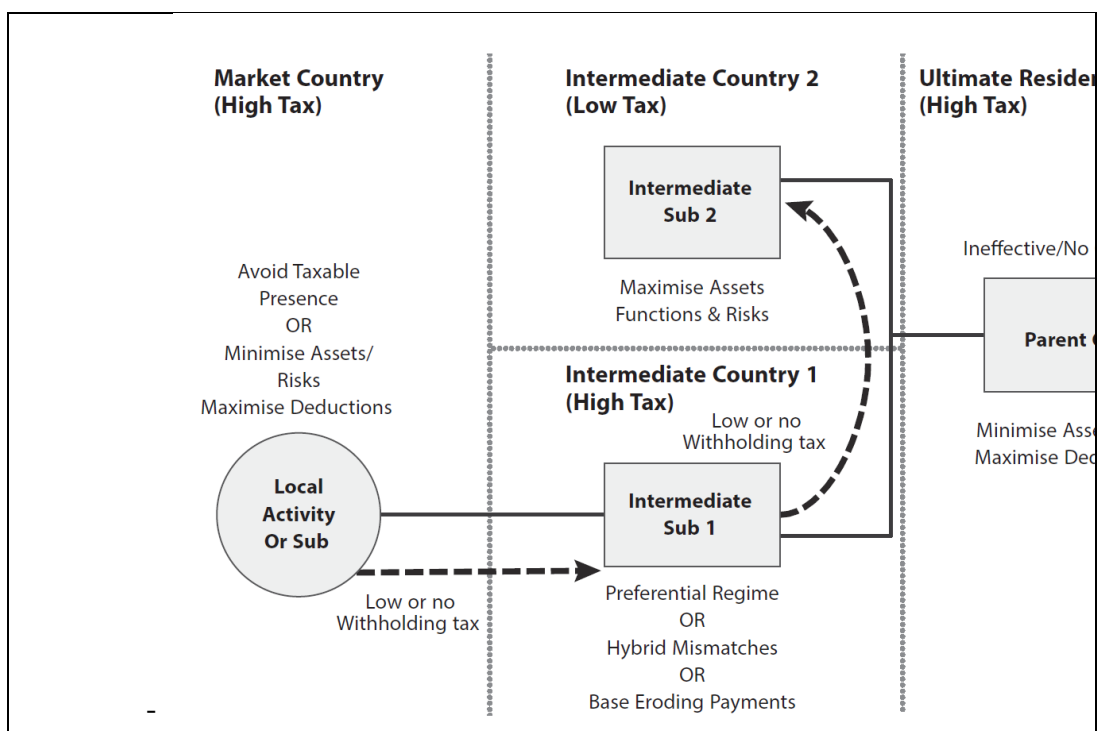
Non sembra che tali considerazioni sottendano una logica anti-abuso; sembra piuttosto che l'Action 1 superi tale tema e non si limiti a prospettare il rischio di aggiramento delle norme tributarie, ma piuttosto ponga in evidenza l'inidoneità strutturale di quelle disposizioni a rappresentare i nuovi fenomeni economici.

Ciò non vuol dire che il tema dell'abuso sia *tout court* inconferente rispetto all'Action 1. Queste sfide, aggiunge l'OCSE, creano infatti l'opportunità di costruire *arrangements* che consentano di determinare un abbattimento della pressione fiscale complessiva, tipicamente quando la mancanza di *nexus* nel paese del consumo¹⁰ si combina con la non imposizione nello Stato di residenza, in diretta connessione con il tema che il BEPS intende affrontare, e cioè l'erosione internazionale dei redditi. È del resto innegabile che alcune delle caratteristiche delle imprese digitalizzate, *in primis* la tendenza ad operare mediante *intangibles*, possano prestare – e di fatto prestino – il fianco a pratiche elusive. La stessa Action 1 evidenzia (Annex B) le più comuni strategie che consentono di “(i)

⁹ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, cit.

¹⁰ Ma l'OCSE accenna anche al tema dei dati, che potrebbe implicare una rimediazione dell'attuale ripartizione della potestà impositiva nella giurisdizione in cui gli utenti titolari di tali dati sono collocati. Sul tema si tornerà meglio oltre.

ridurre la tassazione nel market country evitando una presenza imponibile o, in caso di presenza imponibile, sia spostando profitti lordi attraverso strutture commerciali o riducendo l'utile netto massimizzando le deduzioni in capo al contribuente, (ii) minimizzare o azzerare le ritenute alla fonte, (iii) minimizzare o azzerare la tassazione a livello del beneficiario (che può essere raggiunta collocando il beneficiario in giurisdizioni a bassa fiscalità, assoggettandolo a regimi preferenziali o sfruttando la combinazione di strumenti ibridi) spesso mediante accordi intra-gruppo, (iv) minimizzare o azzerare l'imposizione in capo alla holding di ultimo livello”, come da tabella che segue¹¹:



Inoltre, e ancora a proposito dell’abuso, in alcune circostanze la tassazione nel *market country* può essere artificialmente evitata frammentando le operazioni tra le varie società del gruppo per poter ricadere nelle ipotesi in cui non si configura, per espressa eccezione, una stabile organizzazione.

Si tratta, insomma, di due piani diversi, che si affiancano nella riflessione sul tema della fiscalità dell’economia digitale: da un lato quello dell’aggiramento delle norme e, dall’altro, quello dell’inidoneità delle medesime norme a

^{11 11} OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, cit.

rappresentare la nuova economia. Giova alla riflessione distinguere e non sovrapporre tali due piani: altro è l'abuso, altra è l'assenza di norme idonee a rappresentare una data fattispecie, nella consapevolezza che la combinazione dei due fenomeni può, se del caso, implicare problemi di riduzione dell'imponibile complessivo, ma non certo legittimare semplicistiche confusioni. I due profili prescindono infatti l'uno dall'altro e richiedono strategie di contrasto del tutto differenti¹².

2. LE QUESTIONI PROBLEMATICHE. PREMessa.

Le peculiarità dell'economia digitale hanno determinato l'insorgere di importanti problematiche sotto il profilo fiscale; la dottrina non esita a qualificare tali problematiche come una forma di complessivo "monadismo reddituale"¹³: le architetture fiscali delle imprese digitali consentono infatti la creazione di "stateless income", che deriva da un'attività che il gruppo multinazionale svolge in un Paese che non è né quello di residenza della società-madre, né quello in cui sono localizzati i fattori di produzione che generano il reddito¹⁴.

Da una prima prospettiva, il sempre maggiore ricorso all'utilizzo di beni immateriali, che racchiudono la maggior parte del valore dell'*output* delle imprese, ha acuito il problema dell'erosione delle basi imponibili. Neppure occorre indagare oltre su tale tema: delocalizzare un marchio, un brevetto, un *software* presso una giurisdizione fiscalmente più vantaggiosa è ben più agevole rispetto a delocalizzare un *asset* fisico.

Giova tuttavia premettere che lo stesso concetto di pianificazione fiscale

¹² Tutti gli argomenti finora accennati saranno più ampiamente sviluppati nel seguito; non, può, tuttavia, non evidenziarsi che il BEPS è, di fatto, in corso di implementazione e solo di recente gli Stati hanno sottoscritto l'apposita convenzione multilaterale (nella quale, tuttavia, la prima azione non è contemplata); senonché, nelle more di un intervento internazionale, alcuni legislatori domestici, pur adducendo il BEPS quale *imput* per talune riforme, hanno di contro introdotto, o tentato di introdurre, norme interne con funzione assai incerta, "a cavallo" tra l'intento di contrastare l'abuso e l'effetto – vano? – di modificare le regole fiscali, soprattutto in materia di allocazione della potestà impositiva. Come si noterà¹², esse condividono l'intenzione, dichiarata o implicita, di colpire l'economia digitale in senso lato, identificata nella maggior parte dei casi – ma non sempre – nei cosiddetti "colossi del web" ma, il più delle volte, difficilmente si coordinano con gli obblighi che detti Stati hanno assunto sottoscrivendo le convenzioni contro le doppie imposizioni.

¹³ S. CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356.

¹⁴ E.D. KLEINBARD, *Stateless Income*, in *Florida Tax Review*, 11, 2011, p. 699.

aggressiva assume contorni fumosi, in bilico tra l'abuso e il legittimo risparmio di imposta. Condividendo le ricostruzioni della più recente dottrina¹⁵, può parlarsi di pianificazione fiscale aggressiva quando, contestualmente, risultano integrati i tre seguenti elementi. Il primo consiste nello sfruttamento delle disparità tra sistema diversi con la finalità di trarre un vantaggio fiscale, laddove di “*sfruttamento*” può parlarsi solo laddove si ravvisi una frizione tra la forma giuridica prescelta e la sostanza economica del rapporto. Il secondo risiede nel disallineamento tra il luogo di produzione della ricchezza e quello in cui detta ricchezza viene assoggettata ad imposizione. Il terzo elemento è la *involontarietà* del risparmio fiscale, conseguito nonostante gli Stati non abbiano inteso concederlo o tollerarlo.

Al pari dell'elusione, anche la pianificazione fiscale aggressiva tende al risparmio d'imposta sfruttando strutture prive di sostanza economica; nondimeno, la seconda, a differenza della prima, non mira necessariamente al conseguimento di un risparmio di imposta in un solo Stato, ma guarda ad un risparmio “complessivo” derivante dai difetti di coordinamento tra norme diverse di sistemi impositivi (nazionali e/o internazionali) differenti.

In termini generali, la pianificazione aggressiva può operare a due livelli:

- al livello della *residenza*, mediante pratiche che sottraggano al Paese d'origine la sua giusta imposizione;
- al livello della *fonte*, articolando pratiche volte ad eludere le norme che allocano presso il Paese di destinazione il *quantum* che dovrebbe percepire dallo svolgimento di quelle attività.

È giusto sottolineare fin d'ora – e questo è un tema su cui solo pochi pongono l'accento¹⁶ – che la sofisticata pianificazione fiscale abusiva realizzata dalla maggior parte delle *digital enterprises* ha effetti prevalentemente sulla loro fiscalità nello Stato di residenza della casa-madre¹⁷, il più delle volte localizzata

¹⁵ P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, p. 395.

¹⁶ G. FRANSONI, *Prime considerazioni sulla webtax ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*, in *Riv. Dir. Trib.*, supplemento online, 19 settembre 2017.

¹⁷ G. FRANSONI, *Prime considerazioni sulla webtax ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*, in *Riv. Dir. Trib.*, cit.

negli Stati Uniti¹⁸, presso la quale non “rientrano” i capitali investiti all'estero e ivi assoggettabili a imposizione. Tali pianificazioni fiscali, tuttavia, non sono sconosciute agli stessi Paesi di residenza, che anzi le hanno talora (più o meno consapevolmente) agevolate con norme domestiche incentivanti o non disincentivanti¹⁹.

Di contro, e da altra prospettiva, il più delle volte il mancato assoggettamento ad imposizione presso lo stato della fonte non deriva dall'utilizzo di pratiche abusive, ma dal naturale dispiegamento delle norme fiscali che regolano l'imposizione dei redditi transnazionali. Non si tratta, si badi bene, dell'applicazione delle norme interne dei singoli Stati, ma della struttura portante che si è deciso di conferire alla distribuzione delle attività svolte in Stati diversi sin dagli anni '20 dello scorso secolo. L'impossibilità di assoggettare ad imposizione nel *market country* i redditi prodotti da tali multinazionali non dipende, infatti, dalla circostanza che esse eludono le norme, interne o internazionali, che attrarrebbero l'imposizione negli Stati della fonte; dipende, piuttosto, dalla circostanza che le modalità di produzione di quei redditi li rendono strutturalmente non assoggettabili ad imposizione in detti Stati.

Tale premessa è doverosa, per non incorrere in semplicistiche *reductiones ad unum* che inquinano l'indagine sulle problematiche qui affrontate e, va da sé, le soluzioni ipotizzate per quelle medesime problematiche.

Premesso ciò, la conclusione va da sé: gli Stati della fonte non possono tentare di attrarre ad imposizione detti redditi nei rispettivi territori (solo) mediante lo strumento del contrasto all'abuso; la migliore via per perseguire tale risultato è, piuttosto, un ripensamento della struttura che attualmente connota la fiscalità internazionale, che – per definizione – non può essere rimessa ai singoli Stati, ma deve “passare” per una rimodulazione di quelle scelte condivise negli anni '20 da tutti i Paesi interessati dalla problematica²⁰.

¹⁸ È noto che la *Silicon Valley* ha dato i natali alle più grandi multinazionali digitali, in taluni casi trasferitesi in Delaware dopo aver avviato ed ampliato la propria attività.

¹⁹ Così venendo meno l'elemento *involontario* del risparmio d'imposta, idoneo a connotare come *aggressiva* la pianificazione fiscale.

²⁰ Come sottolinea S. CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356, “l'originaria coerenza del paradigma fiscale degli anni Venti, che regola una partita internazionale a due giocatori — lo Stato della fonte, dove il capitale estero è stato investito, e lo Stato della residenza dell'investitore — sfuma quando

Nondimeno, molti Paesi, nella fretta di giungere ad una soluzione, hanno introdotto, o tentato di introdurre, norme domestiche volte ad attrarre ad imposizione nei loro territori i redditi delle multinazionali digitali. Tali disposizioni:

- quanto ricorrono – implicitamente o esplicitamente – allo strumento dell'abuso, si rivelano del tutto inidonee a raggiungere i risultati auspicati, dovendo fare i conti con l'impossibilità di individuare pratiche idonee ad aggirare le norme domestiche sulla territorialità dell'imposizione;

- quando invece mirano – implicitamente o esplicitamente – alla rimodulazione delle stesse norme domestiche sulla territorialità dell'imposizione, si scontrano inevitabilmente con i principi e le norme convenzionali di matrice internazionale, che non consentono ampi spazi di manovra ai legislatori domestici su questa materia.

Si è quindi di fatto ritornati a quella stessa confusionaria convivenza di norme domestiche che, negli anni '20 del secolo scorso, si è strenuamente osteggiata.

Le considerazioni finora svolte valgono nella misura in cui ci si approcci al tema nella logica dell'imposizione diretta. Altri Paesi, invece, probabilmente consci di tali limiti, tentano di raggiungere i medesimi scopi, *i.e.* l'avocazione presso le loro giurisdizione dell'imposizione a carico delle multinazionali digitali, mediante interventi in materia di imposizione indiretta²¹.

Tale brevissima considerazione introduce le tematiche che saranno

*l'ingresso di altri giocatori sul terreno di gioco altera lo schema duale assunto dalle norme distributive. Verso la fine del Novecento, l'emersione di queste forme di nomadismo reddituale sposta parzialmente il focus dalla doppia imposizione internazionale alla doppia non imposizione internazionale. E tuttavia, il principio della "single taxation" — uno degli assiomi della fiscalità internazionale, risalente quasi a un secolo fa — include nel proprio ambito applicativo anche questa ipotesi "negativa", perché ha un duplice significato: le imposte vanno pagate una sola volta, ma almeno una volta". Anche la dottrina internazionale pone l'accento sul fatto che il reddito transnazionale deve essere tassato "nor more or less than once, at the rate determined by the benefit principle, i.e., the source country rate for active income and the residence rate for passive income. But if the preferred country (source for active, residence for passive) does not tax, it is incumbent upon the other country to tax, because otherwise double taxation will result, which (...) is just as damaging as double taxation" (R.S. AVI-YONAH, *International Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, 1997, p. 507).*

²¹ O più correttamente, a carico della loro attività. Trattandosi di imposizione indiretta, sembra infatti più corretto ancorare tale imposizione all'attività svolta da tali soggetti (in termini di realtà dell'imposizione), piuttosto che ai soggetti medesimi (in termini di personalità dell'imposizione).

sviluppate nel seguito, non mancando di evidenziare, prima di tutto, le problematiche fiscali causate dal nuovo modo *digitale* di “fare impresa”, analizzate dallo stesso OCSE nel progetto BEPS.

3. IL PROBLEMA DELLA FONTE. I PRINCIPI E I CRITERI DI LOCALIZZAZIONE NEL *SOURCE STATE* DEI REDDITI PRODOTTI DALLE IMPRESE.

3.1. I limiti alla potestà impositiva extraterritoriale degli Stati.

Giova premettere brevi cenni sui limiti generali all'esercizio della potestà tributaria extra-territoriale, ampiamente sviluppate dalla dottrina dell'ultimo secolo, prima di entrare nel merito delle questioni problematiche direttamente legate alla tematica qui esaminata.

I limiti alla sovranità impositiva attengono al potere, da parte degli Stati, di imporre e applicare i propri tributi nei confronti di soggetti privi di collegamento territoriale con lo stato medesimo e interessano tutte le manifestazioni di tale potere, investendo sia le norme sostanziali, che disegnano l'obbligo impositivo in tutti i suoi profili, sia quelle di attuazione del prelievo.

Tradizionalmente, la ricostruzione dei limiti all'imposizione territoriale oscilla tra i due estremi della sovranità assoluta e dell'integrazione assoluta. Il principio di sovranità assoluta di fatto minimizza tali limiti, consentendo allo Stato di esercitare la sua potestà impositiva in modo sostanzialmente illimitato e senza necessitare di criteri di collegamento con uno dei presupposti del tributo; di contro, il principio di integrazione territoriale assoluta li accentua fino al punto di non consentire nessun tipo di interferenza con il territorio di un altro Stato, legittimando invece l'imposizione e l'attuazione del prelievo solo laddove essa sia collegata a fatti legati al territorio dello Stato impositore²².

Ovviamente, i descritti principi rappresentano gli estremi diametrali della teoria dell'imposizione territoriale e, in quanto tali, si rivelano ambedue insoddisfacenti, nella misura in cui non prendono atto della naturale interazione tra gli Stati e tra le loro economie²³. La giusta soluzione sta dunque nel mezzo e

²² G. MAISTO, *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'unione europea*, in *Riv. Trib.*, 2013, p. 889.

²³ K. VOGEL, *Der Grundsatz der Rücksichtnahme im deutschen innerstaatlichen Recht und im Völkerrecht*, in M. D. KLEY-E. SÜNNER-A. WILLEMSSEN, *FS für Ritter*, Colonia, 1997, p. 771.

proprio la ricerca di tale “mezzo” è stato oggetto di ampio dibattito nella dottrina internazionale²⁴.

Venendo all'oggetto dei limiti al potere impositivo, si è soliti distinguere tra limite formale e materiale²⁵. Il limite formale non guarda al “contenuto” dell'atto, ma alla sua validità ed efficacia: sarebbe quindi idoneo a rendere inefficaci – o invalidi nello spazio – gli atti normativi o amministrativi, guardando alla norma impositiva (rispetto ai primi) ovvero a quella di applicazione del prelievo (rispetto ai secondi). Il limite materiale concerne invece il “contenuto” della norma, *i.e.* gli “atti, fatti ed accadimenti” che ne costituiscono l'oggetto²⁶, atti fatti e accadimenti che potrebbero essere assunti ad oggetto della norma solo ove verificatisi nel territorio dello Stato impositore²⁷.

3.1.1. La prospettiva domestica e la giustificazione costituzionale

²⁴ Si veda, sul punto, R. BAGGIO, *Territorialità del tributo*, 2014, in www.treccani.it; R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009; T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Padova, 2002; R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012; R. LUPI, *Territorialità del tributo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994; G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; N. MELOT, *Essai sur la compétence fiscale etatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004, 828 ss.; E. SIMONETTO, *Delle società*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976; C. SACCHETTO (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011; C. SACCHETTO, *Territorialità (dir. trib.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992; L. TOSI, R. BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2013; V. UCKMAR (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005; M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in P. FEDOZZI, S. ROMANO (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, X, Padova, 1949; K. VOGEL, *Il diritto tributario internazionale*, in A. AMATUCCI (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1994, I, p. 2.

²⁵ La distinzione è da ricondursi per la prima volta a E. HERZFELD, *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualification problems*, in *Vierteljahresschrifts für Steuer und Finanzrecht*, Berlino, 1932, p. 441 ss.

²⁶ Così G.A. MICHELI, *Legge (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1092. La citazione è inoltre riprodotta in G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2003, p. 2, cui si rinvia per un'ampia e completa trattazione sul tema.

²⁷ Come sottolinea SACCHETTO, *op. ult. cit.*, la dissociazione tra aspetto formale e aspetto materiale della territorialità, pur rappresentando il punto più alto conseguito dalla elaborazione dogmatica, ma nello stesso tempo ha rappresentato altresì “il momento di “ratifica” dell'anarchia internazionale della legislazione degli Stati in materia tributaria, di cui l'effetto più evidente è il fenomeno della doppia imposizione internazionale”, con conseguente fallimento del suo primario obiettivo pratico. Nello stesso senso si pone la dottrina citata dall'Autore (S. STEVE, *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1940, I, p. 243 ss.; DEBATIN, *Entwicklungstendenzen und aktuellen Auslegungsfragen im Aussensteuerrecht der Bundesrepublik (Deutsche Vereinigung für internationales Steuerrecht)*, Berlino, 1962, p. 12; V. SPITALER, *Das doppelbesteuerung problem beiden direkten Steuern*, Reichenberg, 1936; R.S.J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer-Boston, 1989, cap. IV).

dell'imposizione.

Tanto premesso in termini generali, non può non rilevarsi, da una prima prospettiva, che la territorialità, intesa come rilevanza dello spazio nell'attuazione dell'imposizione, viene innanzitutto in rilievo come “*problema stretto di diritto positivo nell'esame della disciplina dei singoli istituti tributari*”²⁸, assumendo una rilevanza che varia da tributo a tributo. Il territorio costituisce il nucleo essenziale di taluni tributi, come ad esempio i tributi doganali, ove l'ingresso nel territorio dello Stato, inteso come attraversamento della linea doganale, costituisce il nucleo essenziale della fattispecie; le medesime considerazioni valgono con riferimento alla tassa per l'occupazione di aree pubbliche, ove la stessa fattispecie imponibile guarda alle sole aree qualificate come “pubbliche” dall'ordinamento dello Stato impositore, con la conseguenza che il problema della territorialità non si pone come “esterno” rispetto al perfezionamento della fattispecie impositiva, ma è risolto all’“interno” della fattispecie medesima²⁹.

Di contro, nei casi in cui la territorialità non entra ontologicamente nella fattispecie, occorre verificare *dove e in che misura* gli Stati possano vantare un potere impositivo su detta fattispecie, laddove essa abbia connotati internazionali. Soccorrono, a tal fine, appositi criteri di collegamento, idonei a radicare la fattispecie – e il soggetto passivo – in uno o più territori e (quindi) Stati impositori. È questo il caso dell'imposizione reddituale, ambito nel quale la fattispecie assume rilevanza prima della – e a prescindere dalla – sua localizzazione territoriale, localizzazione che quindi richiede di indagare *dove e in che misura* tale fattispecie possa essere assoggettata alla giusta imposta. Soccorrono, a tal fine, appositi criteri di collegamento, che legano la fattispecie impositiva al territorio dello Stato che può legittimamente esercitare l'imposizione al verificarsi del presupposto di quel tributo.

Non v'è chi non veda che tali criteri devono comunque rispondere ad una logica che legittima detta imposizione: devono, in buona sostanza, essere idonei ad individuare un certo grado di riferibilità del soggetto passivo allo Stato impositore ed essere inoltre coerenti con la *ratio* del tributo cui afferiscono (e, in

²⁸ FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., p. 3.

²⁹ FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., p. 3.

primis, con il presupposto che tale tributo assume quale indice di capacità contributiva)³⁰. L'effettivo significato di tali indici è tuttavia variabile in dottrina. Alcuni autori³¹ li considerano come espressivi dell'appartenenza allo Stato sia in termini di soggezione alla sua sovranità, sia in termini di beneficio³², distinguendo tra forme di appartenenza economica, sociale e politica. Altri autori³³ li ancorano direttamente al dovere di partecipazione alle spese della collettività, individuando negli indici di collegamento gli elementi dai quali possa razionalmente desumersi un più generale interesse del soggetto passivo alla sussistenza della collettività cui è collegato.

Quanto ai limiti costituzionali del sistema italiano, è pacifico che l'art. 53 della Costituzione italiana consente espressamente allo Stato di assoggettare ad imposizione gli stranieri; gli stessi lavori dell'Assemblea Costituente dimostrano infatti che la scelta di adottare il pronome "tutti" fu volta proprio a chiamare anche gli stranieri al concorso alle pubbliche spese³⁴. Nondimeno, la disposizione costituzionale impone al legislatore di individuare un collegamento dello straniero con il territorio dello Stato, nella misura in cui impedisce di assoggettare ad imposizione indici inespressivi di capacità contributiva³⁵ e chiede di richiamare al concorso alle pubbliche spese solo i soggetti che manifestino tale capacità; sarebbe infatti irragionevole un dovere di contribuzione coinvolgente chiunque, a prescindere da un qualche tipo di appartenenza a quella comunità statale che il

³⁰ G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit. p. 310; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, p. 215; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, p. 2; F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, p. 23.

³¹ B. GRIZIOTTI, *Divergenti casi di interessi passivi, pagati a banche estere tassabili oppure deducibili dall'imposta di R.M.*, in *Riv. dir. fin.*, 1937, p. 73.

³² E. KEMMEREN, *Origin based double tax convention and import-neutrality*, in *Riv. dir. trib. internaz.*, 2001, p. 103.

³³ G. FRANSONI, *La nozione di stabile organizzazione personale nel diritto interno e la rilevanza della "stabilità" dell'organizzazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, p. 363; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, p. 215, nonché, L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, p. 196.

³⁴ Cfr. E. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, in F. FORTE E C. LONGOBARDI (a cura di), *Opere giuridiche*, Milano, 1962, p. 475; N. D'AMATI, *Schema costituzionale della attività impositiva*, in *Dir. prat. tribut.*, 1964, p.24; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2010, p. 156; G.C. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, p. 31.

³⁵ SACCHETTO, *op. ult. cit.*.

contribuente è chiamato a “finanziare”³⁶. In questa prospettiva, l’art. 53 Cost. assurge quindi a chiave interpretativa del principio di territorialità nel sistema domestico ed impone di spostare l’analisi sul presupposto del tributo, inteso quale indice di capacità contributiva, che deve essere necessariamente collegato allo Stato impositore.

L’analisi diviene dunque diversamente declinabile a seconda del tributo che è, di volta in volta, oggetto di indagine e, quindi, dell’indice di capacità contributiva inciso dal prelievo. La dottrina, in proposito, macro-categorizza la disamina a seconda che si abbia riguardo ai tributi reali ovvero personali che, come noto, si distinguono in base alla “*percezione di rapporti ed implicazioni giuridicamente rilevanti, nell’un caso con beni determinati, nell’altro con la persona fisica del contribuente*”³⁷. Nelle imposte reali, l’elemento caratterizzante del tributo è il bene e il presupposto impositivo è definito a prescindere da qualsiasi considerazione sul soggetto passivo; in quelle personali, invece, la fattispecie imponibile è identificata *in funzione* della persona, *i.e.* del contribuente. Va da sé che nelle imposte personali, nei casi in cui il fatto imponibile si qualifica in funzione del soggetto, dalla collocazione di quest’ultimo nello Stato può desumersi la sua partecipazione alla collettività³⁸ e legittimarsi l’imposizione; di contro, se il presupposto è identificato oggettivamente, ai medesimi fini dovrà guardarsi al territorio in cui il fatto si è verificato³⁹. In questa prospettiva, l’incongruenza della struttura (reale o personale) del tributo con la disciplina della sua territorialità sarebbe quindi sindacabile sotto il profilo dell’eventuale contrasto

³⁶ Ciò anche alla luce del fatto che il dovere di solidarietà è primariamente – sebbene non solo – di natura economica. Così F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, p. 213-216; P. TARIGO, *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, p. 553, che sottolinea altresì che “*Un dovere di contribuzione così concepito sarebbe, oltre che in sé irragionevole, anche, a dir poco, anacronistico in rapporto all'ordinamento internazionale ed alla sua attuale prospettiva, pur se indagini sulla sussistenza di (eventuali) limiti della potestà legislativa nella localizzazione del presupposto d'imposta debbano, sotto il profilo metodologico, tenere distinto l'ambito del diritto interno da quello internazionale*”. Su tale punto si tornerà meglio oltre.

³⁷ A. FEDELE, *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 451.

³⁸ Così ragionando, la residenza appare una finzione giuridica che sottende un diverso criterio di carattere economico assoggettabile ad imposizione. Cfr. UDINA, *op. ult. cit.*, p. 58.

³⁹ A. FEDELE, *op. ult. cit.*, distingue tra il presupposto identificato nel “possesso” del reddito, di natura personale, e quello identificato nella “produzione del reddito”, di natura reale, con conseguenze differenti in termini di territorialità.

con i principi costituzionali che attengono all'equo riparto dei carichi pubblici⁴⁰.

La diversa declinazione della territorialità in ragione del tributo emerge chiara se si guarda alle imposte sui consumi in contrapposizione a quelle sul reddito.

Nelle imposte sui consumi, il criterio di collegamento viene tradizionalmente ancorato alla presenza del bene all'interno del territorio dello Stato e non trascura l'appartenenza del soggetto passivo del tributo a quella collettività che il tributo medesimo è destinato a finanziare. Per fare solo qualche esempio, nel caso delle accise, è ampiamente accreditata in dottrina la tesi⁴¹ che ravvisa il loro presupposto nell'immissione in consumo del bene e il contribuente nel consumatore finale⁴² e, in coerenza con detto presupposto, individua il criterio di collegamento nell'esistenza del bene sul territorio dello Stato, luogo nel quale il bene è inoltre destinato alla soddisfazione degli interessi del soggetto – il consumatore – appartenente a quella territorialità⁴³; si pensi anche ai dazi doganali, nei quali casi il collegamento territoriale, come detto, “entra” nel presupposto ed è, ancora una volta, rappresentato dalla presenza del bene nel territorio dello Stato.

Si tratta, chiaramente, di criteri perfettamente coerenti con il presupposto dell'imposta, che inoltre si attagliano perfettamente alla struttura dei tributi⁴⁴; di più, tali criteri esprimono un significativo indice di appartenenza dei soggetti all'ordinamento impositore, in quanto non ancorano il collegamento alla detenzione o fruizione del bene o del servizio, bensì alla idoneità di tali situazioni

⁴⁰ A. FEDELE, *op. ult. cit.*

⁴¹ Cfr. G. FALSITTA, *Le accise (imposte di fabbricazione e di consumo)*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2000, p. 224; M. CERRATO, *Spunti intorno alla struttura e ai soggetti passivi delle accise*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, p. 217; G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., p. 317.

⁴² Come sottolineato da G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., p. 317, la dottrina oggi maggioritaria tende a rivalutare l'incidenza di tutti gli elementi e i meccanismi del sistema delle accise che attribuiscono valore giuridico alla traslazione del tributo. In particolare, parte della dottrina attribuisce rilievo al diritto di rivalsa (L. SALVINI, *Rivalsa nel diritto tributario*, in *in Dig. Disc. Priv. - Sez. Comm.*, XV, Torino, 1998, p. 30), altra dottrina riconosce inoltre l'importanza di meccanismi autoritativi di determinazione del prezzo al pubblico delle merci, idonei a determinare il trasferimento dell'onere in capo al consumatore finale (R. SCHIAVOLIN, *Le accise (Imposte di fabbricazione e di consumo)*, in G. FALSITTA (a cura di), *Manuale di Diritto tributario*, Padova, 2013, p. 935).

⁴³ Non è un caso che la mancata effettiva realizzazione del consumo nel territorio dello Stato faccia sorgere il diritto al rimborso dell'accisa assolta, ai sensi dell'art. 14, comma 3, del d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504.

⁴⁴ G. FRANSONI, *op. ult. cit.*, p. 337.

a soddisfare interessi che si dispiegano in tale ordinamento, così legittimando il loro titolare a partecipare alle pubbliche spese.

Sembra ragionevole estendere le medesime considerazioni anche al sistema dell'imposizione diretta delle società. A partire dalla riforma degli anni '70, il sistema domestico, in linea con una diffusa tendenza internazionale (di cui meglio si dirà oltre), ha infatti ancorato l'imposizione reddituale al criterio della residenza abbandonando un approccio territoriale, al dichiarato intento di dare compiuta attuazione al principio di capacità contributiva⁴⁵ nonché allo scopo di strutturare l'imposizione in termini personalistici, *“in quanto collegata al soggetto più che alla fonte”*⁴⁶. Così, il rapporto reddito-territorio è soppiantato dal rapporto soggetto-territorio, in modo che l'imposta colpisca tutti gli indici di capacità contributiva imputabili ad un soggetto e consenta, da un lato, di attuare in pieno al principio di personalità del tributo e, dall'altro, di chiamare alle pubbliche spese i soggetti aventi residenza fiscale in Italia e, quindi, fattualmente legati a quella collettività destinati a finanziare con le imposte versate. Si conserva un modello di tassazione ancora reale per i redditi dei non residenti, assoggettati ad imposizione in Italia solo se ivi *prodotti*; è in tale contesto che si ascrive la stabile organizzazione, quel *“quasi-soggetto”*⁴⁷ che, ove integrato, legittima lo Stato ad

⁴⁵ La modifica risale alla riforma tributaria degli anni '70, di cui alla legge delega 9 ottobre 1971, n. 825. Nella relazione ministeriale si legge a chiare lettere che *«il carattere personale dell'imposta comporta che entrino a comporre il reddito imponibile dei soggetti residenti sul territorio dello Stato anche i redditi prodotti all'estero»*. Cfr. G.C. CROXATTO, *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, Roma, 1972, p. 10; G. MARINO, *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, t. 2, Padova, 1997, 855 ss.

⁴⁶ V. UCKMAR, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, p. 576, in commento alla riforma dell'imposizione societaria degli anni '70, afferma che *“l'adozione del world wide principle, che è un indice della personalità dell'imposizione in quanto collegata al soggetto più che alla fonte, fa venir meno una delle caratteristiche del nostro ordinamento che, con la regola della “territorialità” (art. 6 T. U. i.d.) aveva al proprio interno uno strumento idoneo, se non ad eliminare, quantomeno a mitigare le doppie imposizioni”*. Così, anche F. TESAURO, *Il rimborso dell'imposta*, Torino, 1975, 45.

⁴⁷ Come sottolineato in G. MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, p. 1029, la stabile organizzazione *“si colloca a metà strada tra semplice criterio di collegamento e soggetto passivo di imposta, potendo la sua presenza nel territorio dello Stato risolversi in una modifica degli ordinari criteri di localizzazione dei redditi, nel senso di attribuire alla stabile organizzazione anche redditi che in essa non trovano la loro fonte effettiva (c.d. «forza di attrazione» della stabile organizzazione)”*. Sul medesimo tema, si veda anche F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1985, 385 ss., il quale afferma che il problema della stabile organizzazione *«sfiora il problema della soggettività, ma non lo tocca»*. La dottrina straniera è

avocare l'imposizione sui redditi da questa prodotti⁴⁸.

Nondimeno, la figura della stabile organizzazione, nella prospettiva in cui è stata elaborata a livello internazionale ed è confluita nelle convenzioni contro le doppie imposizioni (che hanno fortemente influenzato le definizioni domestiche, ivi inclusa quella italiana⁴⁹), sembra tuttavia assumere la funzione prioritario di ripartire l'imposizione tra Stati diversi; si tratta, in buona sostanza, di una nozione “rivolta a risolvere un conflitto di interessi fra Stati, e non fra individui come è per gli indici di capacità contributiva”⁵⁰. Se si accetta, tuttavia, il limite costituzionale che insiste anche sui criteri di collegamento, deve allora concludersi che anche la stabile organizzazione non può prescindere da logiche di razionalità e coerenza del sistema in termini di capacità contributiva. Da questo punto di vista, deve dunque indagarsi quando l'attività dell'impresa sia tale da determinare un collegamento idoneo ad attribuire a quello Stato il potere impositivo, non dimenticando il necessario collegamento di tale istituto al presupposto del tributo. In questa prospettiva, ritornano allora le più generali teorie menzionate *supra*, secondo le quali la stabile organizzazione deve comunque essere espressione di un genuino collegamento con lo Stato, da rintracciarsi ora nel beneficio, ora nella contribuzione alle spese della collettività, ora nella appartenenza politica o sociale alla medesima.

Si tratta di conclusioni che devono valere per ambedue le “tipologie” di stabile organizzazione: quella personale, che concerne un agente dipendente, e quella materiale, che invece si sostanzia in un'attività materiale svolta sul territorio dello Stato ospitante. Sembra infatti corretto ritenere che i concetti di *personalità* o *materialità* costituiscano delle mere declinazioni di un criterio di collegamento sorretto da una logica unitaria, tesa ad individuare il radicamento di

orientata nel senso della natura di mero criterio di collegamento della stabile organizzazione: si veda N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt*, Parigi, 2004, p. 238 ss., per il quale si tratta di “un seuil de pénétration dans la vie économique des États de la source suffisant pour légitimer leur droit d'imposer les revenus effectivement rattachables à un tel établissement”.

⁴⁸ Per un'ampia analisi del concetto di stabile organizzazione, si rinvia a G. MELIS, *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, p. 1029.

⁴⁹ Si ricordi che la nozione di stabile organizzazione è stata introdotta nel TUIR (art. 162) dal D.Lgs 12 dicembre 2003 n. 344 che, in buona sostanza, ha trasposto nella normativa interna il testo più recente dell'articolo 5 del modello di convenzione OCSE.

⁵⁰ G. FRANSONI, *op. ult. cit.*, p. 382.

quell'attività al territorio dello Stato straniero e a misurarne il grado di intensità⁵¹.

Così intesa, la stabile organizzazione è dunque *fonte* e *limite* della potestà impositiva, che non può pretendere di involgere fatti che esulino dal tale nozione, non tanto nella sua accezione letterale e formale, ma piuttosto nella sua logica: oltrepassare i limiti di questo criterio di collegamento significa infatti fuoriuscire dallo spazio di legittimità dell'esercizio del potere impositivo.

3.1.2. La prospettiva internazionale e le limitazioni che ne conseguono.

Da altra prospettiva, deve poi indagarsi sull'esistenza di limiti internazionali all'esercizio della potestà tributaria extraterritoriale degli Stati. Tale limite, peraltro, "entra" nella costituzione italiana che, nel suo complesso⁵², deve orientare l'indagine sul diritto interno⁵³.

Sul punto, v'è chi ritiene⁵⁴ che il principio di territorialità, pur rappresentando una delle categorie fondamentali del pensiero giuridico in materia tributaria, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso sia "*degrada[to] da «principio» a «criterio» di politica economica*", guidato anche dall'intento pratico di realizzare da un lato la neutralità fiscale negli scambi commerciali

⁵¹ G. FRANSONI, *La nozione di stabile organizzazione personale nel diritto interno e la rilevanza della "stabilità" dell'organizzazione*, cit. Nondimeno, come lo stesso Autore sottolinea, altra dottrina (A. LOVISOLO, *La "stabile organizzazione"*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, p. 235) aderisce ad una diversa – ed invero più diffusa – interpretazione secondo cui il concetto della stabile organizzazione comprenderebbe due distinti fenomeni economici, l'uno riferito alla sussistenza di "*mezzi materiali organizzati direttamente dall'operatore economico*", l'altro riferibile ad un legame personalistico "*meno intenso*" del precedente. In ogni caso, e ai fini di interesse in tal sede, non sembra potersi dubitare del fatto che ambedue le tipologie di stabile organizzazione presuppongono, a monte, un – più o meno intenso – grado di attaccamento dell'impresa estera al territorio dello Stato straniero, attaccamento che deve implicare una produzione del reddito del soggetto estero nel luogo della stabile: diversamente ragionando, si rischierebbe di giustificare una stabile organizzazione incoerente con la stessa logica dei tributi diretti.

⁵² Cfr.: A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, 24 luglio 2009, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/fontidiritto/>.

⁵³ E' infatti pacifico che, in taluni settori il diritto internazionale generale limita il diritto interno; cfr.: R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 1; M. MARESCA, *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero*, Milano, 1990, p. 20 e 27. Anche in materia di diritto processuale internazionale si afferma come siano superate (e comunque da rifiutare) le visioni universalistiche della giurisdizione, in quanto si deve ritenere che nessun ordinamento possa pretendere di esercitare un illimitato potere decisorio, cfr.: M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, in *Policies, metodi, criteri di collegamento*, Milano, 2002, p. 10. Per una ricostruzione, si veda P. TARIGO, *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, p. 553.

⁵⁴ C. SACCHETTO, voce *Territorialità* (*Dir. Trib.*), in *Enc. Giur.*, 1992.

internazionali e dall'altro l'equità in senso verticale (in capo al singolo operatore internazionale)⁵⁵.

In particolare, prima della seconda guerra mondiale, la concezione della potestà tributaria era intesa come collegamento *reale*, *i.e.* come manifestazione della potestà territoriale dello Stato su persone e cose che si trovassero nel territorio dello Stato stesso; dopo tale momento, cominciarono tuttavia ad affermarsi collegamenti territoriali di natura *personale*, valorizzando lo Stato non più solo come territorio, ma soprattutto come organizzazione di persone e ordinamento giuridico. Parallelamente, duplice divenne il fondamento della potestà tributaria: solo territoriale o dominicale per gli stranieri (*Gebietshoheit*) e personale (*Personalhoheit*) per i soggetti che presentassero un collegamento altrettanto personale con lo Stato⁵⁶.

Gradualmente, i criteri personali di collegamento (prima quello della nazionalità, principio ancora accolto negli Stati Uniti, poi quello della residenza, da intendersi come riferimento politico-economico ad uno Stato) sono divenuti prevalenti, anzi legittimati – e misurati – dal principio di capacità contributiva introdotto dalle carte costituzionali; “tutti” i residenti, in quanto appartenenti economicamente e politicamente a uno Stato, devono concorrere con “tutti” i loro redditi, ovunque prodotti, alle spese pubbliche. Di contro, i criteri territoriali sono invece divenuti residuali il principio di tassazione su base mondiale (*worldwide principle*) è divenuto prevalente, contrapponendosi al *source principle* e quasi soppiantandolo⁵⁷.

⁵⁵ L'Autore sottolinea che tale “inversione di rotta” è dovuta principalmente al contributo, apportato a partire dagli anni '70 dalle scuole giuridiche di dottrina anglosassone, più attente agli aspetti empirici e operativi che a quelli puramente dogmatici. A seguito del citato cambio di prospettiva, ai fini dell'analisi del principio di territorialità si guarda più all'equità in senso verticale (in capo al singolo operatore internazionale), che all'equità in senso orizzontale (tra Stati), primaria attenzione della precedente dottrina. .

⁵⁶ Sacchetto, *op. ult. cit.* Come l'Autore sottolinea, lo stesso M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, cit. afferma che, riguardo al fondamento della potestà di imperio non sorge questione per i cittadini in quanto essi sono assoggettati per la loro appartenenza allo Stato, indipendentemente dalla presenza sul territorio. Per gli stranieri, invece, il fondamento va ricercato «almeno parzialmente nel diritto di dominio dello Stato sul territorio non perché gli individui siano oggetto del diritto stesso, ma in quanto l'attività loro tocchi o riguardi il territorio, che di quel diritto è appunto l'oggetto». Lo straniero è perciò assoggettato alla sovranità domiciliare «dal momento in cui entra nel territorio e cessa di esserlo nel momento in cui ne esce».

⁵⁷ Sul dibattito tra tassazione su base mondiale e su base territoriale, si rinvia a C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transazionale*, Padova, pag. 62 ss., G. MARINO,

A questa teorizzazione, che, come detto, valorizza lo Stato come ordinamento giuridico piuttosto che come territorio, ha fatto seguito la sostanziale inesistenza di limiti alla potestà impositiva. Il territorio non è più la “misura” dell'imposizione, che invece trova fonte e limite solo nell'ambito delle norme dello stesso ordinamento giuridico statale⁵⁸ e, in particolare, nelle norme costituzionali. La territorialità è così degradata da principio a criterio, volto a correggere gli effetti economici distorsivi che le diverse e concorrenti potestà di imposizione *worldwide* determinano⁵⁹.

Né sembra esistere un limite di matrice internazionale consuetudinaria alla potestà impositiva dei singoli Stati, essendo finanche differente il concetto stesso di territorialità adottato da ciascun Paese⁶⁰; le limitazioni imposte agli (e dagli) Stati sono, semmai, convenzionali e risultanti da reciproche concessioni imperniate sul principio di reciprocità⁶¹. E di tali limitazioni si è sentita l'esigenza diffusa e condivisa, per la prima volta, all'inizio del secolo scorso, quando gli Stati hanno avviato un progetto comune al fine di eliminare le *trade barriers* che la doppia imposizione opponeva agli scambi commerciali internazionali, intensificatisi significativamente, come subito si dirà, proprio nei primi anni del

L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, pag. 843 ss.

⁵⁸ G. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, p. 27.

⁵⁹ Così SACCHETTO, *op. ult. cit.*; nello stesso senso, A. FEDELE, *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 451; contra, BELIRI, *Principi di diritto tributario*, 1^a ed., cit., 120 ss..

⁶⁰ Così G. MAISTO, *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di “genuine link” ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, p. 889, cui si rinvia per un'ampia disamina comparatistica in materia. Sul punto, non v'è tuttavia unicità di vedute. R. BAGGIO, *Territorialità del tributo*, 2014, in www.treccani.it, sottolinea che è diffusa in dottrina l'idea che esista una norma di diritto internazionale generale che vieta ad uno Stato di tassare uno straniero se non in presenza di un collegamento sufficiente o ragionevole con il suo territorio (M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in P. FEDOZZI, S. ROMANO (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, X, Padova, 1949, p. 85; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 229; F.A. MANN, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, in *Recueil A.D.I.*, 1984, vol. 186, p. 21 ss.; K. VOGEL, *Il diritto tributario internazionale*, in A. AMATUCCI (diretto da), 1994, I, p. 2, 699; N. MELOT, *Essai sur la compétence fiscale étatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004, 828 ss.; R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 51 ss.). Nondimeno, anche tale dottrina riconosce che la maggior parte dei limiti alla potestà normativa tributaria sono di fonte pattizia e sono dovuti quindi alla stipulazione di accordi con altri Stati.

⁶¹ Cfr. A. H. QURESHI, *The freedom of a State to legislate in fiscal matters and international law*, in *IBFD Bulletin*, 1987, p. 19; Id., *Unitary taxation and general international law*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 1987, p. 60.

‘900.

Sono questi gli anni in cui si sono poste le basi del diritto tributario internazionale pattizio, che rappresentano la genesi razionale delle moderne convenzioni contro le doppie imposizioni, emanate in un contesto sociale ed economico che, come si dirà, ha molti elementi in comune con quello che fa da sfondo alle attuali riflessioni.

3.1.3. La ripartizione della potestà impositiva nell'imposizione diretta. Premesse e corsi storici.

Può ben dirsi che la genesi del diritto tributario internazionale pattizio prende le mosse da una duplice consapevolezza. Da un lato, gli Stati hanno gradualmente – ma non completamente – superato la ritrosia, di matrice ottocentesca, a “cedere” una porzione di potestà impositiva in favore di altri Stati, fondata sulla ormai anacronistica consapevolezza che l'imposizione fiscale fosse un attributo essenziale, assoluto e non limitabile, della sovranità. Dall'altro (circostanza su cui si intende porre l'accento sin d'ora), la forza dell'economia si è rivelata superiore a quella della politica⁶² e quest'ultima, ove di ostacolo alla prima, è stata costretta (quantomeno parzialmente) a cedere, anche su impulso delle organizzazioni internazionali, spesso volte a istituire⁶³ o favorire lo sviluppo⁶⁴ di mercati comuni integrati anche mediante la limitazione della sovranità statale. Nei contributi dell'epoca, si segnalava infatti che l'apparizione di “*des groupements qui ont une organisation, un rôle et une viguer économique qui en font tout autre chose...*” e si lamentava che la mancanza di armonizzazione fra i vari sistemi fiscali “*permet la plus grande évasion fiscale qui se soit jamais vue, l'évasion fiscale internationale*”: problematiche non molto dissimili da quelle oggi in discussione⁶⁵.

Fino alla fine della prima guerra mondiale, infatti, gli accordi tesi a regolamentare i rapporti fiscali tra Paesi si concentravano prevalentemente sulla

⁶² Così, testualmente, V. UCKMAR - G. CORASANITI - P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE - C. CORRADO OLIVA, *Diritto Tributario Internazionale*, Milano, 2012, p. XXII.

⁶³ Si pensi all'Unione Europea.

⁶⁴ Si pensi alla *World Trade Organization*.

⁶⁵ Così, G. FRANSONI, *Le stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123, citando il contributo di B. GRIZIOTTI, *L'imposition fiscale des étrangers*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1926, p. 142.

movimentazione transfrontaliera delle merci e, non di rado, sottendevano intenti economico-protezionistici (erano tesi, cioè, a disincentivare le importazioni e preservare gli scambi interni di beni) e non puramente fiscali (volti cioè ad incrementare il gettito tributario dei Paesi stipulanti)⁶⁶. Prima di allora, la domanda di entrate fiscali da parte dei governi era relativamente modesta⁶⁷ (e, del resto, i governi non avevano al tempo una capacità amministrativa tale da gestire entrate più copiose) e le imposte sul reddito assumevano un ruolo non particolarmente rilevante, in quanto molti paesi basavano la fiscalità interna sulle imposte sul commercio estero, sulle imposte patrimoniali e sulle tasse⁶⁸.

Tale situazione muta radicalmente tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, anni nei quali due accadimenti consecutivi impongono un cambio di rotta: una dirompente ondata di globalizzazione, scaturita dal progresso tecnologico e, subito dopo, un'importante crisi economica (eventi, giova nuovamente sottolinearlo, non dissimili da quelli che fanno da sfondo alle odierne riflessioni).

Tra il 1890 e il 1914 si verifica la c.d. prima ondata di globalizzazione, che risente dell'influenza di Adam Smith e della sua *Ricchezza delle Nazioni*⁶⁹, determinata dall'innovazione tecnologica nel campo dei trasporti e delle comunicazioni⁷⁰, che riduce decisamente, e bruscamente, il costo del trasporto di merci, tecnologia e capitale, sia fisico sia umano. Gli scambi internazionali

⁶⁶ Negli accordi di tal fatta, gli Stati di fatto si limitavano a disciplinare la libertà di circolazione delle merci, restringendo o ampliando tale libertà mediante lo strumento tributario, *i.e.* la maggiore o minore imposizione fiscale sulle merci in entrata e in uscita dalle rispettive frontiere. Cfr. M. UDINA, *Il diritto tributario internazionale*, Milano, 1949, p. 45.

⁶⁷ Uno dei maggiori esperti di finanza pubblica della fine del 1800, Paul Leroy-Beaulieu, scriveva che una pressione fiscale compresa tra il 6 e il 12 % potevano considerarsi normali, mentre una pressione fiscale superiore a questa soglia era da considerarsi "esorbitante" ed anzi dannosa per la crescita economica. Cfr. P. LEROY-BEAULIEU, *Traite de la Science des Finances*, Parigi, 1888, p. 127. I livelli attuali si attestano invece su percentuali ben più alte tendenti al 50% del PIL. Cfr. V. TANZI, *Globalization and taxation. A Brief Historical Survey*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 1.

⁶⁸ V. TANZI, *Globalization and taxation. A Brief Historical Survey*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 1. L'autore sottolinea che gli Stati Uniti non avevano neppure un'imposta sul reddito fino al 1913 e il Regno Unito l'aveva introdotta durante le guerre napoleoniche ma l'aveva subito abrogata.

⁶⁹ Pubblicata nel 1776. Sul punto, si veda M. DEL GATTO, *Trends di economia internazionale. Globalizzazione, investimenti e commercio estero*, Catanzaro, 2017.

⁷⁰ Si pensi all'invenzione del telegrafo elettronico nel 1840, che inaugurò la moderna era della comunicazione globale in tempo reale. Il primo messaggio telegrafico transatlantico fu inviato nell'agosto 1858, riducendo il tempo di comunicazione tra l'Europa e il Nord America da dieci giorni - il tempo impiegato per consegnare un messaggio con la nave - a pochi minuti.

aumentano vertiginosamente⁷¹: le esportazioni mondiali aumentano in media del 3.4% ogni anno, ben al di sopra della crescita del PIL mondiale (2.1% annua). La quota di esportazioni globali rispetto a quest'ultimo aumenta costantemente, raggiungendo, nel 1913, livelli che non sono superati fino al 1960. Dalla metà dell'ottocento la popolazione mondiale aumenta di circa 6 volte, la produzione mondiale di 60 volte ed il commercio internazionale di circa 140 volte⁷².

Sotto il profilo economico, si affermano le grandi imprese, che avocano presso le loro sedi operative un gran numero di lavoratori; si avvia un progressivo processo di urbanizzazione, cui si affianca la necessità di aumentare il tasso di alfabetizzazione e di fornire altri servizi sociali per i lavoratori industriali con conseguenti nuovi ruoli per i governi e nuove necessità di finanziare tali interventi con la spesa pubblica; comincia, inoltre, a svilupparsi un certo movimento di capitali (si pensi ai finanziamenti dei grandi progetti infrastrutturali) e si affermano gli scambi commerciali, anche internazionali.

La conseguenza, sotto il profilo impositivo, è duplice. Da un lato, nasce il *welfare state* e, con esso, la richiesta dei governi di aumentare le entrate fiscali⁷³, da cui consegue l'introduzione dell'imposizione reddituale e cui viene affidato il ruolo centrale nei sistemi tributari dei Paesi; dall'altro, si accetta gradualmente l'idea che nessuna economia può sopravvivere in regime autarchico ma dipende – in misura più o meno intensa – da quella degli altri Stati: rinnegare l'esistenza di tale interdipendenza significa, di fatto, ostacolare la crescita e lo sviluppo di quella medesima economia⁷⁴.

L'ondata di globalizzazione riceve una decisa interruzione durante la Prima

⁷¹ La Prima linea ferroviaria del mondo, la Stockton & Darlington Railway, fu inaugurata nel 1825; nella seconda metà del XIX secolo, linee ferroviarie furono costruite nell'Europa occidentale e negli Stati Uniti. I costi del trasporto interno diminuirono di oltre il 90% tra il 1800 e il 1910. Cfr. M. DEL GATTO, *Trends di economia internazionale. Globalizzazione, investimenti e commercio estero*, cit., p. 7.

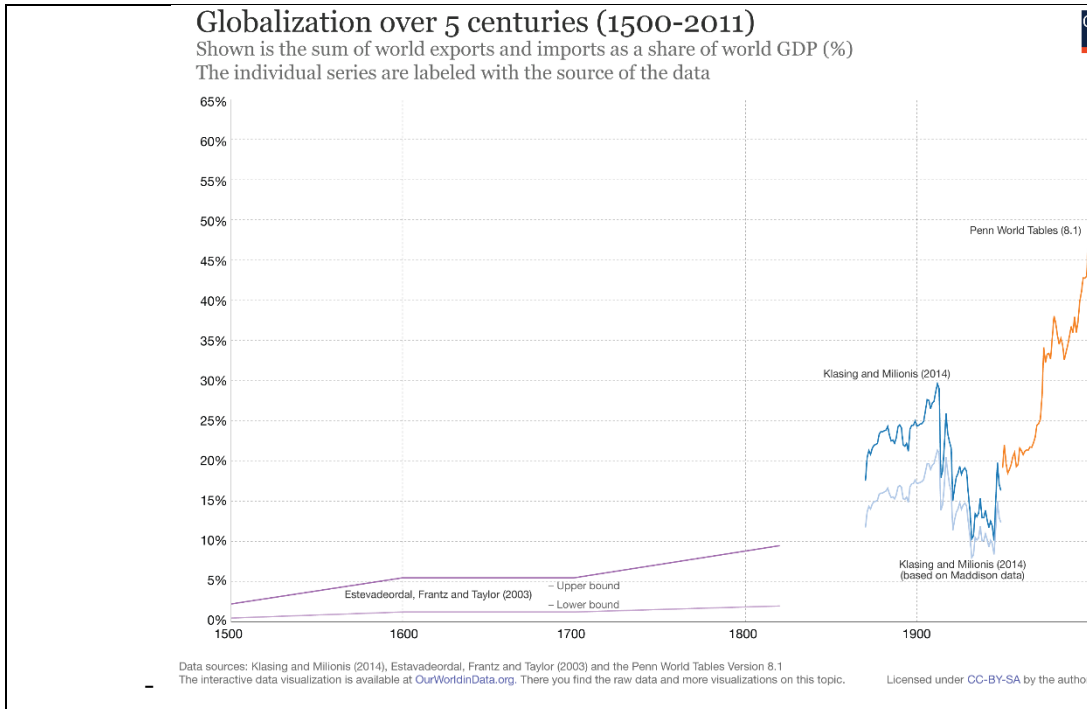
⁷² A. MADDISON, *The World Economy: A Millennial Perspective*, OECD, Parigi, 2001.

⁷³ Al tempo stesso si svolgevano vari sviluppi sociali e politici che avrebbero portato ad una maggiore spesa pubblica e alla necessità di tasse più elevate. Tra questi, i più importanti erano: l'avvento dei regimi parlamentari, l'aumento dei movimenti democratici, l'aumento dei sindacati, la crescente popolarità delle ideologie socialiste e statistiche, l'ampliamento del diritto di voto, incluso il voto delle donne e sopra. Questi sviluppi fissano la fase per un ruolo economico molto più grande dallo Stato e, di conseguenza, ha richiesto tasse molto più elevate per svolgere tale ruolo. Vedi Tanzi, 2011. L'introduzione o l'espansione dell'impiego delle imposte sul reddito è stato anche uno sviluppo naturale in questo periodo.

⁷⁴ C. SACCHETTO, voce *Diritto Tributario (convenzioni internazionali)*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, p. 521.

Guerra mondiale, che trascina molti Paesi nella Grande Depressione, culminata alla fine degli anni '20.

Quanto finora detto è espresso in numeri dalle tabelle che seguono, che mostrano la crescita degli scambi internazionali in quegli anni⁷⁵:



A dispetto della straordinaria complessità e dimensione dei cambiamenti a livello di integrazione economica internazionale, i sistemi economici del XIX secolo sono infatti caratterizzati da una politica internazionale relativamente semplice, che subisce – e non certo favorisce – la globalizzazione; negli ultimi tre decenni del secolo, per proteggere i produttori nazionali contro la crescente concorrenza mondiale scaturita dalla caduta dei costi di trasporto, la maggior parte dei Paesi europei inizia ad aumentare gradualmente il livello delle tariffe commerciali.

In controtendenza, alcuni Stati cominciano ad aprirsi al commercio internazionale, mediante iniziative bilaterali, e non collettive⁷⁶. Gradualmente, tali

⁷⁵ E. ORTIZ-OSPINA - M. ROSER, *International Trade*, 2018, in OurWorldInData.org.

⁷⁶ Un grande impulso in tal senso provenne dalla Gran Bretagna, che fornì, anche a livello domestico, un impulso al liberalismo commerciale, abrogando alcune imposte all'ingresso. Per fare solo un esempio, nel 1860 fu stipulato il trattato di Cobden-Chevalier, che aveva l'obiettivo di migliorare i rapporti diplomatici tra Gran Bretagna e Francia e ridurre bilateralmente le barriere tariffarie al commercio. Tale stipula, inizialmente bilaterale, sfociò, in una catena di accordi bilaterali che di fatto generarono una sorta di grande accordo multilaterale. Ne seguì un periodo di

esperienze pongono le basi per le prime politiche di coordinamento internazionale, culminate nella creazione della Società delle Nazioni⁷⁷. La consapevolezza che il primo ostacolo alla crescita e allo sviluppo dell'economia sia determinata anche dal difficile coordinamento tra gli – ancora autarchici – sistemi fiscali dei Paesi, in uno con l'esigenza di risollevare l'intero mondo occidentale dalla crisi, induce infatti molti Paesi ad avviare apposite iniziative internazionali⁷⁸, nell'ambito delle politiche proposte dalla Camera di Commercio Internazionale sotto l'egida della Lega delle Nazioni. I lavori, avviati nel 1921⁷⁹, mirano alla redazione di un modello di convenzione internazionale⁸⁰ per prevenire la doppia imposizione⁸¹.

forte liberalizzazione del commercio internazionale (D. IRWIN, *Long-Run Trends in World Trade and Income*, in *World Trade Review*, 2002, p. 89). La Gran Bretagna fu tuttavia osteggiata da altri Paesi, come la Germania e l'Italia, che perseguirono politiche diametralmente opposte.

⁷⁷ Alcune di esse erano volte a migliorare l'utilizzo delle nuove tecnologie di comunicazione (Unione Internazionale Telegrafica, 1873); altre, erano volte ad amministrare i recenti negoziati della Convenzione di Berna per i diritti d'autore delle opere letterarie e artistiche (United International Bureau for the Protection of Intellectual Property, 1893).

⁷⁸ Alcuni Stati, in particolare quelli già legati da accordi internazionali di diversa natura o aventi comunanza di tradizioni sociali, economiche e politiche, cominciano quindi – atomisticamente e bilateralmente – a stipulare convenzioni bilaterali per contrastare il fenomeno della doppia imposizione. I primi a muoversi in tal senso furono proprio quelli Europei. Tra i primi a muoversi in tal senso, si annoverano stati già appartenenti a federazioni o legati da alleanze militari e, perciò, già legati da previ rapporti extra-tributari che potevano agevolare la contrattazione. Si pensi alla Convenzione stipulata tra l'Austria e l'Ungheria il 18 dicembre 1869, di poco successivo al c.d. *Ausgleich* ("compromesso") del 1867 tra i due Stati, *i.e.* l'accordo politico cui è storicamente ricondotta l'origine dell'impero austro-ungarico. Come è intuibile, la circostanza che tali convenzioni fossero bilaterali da un lato consentiva a tali strumenti di risolvere pienamente e perfettamente le doppie imposizioni negli scambi tra i due Paesi stipulanti, ma dall'altro determinava taluni problemi di coordinamento laddove gli scambi non avvenissero solo tra quei due territori. Si pensò, quindi, di tentare una soluzione comune alla problematica, che consentisse a più Paesi di poter usufruire di linee guida identiche sulla cui base stipulare gli accordi bilaterali.

⁷⁹ La Camera di Commercio Internazionale introdusse i lavori nella propria agenda politica con la risoluzione n. 11 del *Constituent Congress*.

⁸⁰ Tali questioni vengono lungamente approfondite anche dal punto di vista tecnico. Si consideri infatti che dal 1927 al 1946, il *Committee of Technical Experts and Fiscal Committee* rilascia diversi report finalizzati alla creazione di un modello di convenzione bilaterale che coordini le soluzioni internazionali e risolva il problema della doppia imposizione e della mutua assistenza amministrativa. Il primo decisivo impulso promanò dai Comitati Finanziario e Fiscale della Lega delle Nazioni, nati proprio al precipuo scopo di incentivare le economie degli Stati Europei, devastati dalla Prima Guerra Mondiale appena conclusa. C. SACCHETTO, voce *Diritto Tributario (convenzioni internazionali)*, cit.; P. BAKER, *Double taxation conventions and International Tax Law*, London, 1994.

⁸¹ J.E. FARREL, *The Interface of International Trade Law and Taxation*, Amsterdam, 2013. Per un approfondimento sulla storia delle politiche della Camera di Commercio internazionale e della Lega delle Nazioni, si veda A. HERNDON, *Relief from International Income Taxation: the development of international reciprocity for the prevention of double taxation*, Callaghan, 1932; B. CARROL, *History of movement to remove tax barriers to international trade* in E. EINSER, *Tax barriers to trade*, 1941, p. 205; D. WANG, *International double taxation of income: relief through international agreement 1921-1945*, in *Harvard Law Review*, 1945, p. 73.

3.1.4. La soluzione degli anni '20 e la prima model tax convention.

Nel descritto contesto economico, nel 1923 il Comitato Finanziario della Lega delle Nazioni incarica quattro eminenti economisti, esperti di finanza pubblica⁸², affinché si pronuncino sui profili teorico-scientifici della doppia imposizione e dell'evasione fiscale, al fine di porre le basi per elaborare i principi generali della soluzione al problema di porre le fondamenta della nuova fiscalità internazionale. Il punto di partenza è ben chiaro: la doppia imposizione costituisce un gravissimo ostacolo agli scambi internazionali, una “*trade barrier*” da rimuovere⁸³.

In estrema sintesi le scelte della Lega delle Nazioni risentono fortemente di due fattori⁸⁴.

In primo luogo, si intende affermare l'imposta “personale” come modello razionale di imposizione, anche in quanto idoneo a rappresentare la capacità contributiva delle persone fisiche e a ben conformarsi con la progressività dell'imposizione⁸⁵; e dalla necessità di impiegare le convenzioni contro le doppie imposizioni in modo funzionale alle politiche degli Stati⁸⁶.

In secondo luogo, gli Stati mirano ad articolare le convenzioni in modo

⁸² I quattro economisti provenivano da Paesi sviluppati – e, come si dirà, tale notazione non è irrilevante ai fini di interesse in tale sede – ed erano Gijsbert Weijer Jan Bruins (*Commercial University* di Rotterdam, Olanda), Luigi Einaudi (Università di Torino, Italia), Edwin Robert Anderson Seligman (*Columbia University*, Stati Uniti) e Sir Josiah Charles Stamp (*London University*, Gran Bretagna).

⁸³ Per un approfondimento, si veda International Chamber of Commerce, *Final report of the Trade Barriers Committee of the International Chamber of Commerce*, 1926.

⁸⁴ G. FRANSONI, *op. ult. cit.*, p. 123.

⁸⁵ Cfr. B. GRIZIOTTI, *L'imposition fiscale des entrangers*, Académie de Droit internationale. Parigi, 1927, p. 147.

⁸⁶ Come osserva J. F. AVERY JONES, *Avoiding Double Taxation: Credit versus Exemption - The Origins*, in *Bull. Int. Tax.*, 2012, p. 1, la distinzione tra imposte personali e impersonali (*impôts réels*) fu posta all'attenzione della Società delle Nazioni, quando iniziò a considerare i problemi della doppia imposizione negli anni '20. La prima era un'imposta progressiva sul reddito totale le altre erano le imposte proporzionali su diversi tipi di reddito, in base alle quali l'identità e la residenza del proprietario erano irrilevanti.

I quattro economisti nel loro Rapporto del 1923 categorizzarono i sistemi fiscali come segue:

(1) alcuni si basavano su imposte reali diverse gravanti su beni espressivi di ricchezza (come Francia e Belgio prima della guerra, con i loro *impôts réels*, e gli Stati tedeschi, con il loro *Ertragssteuern*);

(2) altri si basavano su imposte gravanti su diversi beni che, in aggregato, costituivano un'imposta reale sul reddito complessivo (ad esempio, in Francia e in Italia);

(3) altri si basavano su un'imposta personale sul reddito come una delle principali fonti di reddito (come ad esempio gli Stati Uniti, la Germania, la Gran Bretagna e l'Olanda).

funzionale ai rispettivi progetti di espansione economica⁸⁷, circostanza che vede contrapposti gli Stati esportatori di capitali (di norma, i Paesi sviluppati, fautori del *residence principle*) e gli Stati importatori di capitale (di norma, i Paesi in via di sviluppo, fautori del *source principle*). Con riferimento ai metodi di tassazione dei non residenti e, quindi, alle varie declinazioni del *source principle*, il quadro dell'epoca è assai variegato ed è essenzialmente composto da Paesi, come il Regno Unito, che assoggettano ad imposizione le imprese straniere in ragione dei contratti conclusi nel loro territorio, Paesi (come gli Stati Uniti), che assoggettano ad imposizione i redditi ritratti dalla vendita dei prodotti nel territorio dello Stato e Paesi (soprattutto Europei) che assoggettano ad imposizione le imprese straniere in base ai redditi prodotti mediante una sede fissa di affari⁸⁸.

Il contrasto tra le due posizioni emerge subito già in seno ai lavori della Società delle Nazioni, e si evince – sin dagli albori – dal disallineamento di posizioni tra il *report* del 1925, redatto da tecnici provenienti da Paesi debitori, e quello rilasciato nel 1923 dagli economisti, provenienti da Paesi creditori⁸⁹. Questi ultimi infatti privilegiano la tassazione esclusiva negli Stati di residenza, mentre gli esperti tecnici privilegiano la tassazione nello stato della fonte secondo modelli già noti in Europa. Ciò in quanto "*nuovi paesi che necessitano di capitali stranieri per il loro sviluppo generale desiderano avere una quota delle imposte riscosse sul reddito che viene prodotto sul loro territorio*"⁹⁰. Lo stesso Seligman osserva che "*quando ... gli esperti tecnici si sono riuniti, la loro preoccupazione è stata*

⁸⁷ Tra il 1926 e il 1927, il Comitato elaborò quattro modelli di convenzioni (in materia di doppie imposizioni, imposta sulle successioni, cooperazione amministrativa e assistenza giudiziaria) con l'ausilio di altri esperti, ancora una volta provenienti dai Paesi europei e dagli Stati Uniti; tali modelli furono poi approvati da 28 Stati nel 1928 (cfr. V. UCKMAR - G. CORASANITI - P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE - C. CORRADO OLIVA, *Diritto Tributario Internazionale*, cit., p. 50). Di seguito, in seno alla Lega delle Nazioni fu istituito un Comitato permanente che elaborò due ulteriori modelli di convenzioni contro le doppie imposizioni: si tratta del modello di trattato del Messico del 1943, alla cui elaborazione parteciparono principalmente Paesi dell'America Latina (essendo gli altri Paesi impegnati nella Seconda Guerra Mondiale che nel frattempo era cominciata) e del modello di trattato di Londra del 1946, alla cui stesura parteciparono invece molti Paesi industrializzati. Cfr. C. SACCHETTO, voce *Diritto Tributario (convenzioni internazionali)*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, p. 523.

⁸⁸ M.B. CARROLL, *Taxation of foreign and national enterprises: methods of allocating taxable income*, League of Nations 1933, p. 20 ss.

⁸⁹ N. TADMORE, *Source taxation of Cross-Border Intellectual supplies - Concepts, History and Evolution into the Digital Age*, in *Bill. Int. Tax.*, 2007, p. 1.

⁹⁰ LEAGUE OF NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion*, Report and Resolution submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations, Ginevra, 1925, par. 15.

soprattutto quella di entrare in un accordo che sarebbe politicamente gradito ai rispettivi governi"⁹¹.

In termini assai generali, si può affermare che i sostenitori del principio della tassazione su base mondiale fanno leva sull'equità, in quanto i livelli di imposizione sono uguali per i contribuenti aventi redditi di uguale entità, e sull'efficienza economica, nella misura in cui la tassazione diviene neutrale rispetto al luogo in cui il capitale è investito. Si tratta di un'impostazione propugnata soprattutto dai Paesi industrializzati esportatori netti e Paesi "d'origine" dei redditi. I sostenitori del principio di territorialità, di contro, fanno leva sulla sua idoneità ad incentivare gli investimenti all'estero e sul c.d. principio del beneficio, nella misura in cui il reddito viene attratto ad imposizione nel territorio nel quale sono allocate le infrastrutture e i servizi di cui la società si serve per produrre quel medesimo reddito ed è sostenuta dagli Stati in via di sviluppo importatori netti, Paesi fonte dei redditi, *in primis* i Paesi dell'America latina⁹².

In questo contesto, il Comitato delle Nazioni adotta una metodologia che prima classifica, poi assegna e distribuisce (agli Stati impositori) le fonti di reddito. Rispetto agli utili d'impresa, il comitato presceglie un criterio distributivo personalistico, ancorato alla residenza, e adotta quale criterio di collegamento alla fonte il concetto di stabile organizzazione, combinando in uno i criteri europei e britannici (da cui la stabile organizzazione rispettivamente materiale e personale)

⁹¹ A. SELIGMAN, R.A. EDWIN., *Double Taxation and International Fiscal Cooperation*, New York, 1928, p. 143.

⁹² D. PINTO, *The Need to Reconceptualise the Permanent Establishment Threshold*, in *Bulletin for International Taxation*. 2006, p. 266.. L'autore riconosce che gran parte delle spese pubbliche è destinata alla creazione e al mantenimento di un ambiente in cui possa esprimersi l'attività di impresa; "il rapporto tra l'attività privata e la spesa pubblica è variabile, come il rapporto tra la le spese per il mantenimento di una ferrovia e la quantità di traffico che trasporta". Tuttavia, può dirsi con ragionevole certezza che i due valori sono direttamente proporzionali: maggiore è l'attività delle imprese, maggiori le spese destinate al mantenimento dell'ambiente economico in cui esse operano.

Per tale motivo, le spese pubbliche destinate al mercato economico dovrebbero essere ripercosse, tramite la fiscalità generale, su tutte le imprese che beneficiano di quel mercato.

Tradizionalmente, un accesso significativo a un mercato in uno Stato ha sempre richiesto all'impresa di operare con un certo grado di presenza fisica nello Stato, ma la teoria del beneficio non preclude l'individuazione di altri elementi idonei a rappresentare dei vantaggi che prescindono dalla presenza fisica: si pensi, a titolo esemplificativo, ai vantaggi che emergono dalle leggi che istituiscono e regolamentano le banche locali che consentono le operazioni di credito, o i tribunali avvocati per le riscossioni coatte del prezzo, l'applicazione delle leggi sulla tutela dei consumatori, o anche gli investimenti in infrastrutture e telecomunicazioni.

e respingendo quello statunitense (che guarda al consumo, c.d. *demand approach*), invero troppo espansivo e difficilmente gestibile sotto il profilo amministrativo⁹³. Tale criterio favorisce le imprese degli stati esportatori, che non subiscono più alcuna limitazione in termini di doppia imposizione, ma tendenzialmente sfavorisce gli stati della fonte, limitandone la potestà impositiva in favore degli stati di residenza⁹⁴.

La giustificazione economica dell'endiadi fonte/residenza⁹⁵ si rinviene nell'*economic allegiance*. La nozione di *economic allegiance* adottata fu modulata sulla base di una teoria già postulata alla fine dell''800⁹⁶ e, in ogni caso, postula la circostanza che quel collegamento economico determini un beneficio rilevante per la produzione del reddito; beneficio elargito dallo Stato che, quindi, può attrarre presso di sé l'imposizione di quei redditi che ha contribuito a produrre⁹⁷. Tali benefici possono essere generali (forze di polizia, protezione della difesa, istruzione che garantisce manodopera qualificata) o specifici (politiche volte a favorire la conduzione di attività, ad esempio mirate a mantenere i tassi di cambio stabili e i tassi di interesse bassi)⁹⁸.

Secondo gli economisti che elaborano il rapporto del 1923,

“a prescindere dal tema della nazionalità, che ancora gioca un ruolo minore, la scelta deve ricadere tra il principio del domicilio e quello del

⁹³ La prima soluzione suggeriva di attribuire nello Stato di residenza una deduzione per tutti redditi prodotti all'estero, ma fu immediatamente accantonata perché l'incremento impositivo generato dalla doppia deduzione sarebbe interamente ricaduto sugli Stati creditori (par. 41 del report). Gli economisti parvero invece più propensi a concedere l'esenzione per i redditi prodotti all'estero, che avrebbe sortito effetti positivi sulle pianificazioni del tempo mirate ad attrarre investimenti esteri.

⁹⁴ G. FRANSONI, *Le stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123.

⁹⁵ K. VOGEL, *'State of Residence' may as well be 'State of Source' – There is No Contradiction*, in *Bull. for Intl. Taxn.*, 2005, p. 420, afferma che la residenza, nella misura in cui è ancorata al *place of effective management*, può ben essere considerata una “fonte”, se non si considera il tema della responsabilità fiscale limitata o illimitata.

⁹⁶ Fu infatti per la prima volta propugnata da G. SCHANZ, *Zur Frage der Steuerpflicht*, in *FinanzArchiv*, 1892, p. 9.

⁹⁷ Si veda K. VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, in *Intertax*, 1988, p. 393, ove si legge che *“The only valid legitimation therefore can be derived from benefit aspects. Usually it is the state of source that has provided most or all of the benefits relevant for the production of the income”*. Sulla stessa linea, si pone R. AVI-YONAH, *International Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, 1997, p. 507, ove si legge che *“These benefits justify source-based corporation taxation in the sense that the host country's government bears some of the costs of providing the benefits that are necessary for earning the income”*.

⁹⁸ D. PINTO, *E-Commerce and Source-Based Income Taxation*, Amsterdam, 2003, p. 19.

luogo di origine. Considerando il campo della tassazione nel suo complesso, la ragione per cui le autorità fiscali oscillano tra questi due principi sta nel fatto che ciascuno di essi può essere considerato come parte del principio, ancora più ampio, della economic allegiance, in opposizione al principio della political allegiance. Una parte della somma totale pagata in base alla capacità⁹⁹ di una persona dovrebbe pervenire all'erario di un Paese in base all'interesse economico di tale persona in detto Paese. La soluzione ideale è che l'intera ricchezza dell'individuo sia tassata, ma che sia tassata una sola volta e che l'assoggettamento ad imposizione sia ripartito tra le varie giurisdizioni secondo i suoi interessi relativi in ciascuna di esse"¹⁰⁰.

I puristi della dottrina dell'*economic allegiance* attribuirebbero la giurisdizione fiscale agli Stati che rivendicano un qualsiasi rapporto di connessione economica con la società estera, ma gli stessi economisti riconoscono che *“il reddito è un prodotto così composito e la sua nozione è così complessa che anche teoricamente non è facile assegnare in senso quantitativo le “porzioni” di allegiance dei diversi paesi interessati”*¹⁰¹. La dottrina della *economic allegiance* non richiede infatti la presenza fisica in uno Stato per ancorare la tassazione, in quanto la produzione della ricchezza si concentra sulla *“comunità la cui vita economica rende possibile il rendimento finale”*. La produzione del rendimento finale può anche essere *fisicamente* localizzata in un luogo ed *economicamente localizzata* in un altro: tuttavia, tale secondo criterio deve prevalere sul primo.

Detto altrimenti, nella dottrina dell'*economic allegiance* la collocazione fisica della produzione in un dato luogo assume rilevanza solo se – e nella misura

⁹⁹ Già emerge, seppure in un'accezione embrionale, il concetto di capacità contributiva, che poi sarà adottato dai modelli costituzionali degli Stati.

¹⁰⁰ Profs. Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation, submitted to the Financial Committee, League of Nations, Economic and Financial Commission*, Ginevra, 1923 (traduzione libera). Tale concetto è definito dagli stessi autori come il *“passaggio più importante dell'intero rapporto”* (p. 571). Si riporta l'estratto in lingua originale: *“apart from the question of nationality, which still plays a minor role, the choice lies between the principle of domicile and that of location or origin. Taking the field of taxation as a whole, the reason why tax authorities waver between these two principles is that each may be considered as part of the still broader principle of economic allegiance, as against the original doctrine of political allegiance. A part of the total sum paid according to the ability of a person ought to reach the competing authorities according to his economic interest under each authority. The ideal solution is that the individual's whole faculty should be taxed, but that it should be taxed only once, and that liability should be divided among the tax districts according to his relative interests in each”*. Si veda anche C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 111 ss. Sul punto si richiamano anche le osservazioni di G. MAISTO, *Residence of Individuals and the Italy-France Tax Treaty*, in *European taxation*, 1999, p. 42.

¹⁰¹ N. TADMORE, *Source taxation of Cross-Border Intellectual supplies - Concepts, History and Evolution into the Digital Age*, in *Bill. Int. Tax.*, 2007, p. 1.

in cui – essa è *rappresentativa* di una collocazione economica in detto luogo. Sono chiarissimi i quattro economisti sul punto:

*"Il situs fisico è una cosa; il concetto di origine o di collocazione economica è un'altra cosa; tali due concetti non coincidono necessariamente. Il situs fisico rileva nell'ottica della economic allegiance solo nella misura in cui rafforza il situs economico"*¹⁰².

Su tali premesse, finanche il luogo in cui avviene il consumo dei beni e servizi può costituire una parte essenziale della produzione di ricchezza e può dunque essere rappresentativo di una *economic allegiance* anche in assenza di una presenza fisica¹⁰³:

"Le arance sugli alberi della California non rappresentano una ricchezza acquisita finché non vengono raccolte, e nemmeno in quella fase finché non vengono imballate, e nemmeno in quella fase finché non vengono trasportate nel luogo in cui v'è domanda di quei beni e fino a quando non vengono collocate il consumatore può fruirne".

Il principio dell'"origine della ricchezza" è dunque ancorato all'*economic allegiance* al dichiarato scopo di valutare i vari contributi apportati dai diversi Stati alla produzione e al godimento di reddito¹⁰⁴. In termini generali, gli economisti concludono che i fattori più importanti (in proporzioni diverse a seconda della classe di reddito in questione) sono " *the origin of the wealth and the residence or domicile of the owner who consumes the wealth*". Per i profitti delle imprese, ritengono che il luogo in cui il reddito è prodotto sia "*of preponderal weight*" e "*in an ideal division a preponderant share should be assigned to the place of origin*". L'origine o la produzione della ricchezza è ancorata, a questi fini, alle fasi coinvolte nella creazione della ricchezza: "*the original physical appearance of the wealth, its subsequent physical adaptations, its transport, its direction and its sale*"¹⁰⁵.

In questo contesto, si sceglie così di legittimare la tassazione nello Stato

¹⁰² Profs. Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation, submitted to the Financial Committee*, par. 27.

¹⁰³ Profs. Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation, submitted to the Financial Committee*, par. 21.

¹⁰⁴ M. GRAETZ, M. O'HEAR, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, in *Duke Law Journal*, 1997, p. 1022.

¹⁰⁵ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, Parigi, 2018, p. 174.

della fonte solo al sussistere di un certo livello di presenza fisica, personale o materiale, anche nella consapevolezza che, al tempo, le imprese non potessero operare in *market countries* stranieri prescindendo da una sede fissa d'affari; tale scelta fu, tuttavia, puramente convenzionale, in quanto non prevista da alcuna norma internazionale consuetudinaria, né addirittura necessitata alla luce della dottrina dell'*economic allegiance*. La prima nozione di stabile organizzazione¹⁰⁶, oggi contenuta nell'art. 5 del modello OCSE, viene infatti ai due fenomeni economici già assunti nella tradizione Europea e Britannica come elementi di collegamento dell'attività d'impresa con il territorio dello Stato: l'esercizio di un'attività all'estero, attraverso una serie di mezzi materiali, direttamente organizzati e gestiti dall'operatore (stabile organizzazione materiale) e la presenza all'estero dell'impresa attraverso un agente dipendente dell'impresa stessa (stabile organizzazione personale). Tutt'ora l'OCSE riconosce che, nonostante gli adeguamenti intervenuti nel tempo¹⁰⁷, "*in both situations a certain level of physical presence in the source jurisdiction is required, either directly or through the actions of a dependent agent*"¹⁰⁸.

Dal 1948, i lavori della Società delle Nazioni proseguono nelle mani dell'Organizzazione per la Cooperazione Europea¹⁰⁹ che, dal 1956 al 1961, elabora quattro relazioni ciascuna acclusa ad un potenziale modello di

¹⁰⁶ Il primo riferimento alla nozione di stabile organizzazione viene ricondotto al 1899 e alla prima convenzione contro le doppie imposizioni conclusa tra il Regno di Prussia e l'Impero Austro Ungarico; già quella primissima definizione conteneva tutti gli elementari requisiti dell'istituto ad oggi conosciuto, che poi confluisce – in esito alle riflessioni degli anni '20 – nel primo Modello Di Convenzione del 1927.

¹⁰⁷ In OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, 2014, p. 39, si legge che "*Some extensions have been made over time to address changes in business conditions. For example, the development of the service industry has led to the inclusion in many existing bilateral treaties of an additional threshold whereby the performance of services by employees (or other persons receiving instructions) of a non-resident enterprise may justify source-based taxation as soon as the duration of such services exceeds a specific period of time, irrespective of whether the services are performed through a fixed place of business*" A. ALESSI, J. DE GOEDE, W. WIJNEN, *The Treatment of Services in Tax Treaties*, in *Bulletin for International Taxation*, 2012, Vol. 66, N. 1.

¹⁰⁸ B. WESTBERG, *Digital Presence – Does it exist?*, in AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario Italiano ed Europeo*, a cura di L. DEL FEDERICO - C. RICCI, Padova, 2015, p. 21, ove si legge che «*some minimum form of physical presence and permanence must be required in any source country aspiring to fiscal benefits*».

¹⁰⁹ L'Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea (OECE) è stata un'organizzazione internazionale attiva dal 1948 al 1961, istituita il 16 aprile 1948 per controllare la distribuzione degli aiuti statunitensi del Piano Marshall finalizzati alla ricostruzione dell'Europa dopo la seconda guerra mondiale e favorire la cooperazione e la collaborazione fra i Paesi membri della Comunità Europea, devastata dal conflitto bellico appena terminato.

convenzione contro le doppie imposizioni. Nel 1961, detta Organizzazione viene riorganizzata in seguito all'ingresso di Stati Uniti e Canada e trasformata nell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) che, nel 1963, elabora una relazione riassuntiva dei precedenti modelli proposti, tesa a presentare il primo modello completo di convenzione e l'annesso Commentario.

Si tratta, segnatamente, delle prime versioni del modello OCSE e del relativo commentario che ancora oggi rappresentano la base delle contrattazioni tra Paesi che vogliono eliminare la doppia imposizione.

Il modello di convenzione del 1963 è più volte rivisto e dopo oltre dieci anni, nel 1977, l'OCSE finalmente pubblica il Modello di Convenzione sulla doppia imposizione sul reddito e sul patrimonio corredato di un apposito Commentario all'articolato (entrambi più volte aggiornati negli anni successivi¹¹⁰) che, ancora oggi, è utilizzato dalla maggior parte dei Paesi come base per la negoziazione dei reciproci accordi contro le doppie imposizioni¹¹¹.

Gli ulteriori interventi dell'OCSE, fino ai giorni nostri, non stravolgono questo sistema e, anzi, rafforzano la centralità del principio di residenza¹¹². Anzi,

¹¹⁰ Il modello del 1977 è stato aggiornato nel 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008, 2010, 2012 e 2014.

¹¹¹ Nel frattempo, l'Organizzazione per le Nazioni Unite aveva assunto il compito di redigere un modello di convenzione contro le doppie imposizioni che regolasse i rapporti tra i Paesi industrializzati e i Paesi in via di sviluppo. Tale modello fu basato su quello rilasciato dall'OCSE nel 1977 e fu pubblicato nel 1980. Peraltro, molti Paesi (ivi inclusa l'Italia) hanno introdotto norme domestiche, volte ad assoggettare ad imposizione le società residenti, allineate alle determinazioni internazionali.

¹¹² G. FRANSONI, *La stabile organizzazione. Nihil sub sole novi*, cit.. Si veda anche Y. BRAUNER, *What's BEPS*, in *Fla. Tax Rev.*, 2014, p. 16 ss. Non può non sottacersi la scelta giuridica è anche, una declinazione della scelta economica di far prevalere il modello di neutralità fiscale esterna (*capital export neutrality*) rispetto a quello di neutralità fiscale interna (*capital import neutrality*), espressive rispettivamente degli interessi degli stati esportatori netti di capitali rispetto agli importatori netti. Segnatamente, il primo modello assicura la neutralità del prelievo fiscale rispetto alla localizzazione degli investimenti e tende quindi a soddisfare la neutralità dell'imposizione in relazione alla provenienza dell'investitore, *i.e.* la sua residenza; il secondo, invece, garantisce il medesimo trattamento a tutti i capitali investiti all'interno di uno Stato, a prescindere dalla loro origine, e tende quindi a rendere il prelievo neutrale rispetto al luogo in cui il capitale viene impiegato, *i.e.* la fonte (Cfr., E. KEMMEREN, *Principle of Origin in Tax Conventions: a rethinking of models*, Dongen, 2001, p. 33). La logica sottesa a tali modelli è puramente economica e sottende la consapevolezza che l'imposizione inficia le scelte economiche e l'intenzione di minimizzare tale influenza; nondimeno, il bilanciamento tra le due impostazioni è inficiato dalla solidarietà interstatale e dalla volontà di agevolare le economie emergenti (La riflessione è di matrice statunitense. Si vedano J.G. GRAVELLE, *Foreign Tax Provisions of the American Jobs Act of 1996*, in *Tax Notes*, 1996, p. 1165; D.J. ROUSSLANG, *Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income*, in *National Tax Journal*, 2000, p. 589; M.A. SULLIVAN, *Economic Analysis: A Challenge to Conventional International Tax Wisdom*, in *Tax Notes*, 2006, p. 951). Il conflitto tra i due metodi si risolve nel confronto sui criteri che lo stato

l'eredità degli anni '20 tuttora influenza la nozione di stabile organizzazione che, come la stessa OCSE¹¹³, la dottrina¹¹⁴ e il Commentario sottolineano, “*has a long history and reflects the international consensus that, as a general rule, until an enterprise of one State has a permanent establishment in another State, it should not properly be regarded as participating in the economic life of that other State to such an extent that the other State should have taxing rights on its profits*”¹¹⁵.

3.1.5. Conclusioni sul punto.

Per concludere, possono quindi qui delinarsi quelli che sono stati definiti i “tre principi originari”¹¹⁶ su cui si fonda il diritto internazionale tributario.

Il primo: non esiste un limite di carattere internazionale al potere impositivo dei singoli Stati ma, ove sussistenti, detti limiti derivano semmai dalla struttura costituzionale interna dei singoli Paesi. Il secondo: da tale inesistenza discende in rischio (che, di fatto, si concretizza) di generare forme di doppia imposizione, nella misura in cui più Stati possono vantare, secondo le rispettive norme interne, la potestà impositiva sul medesimo presupposto. Il terzo: ove esistenti, tali asimmetrie vengono risolte mediante accordi bilaterali, di natura puramente pattizia.

Questi accordi hanno inteso definire una allocazione della potestà impositiva che fosse “*sufficientemente razionale e politicamente accettabile*”¹¹⁷. Ciò non vuol dire che le scelte che li hanno originariamente ispirati prescindano *tout court* da valutazioni di matrice tecnica: come detto, l'opzione da ultimo adottata, *i.e.* quella di attribuire la potestà impositiva *in primis* agli Stati di residenza, fu – in parte – determinata dalla volontà di conferire carattere personale all'imposizione, anche per allinearla agli ordinamenti costituzionali di molti degli

di residenza deve adottare per neutralizzare la doppia imposizione, *i.e.* i criteri dell'esenzione (che risponde al paradigma della *capital import neutrality*) o del credito di imposta (che invece risponde al paradigma della *capital export neutrality*).

¹¹³ OECD, *Addressing the tax challenges of the digital economy. 2014 Deliverable*, p. 39.

¹¹⁴ A. A. SKAAR,, *Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle, Series on International Taxation*, Netherlands, 1991.

¹¹⁵ OECD, commentario all'art. 7, par. 11; commentario all'art. 5, par. 42.11.

¹¹⁶ G. FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018.

¹¹⁷ Così G. FRANSONI, *op. ult. cit.*

Stati interessati e, soprattutto, all'*ability to pay*¹¹⁸ che quegli ordinamenti cominciavano a consacrare¹¹⁹.

Peraltro, se, da un lato, la scelta di tassare alla residenza rispondeva anche a logiche di capacità contributiva, l'allocazione dell'imposizione alla fonte sembrava prescindere totalmente ed assumere la funzione di criterio allocativo puramente convenzionale. Semmai, la giustificazione su cui riposava tale criterio era economica, basata sul coinvolgimento dell'impresa nella vita del Paese (lo si precisa anche al fine di anticipare le discussioni, anche Europee, a cui oggi si assiste, che invece spostano l'attenzione sul – diverso – tema della “*creazione del valore*”, tema che, come dimostrato, non permeava in alcun modo le riflessioni dell'epoca, né permea normativamente le odierne convenzioni bilaterali).

Di contro, la potestà impositiva che si intese attribuire agli Stati della fonte fu volutamente residuale e “subordinata” rispetto a quella spettante agli Stati della residenza. Tale ragione fu giustificata anche da un criterio tecnico, *i.e.* la consapevolezza che il criterio personalistico fosse maggiormente rispondente al principio di capacità contributiva.

La scelta di introdurre un elemento di fissità non dipese dall'adesione al criterio dell'*economic allegiance*, che non presupponeva affatto un collegamento *fisico* con il territorio dello Stato della fonte, ma risultò coerente con questa impostazione limitativa dell'imposizione nel *source State*: dipese, infatti, da un elemento caratterizzante l'economia del tempo, *i.e.* l'impossibilità, per le imprese, di partecipare economicamente alla vita di un Paese senza allocarvi le proprie risorse (personali o materiali), e dalla voluta intenzione di limitare le ipotesi di imposizione alla fonte dei redditi, privilegiando, di contro, la fiscalità nello Stato di residenza.

¹¹⁸ Come rileva G. FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento *online*), 5 aprile 2018, nel rapporto del 1923 del gruppo di esperti economici si legge espressamente che il criterio del beneficio doveva considerarsi recessivo rispetto a quello dell'*ability to pay*, affermandosi espressamente che “*the entire exchange theory has been supplanted in modern times by the faculty theory or the theory of the ability to pay*”.

¹¹⁹ Giova precisare che molti autori italiani ritengono che il principio del beneficio che, come si dirà, è sotteso a molte delle riflessioni attuali, contrasti col principio della capacità contributiva, ritenendo che le imposte non debbano essere prelevate in ragione dei benefici che il singolo ritrae dall'attività degli enti pubblici, ma dalla sua ricchezza effettiva. In caso contrario, sorgerebbe il legittimo dubbio che detta imposizione possa essere giustificata in funzione della sua natura commutativa (R. BAGGIO, *Profili di irrazionalità ed illegittimità costituzionale dell'imposta regionale sulle attività produttive*, in *Riv. Dir. Trib.* 1997, p. 638).

Nondimeno, le attuali convenzioni bilaterali, espressive di tali riflessioni, assumono, nel panorama attuale, la funzione di primaria fonte del diritto; gli Stati, quindi, non possono prescindere dall'uniformarsi alle medesime, finché la volontà ivi espressa non sia, sempre pattizamente, smentita.

Come subito si dirà, l'economia digitale ha insistito su tali scelte, mettendo in discussione non solo le volontà ivi assunte dagli Stati, ma le stesse logiche su cui tali volontà riposano.

3.2. Il criterio di collegamento tradizionale e i nuovi scenari. Ricorsi storici?

Come finora evidenziato, la scelta degli anni '20 è stata nel senso di ancorare la distribuzione dei redditi allo stato di origine, ritagliando un preciso spazio (delimitato dalla stabile organizzazione) ai Paesi della fonte. Si tratta tuttavia di una scelta distributiva disegnata su una struttura economica e su equilibri politici radicalmente differenti da quelli oggi esistenti.

In primo luogo, le scelte degli anni '20 privilegiarono gli Stati d'origine, anche in esito agli equilibri politici del dopoguerra. Nell'attuale momento storico, si assiste invece ad una chiara perdita di centralità degli Stati esportatori, messa in crisi dal sorgere di poteri fortemente concorrenti, quali quelli dei Paesi emergenti (Cina, India, Brasile ecc.). In secondo luogo, le scelte del tempo furono plasmate su un sistema economico complessivo che consentiva ai Paesi di individuare con esattezza i confini dell'ancoraggio materiale delle imprese ai *market country* e che, non a caso, ha unificato nella nozione di collegamento stabile istituti già adottati dagli Stati agli inizi del secolo scorso, quando le imprese non potevano prescindere da collegamenti materiali o personali per operare all'estero. La struttura dei criteri di collegamento postulò infatti l'esistenza di elementi "fisici", materiali o personali, che consentivano di avocare nel *market country* una quota di imposizione (può trattarsi, variamente, di una sede fissa di affari, di un agente dipendente o – a certe condizioni – di una società controllata¹²⁰).

¹²⁰ Anche all'art. 5 del modello OCSE si legge che "il fatto che una società residente di uno Stato Contraente controlla una società residente dell'altro Stato Contraente o è da questa controllata, ovvero svolge attività in questo altro Stato (a mezzo di una stabile organizzazione o non) non costituisce, di per sé, motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra" (art. 5, par. 7). Del resto, come noto, l'art. 162

È agevole rilevare le ragioni per le quali tali certezze, oggi, vacillino.

I progressi della tecnologia digitale, come visto¹²¹, non hanno cambiato la natura fondamentale delle attività principali che le aziende per generare profitti, ma hanno innegabilmente impattato in maniera significativa sul modo in cui dette attività vengono svolte. L'infrastruttura digitale è infatti mobile e rarefatta e gran parte dei processi tradizionalmente rimessi al personale o agli intermediari siti nel *market country* possono ora essere eseguiti a livello transfrontaliero da

rappresenta la trasposizione interna della predetta disposizione internazionale. Già dalla lettera delle fonti appena citate si trae con chiarezza la *ratio* della disciplina (peraltro, più volte ricordata dalla dottrina sia interna che internazionale). Esse recano infatti la c.d. “*anti single-entity clause*” e tutelano la autonomia delle società controllate che, seppure fisiologicamente inserite nei contesti dei gruppi multinazionali, non formano una *single entity* con le rispettive controllanti. Tale *ratio* è invero espressa *per tabulas* dal commentario al modello di convenzione OCSE, modello di riferimento per la stipula della Convenzione Italia-Egitto nonché imprescindibile guida interpretativa per le norme ivi recate. E il commentario al paragrafo 7 dell’art. 5 (corrispondente alla analoga norma della Convenzione Italia-Egitto appena citata), così si esprime: “*it is generally accepted that the existence of a subsidiary company does not, of itself, constitute that subsidiary company a permanent establishment of its parent company. This follows from the principle that, for the purpose of taxation, such a subsidiary company constitutes an independent legal entity*”.

In buona sostanza, si tratta di una valorizzazione dell’autonomia giuridica del soggetto controllato, generalmente riconosciuta sul piano sia civilistico che fiscale, nonché di una tutela della libera scelta, per le imprese che si aprono ai mercati esteri, di operare mediante società controllate, così articolandosi in forma di gruppi, ovvero di operare direttamente (e cioè mediante meri “prolungamenti” della casa madre), conservando la propria unitarietà giuridica ed economica (in dottrina, P. VALENTE, P. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta – profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, p. 61; G. PROCIDA, *L’accertamento nei confronti delle stabili organizzazioni in Italia*, in S. MAYR, B. SANTACROCE (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, p. 516).

Ma la ragion d’essere della norma non è invenzione dei tempi recenti, affondando le sue radici nella storia delle Convenzioni contro le doppie imposizioni.

Nel primo modello di convenzione contro la doppia imposizione elaborato dalla Società delle Nazioni nel 1927 (cui è di seguito subentrato l’OCSE), le c.d. “*affiliated companies*”, e cioè le società controllate, venivano espressamente ricomprese nella definizione di stabile organizzazione. Quando una società ne controllava un’altra avente sede in un diverso Stato, quest’ultima doveva essere considerata stabile organizzazione della prima per la mera esistenza del rapporto di controllo intercorrente tra le due. Nel 1933, il Comitato Fiscale della Società delle Nazioni perfezionò la nozione di stabile organizzazione rilevante nei rapporti transnazionali ed escluse le “*affiliated companies*” dalle fattispecie rilevanti a tale fine. Il *revirement* non fu casuale. Tale scelta, infatti, coincise con l’inserimento, nel modello di convenzione, di una disposizione specifica atta a regolare a valore normale i rapporti tra società controllate e società controllanti. E’ dunque intuitiva la conclusione: la qualificazione delle società controllate come SO delle rispettive controllanti serviva solo ad ovviare all’assenza, nel Modello di convenzione, di disposizioni che disciplinassero la materia del *transfer pricing*. Quando una tale specifica normativa fu prevista, venne correlativamente escluso che le società controllate potessero essere considerate alla stessa stregua di stabili organizzazioni delle controllanti. Da allora, in tutti i modelli di convenzione contro le doppie imposizioni è rimasta ferma l’irrelevanza delle situazioni di controllo ai fini dell’esistenza di una stabile organizzazione, e questo, sia badi bene, non perché esista una sorta di “presunzione di liceità” del comportamento dei gruppi transnazionali (che operano all’estero mediante società controllate), ma perché, ovementi si riscontrasse un comportamento illecito, il rimedio previsto sarebbe un altro, specifico ed ugualmente efficace, *i.e.* l’intervento sui prezzi praticati infragruppo.

¹²¹ Capitolo I.

apparecchiature automatizzate. Il mercato di destinazione è quindi esplorabile e raggiungibile da remoto, con la conseguenza che le attività tradizionalmente demandate al procacciamento e alla gestione della clientela all'estero possono essere agevolmente localizzate in giurisdizioni diverse dal *market country* e allocate altrove (se del caso, anche nello stesso Paese di origine).

La tendenza alla disintermediazione comporta inoltre la scomparsa o il sostanziale ridimensionamento di figure cui, nella *old economy*, era affidato non solo il ruolo di elementi di collegamento con lo stato della fonte (si pensi alla stabile organizzazione personale), ma anche un ruolo di ausilio nell'attività di accertamento e di riscossione per conto dello Stato (il riferimento è alla sostituzione d'imposta). Processi aziendali e attività decisionali sono infatti eseguiti direttamente da *software* sempre più sofisticati, tant'è vero che gli stessi contratti non "passano" per la volontà di volta in volta espressa dall'azienda o dal personale locale, ma sono automaticamente stipulati mediante programmi automatizzati nei quali è a monte incorporata la proposta a contrarre¹²². Per non dire del fatto che alcune attività aziendali sono affidate ad una indistinta *crowd* di utenti¹²³ che, fisiologicamente, è dispersa in più luoghi e non necessariamente collocata in un solo Stato.

Tali elementi hanno quindi alterato gli equilibri su cui riposavano le scelte impositive degli anni '20 e imposto una profonda rimediazione della definizione di stabile organizzazione e, ancora più a monte, dei criteri e i principi sottesi a tale elemento di collegamento, nella sua forma "personale" o "materiale"¹²⁴.

La menzionata disintermediazione, dovuta alla capacità di concludere contratti a distanza con mezzi tecnologici e senza il coinvolgimento di singoli dipendenti o agenti dipendenti, ridimensiona la rilevanza dello *status* di agente dipendente al fine di allocare nel *market country* la presenza fiscale di un'impresa, che tuttavia può ben incrementare il valore dei prodotti e servizi forniti mediante

¹²² Come la stessa OCSE sottolinea nel più volte citato *deliberable* del 2014 sull'Action 1, in molti casi le grandi multinazionali hanno comunque bisogno di una struttura fisica nel *market country*, semmai per garantire un'elevata qualità del servizio e avere una relazione diretta con i clienti chiave, o ancora perché in alcuni settori i vincoli normativi limitano le scelte sulla localizzazione del capitale e del personale chiave. Tuttavia, non di rado si tratta di scelte opportune, ma non necessitate.

¹²³ Cfr. Capitolo I, par. 3.1.

¹²⁴ Non v'è chi non veda che le due "forme" di stabile organizzazione rispondano a una identica logica (cfr. G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit.).

l'interazione diretta con i clienti. Si pensi¹²⁵ ad un'attività di vendita al dettaglio gestita tramite un sito Web che fornisce ai clienti una piattaforma per personalizzare i prodotti: anche in assenza di un agente, le interazioni dei clienti con l'azienda non solo possono agevolmente dispiegarsi attraverso il sito *web*, ma possono addirittura incrementare il valore dei prodotti e del sito Web medesimo per gli altri clienti, consentendo loro di individuare immediatamente prodotti più confacenti ai loro interessi. Come visto¹²⁶, gli utenti non sono remunerati direttamente per il contenuto a cui contribuiscono, ma l'azienda può monetizzare tali contenuti tramite i ricavi pubblicitari (come descritto in relazione ai modelli di business multilaterali¹²⁷) ovvero cedendo quelle medesime informazioni a terzi.

E si tratta, si badi bene, di circostanze che involgono sia il commercio elettronico “diretto” che quello “indiretto”¹²⁸, intendendosi rispettivamente (e tradizionalmente) lo scambio interamente digitale ovvero lo scambio di beni fisici tramite mezzi digitali. Per fare un esempio, le società che svolgono attività di vendita *online* possono senz'altro – e legittimamente – collocare nel *market country* attività a basso margine di profitto, come ad esempio i servizi logistici e di supporto alla clientela, avocando presso i Paesi di residenza della controllante o della casa madre i profitti ritratti dalle vendite¹²⁹.

¹²⁵ OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Final report*, 2015.

¹²⁶ Capitolo I.

¹²⁷ Capitolo I.

¹²⁸ La distinzione tra commercio elettronico “diretto” e “indiretto” è molto invalsa nella prima dottrina che si è interessata al tema (cfr., per tutti, G. MELIS, (voce) *Commercio elettronico nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., 2008, p. 64, che tuttavia riconosce che “l'ampia varietà tipologica delle operazioni che possono essere svolte mediante la rete [...] ne rende difficile, se non impossibile, una *reductio ad unum*”). Nei documenti più recenti, invece, ricorre pressoché esclusivamente l'onnicomprendiva locuzione *digital economy*, nella consapevolezza che gli elementi distintivi del commercio elettronico (simultaneità nello scambio di informazioni, mobilità delle attività e delle merci, rimozione dei confini fisici, anonimato, assenza di intermediari), pervadono oggi l'intero mercato. (cfr. F. PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, p. 895.; R. S. AVI-YONAH, *International Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, n. 3, 1997, p. 531, in cui si afferma che “the line between electronic commerce and non-electronic commerce seems relatively easy to draw”; C. GARBARINO, *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000, p. 748).

¹²⁹ Cfr. F. PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, p. 895. È il caso di Amazon riferito da S. CIPOLLINA, *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia digitale*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 59. Su questo e altri schemi, si veda anche C. TRENTA, *La “Google Tax” italiana. Il regime fiscale italiano e la e-economy europea*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2014, p. 891.

A ben vendere, tuttavia, in tali casi non si assiste ad una frizione tra la forma giuridica e la sostanza economica delle articolazioni societarie, che aggira le norme in materia di allocazione dei redditi imponibili. Infatti, laddove la reazione dell'ordinamento si sostanzia nel ricorso a logiche anti-abuso, quale la stabile organizzazione "occulta", *i.e.* dissimulata¹³⁰, ovvero alle norme in materia di

¹³⁰ Anche all'art. 5 del modello OCSE si legge che "il fatto che una società residente di uno Stato Contraente controlla una società residente dell'altro Stato Contraente o è da questa controllata, ovvero svolge attività in questo altro Stato (a mezzo di una stabile organizzazione o non) non costituisce, di per sé, motivo sufficiente per far considerare una qualsiasi delle dette società una stabile organizzazione dell'altra" (art. 5, par. 7). Del resto, come noto, l'art. 162 rappresenta la trasposizione interna della predetta disposizione internazionale. Già dalla lettera delle fonti appena citate si trae con chiarezza la *ratio* della disciplina (peraltro, più volte ricordata dalla dottrina sia interna che internazionale). Esse recano infatti la c.d. "anti single-entity clause" e tutelano la autonomia delle società controllate che, seppure fisiologicamente inserite nei contesti dei gruppi multinazionali, non formano una *single entity* con le rispettive controllanti. Tale *ratio* è invero espressa *per tabulas* dal commentario al modello di convenzione OCSE, modello di riferimento per la stipula della Convenzione Italia-Egitto nonché imprescindibile guida interpretativa per le norme ivi recate. E il commentario al paragrafo 7 dell'art. 5 (corrispondente alla analoga norma della Convenzione Italia-Egitto appena citata), così si esprime: "it is generally accepted that the existence of a subsidiary company does not, of itself, constitute that subsidiary company a permanent establishment of its parent company. This follows from the principle that, for the purpose of taxation, such a subsidiary company constitutes an independent legal entity".

In buona sostanza, si tratta di una valorizzazione dell'autonomia giuridica del soggetto controllato, generalmente riconosciuta sul piano sia civilistico che fiscale, nonché di una tutela della libera scelta, per le imprese che si aprono ai mercati esteri, di operare mediante società controllate, così articolandosi in forma di gruppi, ovvero di operare direttamente (e cioè mediante meri "prolungamenti" della casa madre), conservando la propria unitarietà giuridica ed economica (in dottrina, P. VALENTE, P. VINCIGUERRA, *Stabile organizzazione occulta – profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013, p. 61; G. PROCIDA, *L'accertamento nei confronti delle stabili organizzazioni in Italia*, in S. MAYR, B. SANTACROCE (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013, p. 516).

Ma la ragion d'essere della norma non è invenzione dei tempi recenti, affondando le sue radici nella storia delle Convenzioni contro le Doppie imposizioni.

Nel primo modello di convenzione contro la doppia imposizione elaborato dalla Società delle Nazioni nel 1927 (cui è di seguito subentrato l'OCSE), le c.d. "affiliated companies", e cioè le società controllate, venivano espressamente ricomprese nella definizione di stabile organizzazione. Quando una società ne controllava un'altra avente sede in un diverso Stato, quest'ultima doveva essere considerata stabile organizzazione della prima per la mera esistenza del rapporto di controllo intercorrente tra le due. Nel 1933, il Comitato Fiscale della Società delle Nazioni perfezionò la nozione di stabile organizzazione rilevante nei rapporti transnazionali ed escluse le "affiliated companies" dalle fattispecie rilevanti a tale fine. Il *revirement* non fu casuale. Tale scelta, infatti, coincise con l'inserimento, nel modello di convenzione, di una disposizione specifica atta a regolare a valore normale i rapporti tra società controllate e società controllanti. E' dunque intuitiva la conclusione: la qualificazione delle società controllate come SO delle rispettive controllanti serviva solo ad ovviare all'assenza, nel Modello di convenzione, di disposizioni che disciplinassero la materia del *transfer pricing*. Quando una tale specifica normativa fu prevista, venne correlativamente escluso che le società controllate potessero essere considerate alla stessa stregua di stabili organizzazioni delle controllanti. Da allora, in tutti i modelli di convenzione contro le doppie imposizioni è rimasta ferma l'irrelevanza delle situazioni di controllo ai fini dell'esistenza di una stabile organizzazione, e questo, sia badi bene, non perché esista una sorta di "presunzione di liceità" del comportamento dei gruppi transnazionali (che operano all'estero mediante società controllate), ma perché, ovemai si riscontrasse un comportamento illecito, il

transfer pricing, per avocare a imposizione e valorizzare al valore normale le transazioni tra l'entità estera (controllante o casa madre) e l'entità localizzata nello stato della fonte, in nessun caso tale Stato potrebbe tassare attività che, secondo l'attuale struttura dell'imposizione internazionale, non sono a monte avocabili ad imposizione nel Paese della fonte. L'esito sarebbe comunque quello di "svelare" una stabile organizzazione cui è affidata una funzione a basso margine di profitto.

Né sembra potersi adottare un approccio di adeguamento, ovvero *case by case*. Nella prospettiva dell'OCSE, le prime riflessioni sul dialogo tra stabile organizzazione ed economia digitale (nella forma, preminente negli anni 90, del commercio elettronico), la *basic rule* di cui all'art. 5 del modello OCSE è già stata messa alla prova rispetto al tema del *server*¹³¹ e del *sito web*¹³². Si tratta, tuttavia, di prospettive chiaramente orientate al c.d. *status quo approach*, tendenti cioè a ricondurre ai tradizionali schemi di collocamento territoriale i nuovi fenomeni economici, senz'altro utili alla discussione ma non certo risolutive. Esse postulano infatti un approccio *caso per caso* e si sforzano, quindi, di allargare le maglie delle norme tributarie pur di sussumervi i singoli elementi (ora il *server*, ora il *sito web*) di un'attività economica digitale; pertanto, operano *a valle* della problematica senza indagarla *a monte* e, inevitabilmente, sono destinate a scontrarsi con i nuovi – e imprevedibili – elementi che compongono e comporranno il *fare impresa* digitale¹³³.

La stessa OCSE, nel *deliverable* relativo all'Action 1, si chiede se sia il caso di allocare la stabile organizzazione nel Paese in cui è localizzato il *server*,

rimedio previsto sarebbe un altro, specifico ed ugualmente efficace, *i.e.* l'intervento sui prezzi praticati infragruppo.

¹³¹ In esito allo studio condotto dal *Technical Advisory Group*, a partire dal 1999 e confluito nel rapporto definitivo del 2000 e, dipoi, nel Commentario al Modello OCSE. Nel commentario al Modello OCSE, da un lato si afferma la possibile esistenza di una stabile organizzazione in presenza di un *server* nella misura in cui essa sia dotata degli elementi caratterizzanti in generale una stabile organizzazione materiale, dall'altro si riconosce natura preparatoria o ausiliaria all'utilizzo di apparecchiature finalizzate alla raccolta dei dati (cfr. par. 42.2 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE).

¹³² Il *sito web* localizzato su un *server* appartenente a soggetti terzi non potrebbe costituire *ex se* una stabile organizzazione per il *content provider*, nella misura in cui nella misura in cui non costituirebbe una "sede fissa" di affari "a disposizione" dell'impresa. Si veda G.M. COMMITTERI, G. SCIFONI, *La stabile organizzazione nell'ordinamento tributario internazionale*, in *il fisco*, 2004, p. 1437. In senso critico, A. TOMMASINI, *Stabili organizzazioni e commercio elettronico*, in *Corriere Tributario*, 2013, pag. 1498.

¹³³ Si pensi, per tutti, alla *blockchain*, che pone interrogativi nuovi sia rispetto al *server* che al *sito web*.

laddove il successo di un'attività commerciale dipenda dalla capacità di essere più veloce rispetto alla concorrenza e imponga quindi di collocare il server nel *market country*; si tratta, tuttavia, di un approccio poco lungimirante, ove si consideri che tale necessità è plasmata sulle tecnologie attualmente conosciute, ma non può escludersi – anzi, deve prevedersi – che presto queste stesse tecnologie diverranno obsolete¹³⁴.

In definitiva, e ancora più a monte, è probabilmente la stessa struttura delle norme in materia di allocazione delle basi imponibili che si rivela inidonea ad attrarre nel *market country* l'imposizione; *market country* che, mentre nella *old economy* divideva equamente¹³⁵ la potestà impositiva con lo stato della residenza, oggi – alla luce dei nuovi *modi* di fare economia – non può contare su quei medesimi strumenti “fisici” che radicavano nel proprio territorio le imprese estere e si vede, in definitiva, privato della propria quota di imposizione¹³⁶. E ciò non per lo sfruttamento “patologico” delle norme in materia di allocazione dei redditi, ma per il “fisiologico” svolgimento dei rapporti digitali, che prescindono da quei concetti di materialità e fissità che connotavano l'economia che faceva da sfondo

¹³⁴ Parimenti non risolutiva sembra la riconduzione delle vendite *online* alle tradizionali vendite a distanza mediante catalogo. Come acutamente osservato in dottrina (F. PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, p. 895), *l'operatore non residente che vende(va) a distanza avvalendosi di un catalogo cartaceo e senza radicarsi nel territorio dello Stato "ospite" incorre(va) in una serie di rilevanti svantaggi competitivi. Costui, perciò, sfuggiva sì all'imposizione nello Stato in cui si trova il cliente, ma – ad esempio – era costretto, rispetto ai competitor ivi fisicamente presenti, a rinunciare ad avere un proprio rappresentante in grado di far conoscere di persona alla clientela i prodotti e a concludere in loco i contratti; parimenti, non poteva fare altro che presentare un'offerta tendenzialmente impersonale, siccome costretta nelle forme "fisse" di un catalogo. La natura interattiva di Internet consente di superare questi inconvenienti, offrendo la possibilità di surrogare a tutti gli effetti la presenza fisica. Per tornare all'esempio precedente, il catalogo on-line può essere aggiornato quotidianamente, così come le vendite essere concluse direttamente sul web e le offerte promozionali personalizzate sulla base dei gusti e delle preferenze espresse dai clienti*". Nello stesso senso, cfr. V. HORNER-OWENS, *Tax and the Web: New Technologies, Old Problems*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, n. 11-12, 1996, pp. 516-517; S. CIPOLLINA, *I confini giuridici nel tempo presente*, Milano, 2003, p. 298; P. MARELLO, *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, p. 596; C. GARBARINI, *Profili impositivi delle operazioni di commercio elettronico*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 1422.

¹³⁵ Sul tema dell'equità si tornerà meglio oltre.

¹³⁶ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, 2014, p. 102. V. anche F. PEDACCINI, *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, p. 895; G. TILLINGHAST, *The Impact of the Internet on the Taxation of International Transactions*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, n. 11-12, 1996, p. 525, che evidenzia l'alterazione dell'equilibrio tra la potestà impositiva degli stati della fonte e della residenza a vantaggio di questi ultimi.

alle tradizionali logiche impositive, tuttora sottese alle norme fiscali internazionali¹³⁷. E come negli anni '20, è ancora la globalizzazione che chiama i Paesi al tavolo delle trattative, seppur sullo sfondo di equilibri economici e politici del tutto diversi.

4. IL PROBLEMA DELLA RESIDENZA. L'EROSIONE DELLE BASI IMPONIBILI.

Il “*monadismo reddituale*”¹³⁸ consentito dalle architetture fiscali delle imprese digitali non inficia solo i Paesi della fonte, ma anche quelli della residenza; tuttavia, la sottrazione del reddito dagli Stati d'origine si fonda, di norma, su presupposti ben diversi da quelli finora evidenziati.

I nuovi modelli di *business*, come detto incentrati – prioritariamente – sull'utilizzo di beni immateriali, consentono più agevolmente alle imprese di sfruttare il difetto di coordinamento tra regimi fiscali diversi e di cogliere le lacune delle convenzioni internazionali, demandate a prevenire la doppia imposizione e la doppia non imposizione dei redditi. Tali schemi, spesso sorretti da logiche di *treaty shopping*, sortiscono – pressoché esclusivamente¹³⁹ – l'effetto di privare di base imponibile i rispettivi stati di residenza della casa-madre (o della *holding* di primo livello) che, nella maggior parte dei casi, è collocata negli Stati Uniti.

Il rimedio a tale inconveniente deve essere allora diverso da quello che, invece, deriva dalla mancanza di assoggettamento ad imposizione negli Stati della fonte. Infatti, mentre in quest'ultimo caso l'intervento deve insistere sulla struttura stessa delle norme tributarie, ontologicamente inadeguate ad assoggettare ad imposizione nel *source state* i redditi ritratti dalle attività delle imprese multinazionali, nel primo caso il rimedio può essere demandato alle norme anti-

¹³⁷ Si noti che tale approccio era stato già esplorato nel Report del 2003 (OECD, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce? – Final Report*, 2003), ma era stato ritenuto prematuro. Sembra significativo sottolineare che, in quel Report, l'OCSE aveva chiaramente affermato, al par. 36, che i tempi non erano maturi per una rimodulazione della potestà impositiva degli Stati in quanto internet non aveva causato “*a significant decrease to the tax revenues of capital importing countries*”.

¹³⁸ S. CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356

¹³⁹ G. FRANSONI, *Prime considerazioni sulla webtax ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*, in *Riv. Dir. Trib.*, supplemento online, 19 settembre 2017.

abuso, domestiche e internazionali, volte a ripristinare la corretta ripartizione della potestà impositiva tra Stati.

Si descriveranno nel seguito i più comuni schemi che hanno consentito alle imprese di conseguire risparmi d'imposta operando sul mercato europeo, sfruttando meccanismi di *treaty shopping* combinati con norme domestiche dei singoli *residence and market countries*: Stati (in Europa, soprattutto l'Irlanda) direttamente coinvolti in quella che, in maniera colorita ma esplicitiva, è stata definita una vera e propria “*war on BEPS*”¹⁴⁰.

4.1. *Treaty shopping* e norme domestiche.

Il *treaty shopping*, come noto, è l'insieme di quelle pratiche di pianificazione fiscale internazionale, ricomprese nella più ampia categoria del *treaty abuse*, dirette ad utilizzare in modo distorto le convenzioni contro le doppie imposizioni al fine di ottenere vantaggi fiscali (o, addirittura, di realizzare una doppia non-imposizione).

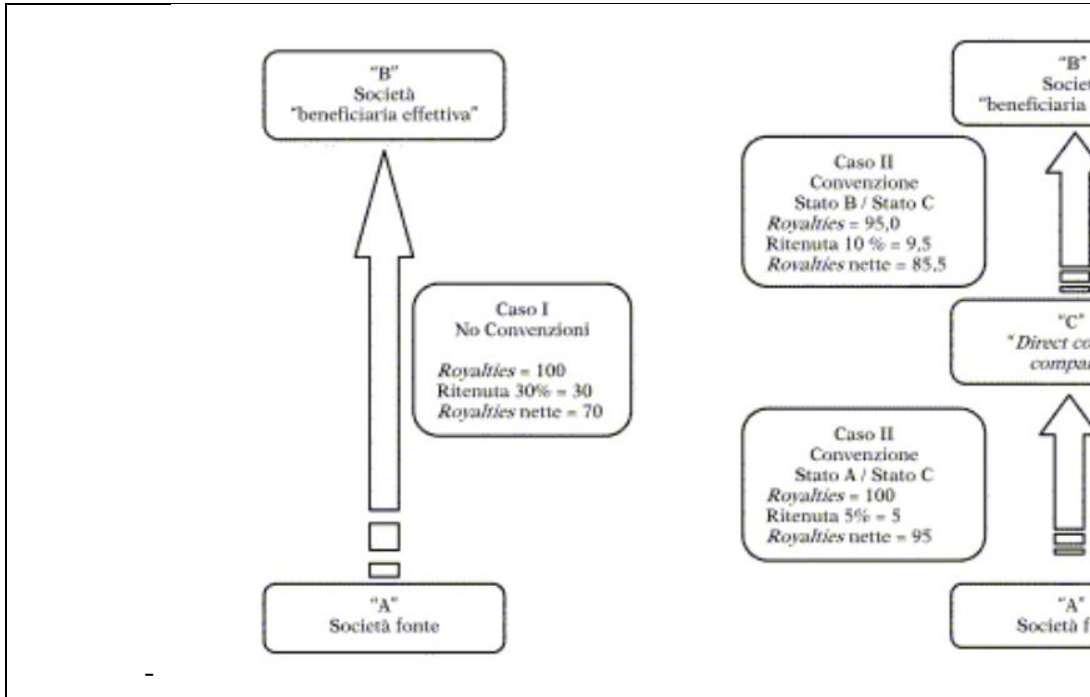
Il più classico schema *treaty shopping* si realizza quando si intende ovviare all'assenza di una Convenzione tra il Paese della fonte e quello in cui risiede il percettore finale, *alias* il beneficiario effettivo, dei redditi. In tali casi, si costituisce in un terzo Stato un ulteriore soggetto economico, denominato società “*conduit*”, interposto tra i due precedenti, sfruttando il regime fiscale vantaggioso contro la doppia imposizione (soprattutto in materia di ritenute su dividendi, interessi e royalties) previsto dalle convenzioni stipulate tra tale terzo Stato e gli altri due Paesi.

Così, viene garantita al beneficiario effettivo la percezione di un flusso reddituale gravato da un'imposizione fiscale ridotta rispetto a quella che avrebbe scontato nel caso in cui tale flusso non fosse stato “mediato”.

Il fenomeno è riassunto nel seguente schema (¹⁴¹):

¹⁴⁰ A. TING, *Old wine in a new bottle: Ireland's revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, in *British Tax Review*, 2014, p. 237.

¹⁴¹ Da F. ANTONACCHIO, *Treaty shopping: abuso del diritto convenzionale mediante pratiche aggressive di tax planning*, in *il fisco*, 2013, p. 4779.



Come emerge dallo schema (figura a destra), mediante l'interposizione di una società *conduit* nello Stato C, il flusso di redditi è assoggettato al favorevole regime fiscale previsto sia dal trattato stipulato tra gli Stati A e C che da quello stipulato tra gli Stati C e B. Il complessivo carico fiscale che grava su tale flusso reddituale è, nell'esempio, pari a 10.

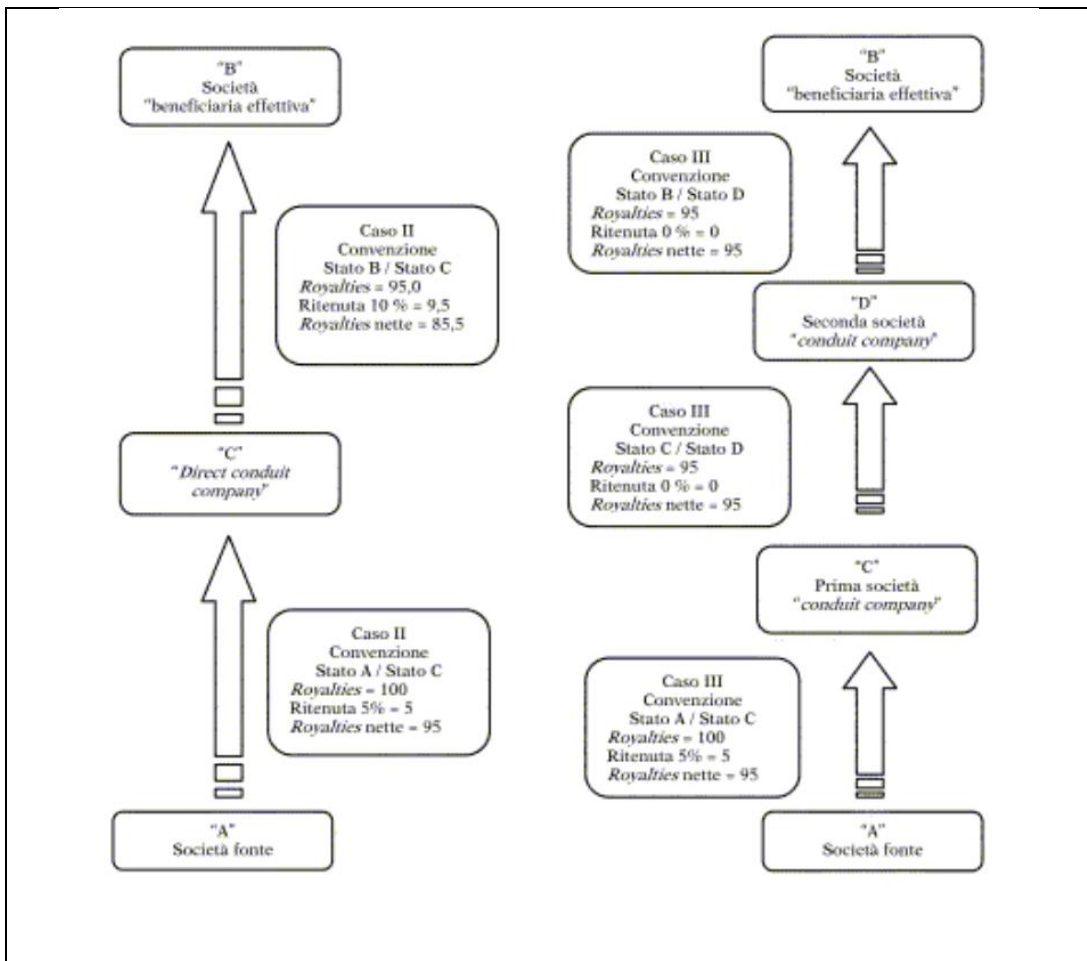
Diversamente, se il medesimo flusso di redditi viene corrisposto direttamente dalla società localizzata nello Stato A e quella costituita nello Stato B (figura a sinistra), il medesimo flusso di redditi soggiace ad un trattamento fiscale deteriore. I canoni vengono infatti assoggettati ad una più gravosa ritenuta (nell'esempio, pari a 30) proprio in ragione della mancata stipula di una "favorevole" Convenzione contro le doppie imposizioni tra lo Stato A e lo Stato B.

Si è sopra rappresentato il più, per così dire, elementare esempio di *treaty shopping*. Appare comunque evidente che lo Stato della fonte, in cui è stabilita la società A, è sensibilmente leso dal fenomeno elusivo descritto, in quanto, mediante il formale rispetto delle norme, la società riesce a versare una ritenuta sensibilmente inferiore a quella che invece dovrebbe applicare in ragione del sostanziale esito dell'operazione.

Gli Stati che ospitano le società interposte, seppur interessati

dall'operazione solo per fini di risparmio fiscale, riescono invece ad incamerare entrate impreviste nella forma di ritenute d'imposta.

Le “*stepping stone conduit companies*” consentono poi, mediante una struttura identica alla precedente sul piano “qualitativo”, di minimizzare il risparmio d'imposta sotto un profilo quantitativo. Nella specie, infatti, tra la tra la società “fonte” e il beneficiario effettivo si interpongono non una, ma due società, allo scopo di conseguire un vantaggio fiscale ancora maggiore. Tale pratica è riassunta nel seguente schema ⁽¹⁴²⁾:



Nell'esempio, la seconda *conduit company* localizzata nello Stato D (figura a destra) agisce da ulteriore filtro e, tramite un meccanismo di interposizione doppia ma, nella sostanza, identico a quello che si è illustrato nel precedente paragrafo, si riesce ad incrementare ulteriormente il risparmio

¹⁴² Da ANTONACCHIO, *Treaty shopping: abuso del diritto convenzionale mediante pratiche aggressive di tax planning*, in *il fisco*, 2013, p. 4779.

d'imposta complessivamente ottenuto dal beneficiario finale delle *royalties*.

L'esempio appena descritto mostra un'ipotesi di abuso delle *sole* norme previste dai trattati internazionali, mediante la creazione di strutture prive di sostanza economica negli Stati "interposti". Di contro, le architetture fiscali articolate dalle *digital enterprises*, così note da essere assurte a vero e proprio simbolo della lotta all'erosione delle basi imponibili, non si limitano ad eludere le norme convenzionali, ma combinano i benefici convenzionali con le norme domestiche dei Paesi che – più o meno consapevolmente – sono interessati dalla pianificazione. È il caso del noto *double Irish with a dutch sandwich*, di cui subito si dirà.

4.2. Norme domestiche e concorrenza fiscale. Il caso Irlanda-USA.

Recenti forme di *treaty abuse*, frutto di sofisticata ingegneria fiscale, sono attualmente realizzate da numerosi gruppi multinazionali il cui *core business*, che si sostanzia nella titolarità di beni immateriali, ben si presta a tali pratiche abusive. Si tratta soprattutto, ma non solo, delle imprese c.d. *digital*, attrici della nuova economia. Tali nuovi fenomeni abusivi sono conosciuti con la esotica denominazione di *double Irish*, in quanto richiedono l'impiego di due consociate con sede in Irlanda (una delle quali è incorporata in Irlanda e amministrata in un paradiso fiscale). Essi consentono di sfruttare, contemporaneamente, i benefici fiscali offerti dall'Irlanda in tema di tassazione dei redditi d'impresa e quelli concessi dai paradisi fiscali, che esentano totalmente da imposizione tali ricchezze.

In sostanza, il *double Irish* consente al gruppo di trasferire in un paradiso fiscale le *royalties* corrisposte a fronte della possibilità di fare uso dei diritti di proprietà intellettuale, licenziati tra le società del medesimo gruppo, sfruttando i disallineamenti tra norme domestiche (soprattutto irlandesi e americane) e internazionali. Esso sarà quindi doverosamente analizzato nel seguito, non mancando di sottolineare che si tratta di un mero esempio, il più noto, ma non certo dell'unico caso in cui i gruppi multinazionali hanno strutturato il proprio *tax planning* sfruttando, più o meno abusivamente, i vantaggi derivanti dalla combinazione delle norme interne e internazionali.

Non è un caso che il su descritto sistema coinvolga, prioritariamente, l'Irlanda, in quanto è (*rectius*, era, fino al 2015¹⁴³) consentito da una apposita norma irlandese introdotta nel 1999¹⁴⁴, dichiaratamente volta a fare dell'Irlanda un paese fiscalmente competitivo ed attrattivo per gli investimenti stranieri.

La definizione di “residenza” delle società di capitali ai fini del diritto irlandese è stata introdotta solo nel 1999, in risposta alle pressioni internazionali¹⁴⁵, e considera residenti nel territorio dello Stato le società ivi incorporate. Fino al 2015, sfuggivano tuttavia alla regola della residenza, per espressa esclusione, le *relevant companies*, e cioè quelle società che esercitassero un'attività commerciale nel territorio irlandese direttamente o tramite società controllate (da cui il pittoresco appellativo di *double Irish*)¹⁴⁶ e fossero a loro volta controllate da una società residente in uno Stato membro dell'UE o in un Paese legato all'Irlanda da una convenzione contro le doppie imposizioni (per tutti, gli Stati Uniti) ovvero fossero collegate ad una società quotata detti Stati¹⁴⁷.

¹⁴³ Si precisa che tale norma, meglio descritta nel seguito, è stata modificata con la legge finanziaria irlandese per il 2015, anche a fronte delle pressioni esercitate dall'Unione Europea; la novella è entrata in vigore il 1° gennaio 2015 per tutte le imprese neo-costituite e dal 1° gennaio 2020 per le imprese già operanti in Irlanda (al fine di consentire a queste ultime di adeguarsi alle nuove regole entro termini più lunghi).

¹⁴⁴ Ireland Tax Consolidation Act 1997, par. 23A.

¹⁴⁵ In precedenza, esisteva unicamente una definizione di matrice giurisprudenziale, che considerava residenti in Irlanda le società che avessero nel territorio dello Stato il luogo dell'amministrazione.

¹⁴⁶ Producendo redditi al di sopra di una certa soglia, invero molto bassa.

¹⁴⁷ Nel 1999, l'*Ireland Tax Consolidation act*, rubricato *Company residence*, è stato integrato con i paragrafi 23A e ss., che dispongono quanto segue.

La *Subsection 2* introduce la regola secondo la quale una società si considera residente in Irlanda se ivi incorporata:

“(2) *Subject to subsections (3) and (4), a company which is incorporated in the State shall be regarded for the purposes of the Tax Acts and the Capital Gains Tax Acts as resident in the State.*

La *Subsection 3* prevede l'eccezione per le *relevant companies* che svolgono attività commerciale in Irlanda:

(3) *Subsection (2) shall not apply to a company incorporated in the State if the company is a relevant company and—*

(a) *carries on a trade in the State, or*

(b) *is related to a company which carries on a trade in the State.*

LA *Subsection 1* definisce invece la *relevant company*:

“*relevant company*’ means a company

(i) *which is under the control, whether directly or indirectly, of a person or persons who is or are*

(I) *by virtue of the law of any relevant territory, resident for the purposes of tax in a relevant territory or relevant territories, and*

(II) *not under the control, whether directly or indirectly, of a person who is, or persons who are, not so resident,*

or

Più in dettaglio, in forza di tale disposizione una società con sede legale in Irlanda ma gestita ed amministrata altrove (¹⁴⁸) non si considerava residente nello Stato ai fini fiscali a condizione che (i) fosse controllata da una società residente in uno Stato che avesse stipulato con l'Irlanda una convenzione contro le doppie imposizioni e (ii) controllasse, a sua volta, una società irlandese, effettivamente impegnata in una attività economica in Irlanda (ed ivi residente ai fini fiscali).

Come previsto da alcuni autori, già al momento della sua introduzione era chiaro che la norma avrebbe consentito alla maggior parte delle controllate estere di grandi gruppi multinazionali di non risultare residenti in territorio irlandese¹⁴⁹. Le imprese avrebbero potuto, infatti, sfruttare il difetto di coordinamento tra le norme convenzionali e la menzionata norma domestica, in tutti i casi in cui la controllante fosse residente in un Paese vincolato da una Convenzione bilaterale con l'Irlanda.

Non sorprende, allora, che detta norma sia stata di fatto applicata soprattutto da società statunitensi: ciò in quanto, come subito si dirà, anche il sistema statunitense, segnatamente quello diretto a regolamentare le *Controlled Foreign Companies*, contiene una “falla” che consente, soprattutto se combinata con la legge irlandese appena descritta, di minimizzare il carico impositivo dei gruppi. Il difetto di coordinamento tra le norme irlandesi e quelle statunitensi è finanche assurdo, nel dibattito sul tema della *digital economy*, ad emblema dell'abuso delle norme in materia di residenza delle società proprio perché, fin dagli anni '90, le più importanti *digital enterprises* hanno sfruttato tale disallineamento per

(ii) which is, or is related to, a company the principal class of the shares of which is substantially and regularly traded on one or more than one recognised stock exchange in a relevant territory or territories;

'relevant territory' means—

(i) a Member State of the European Communities, or

(ii) not being such a Member State, a territory with the government of which arrangements have been made;

'tax', in relation to a relevant territory other than the State, means any tax imposed in that territory which corresponds to income tax or corporation tax”

Le summenzionate norme sono in vigore dall'11 febbraio 1999 (entrata in vigore della novella) per le società costituite dopo tale data e dall'11 ottobre 1999 per le società costituite in precedenza.

¹⁴⁸ In Irlanda, infatti, prima del 1999 le società si consideravano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato, ai fini fiscali, ove esse fossero gestite ed amministrare in territorio irlandese (secondo una regola generale di common law); il criterio della sede legale quale indice di residenza fiscale era previsto solo in via sussidiaria.

¹⁴⁹ W. CUNNINGHAM, *Irish--incorporated companies—new residence rules*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 476, 476.

minimizzare i rispettivi carichi impositivi complessivi.

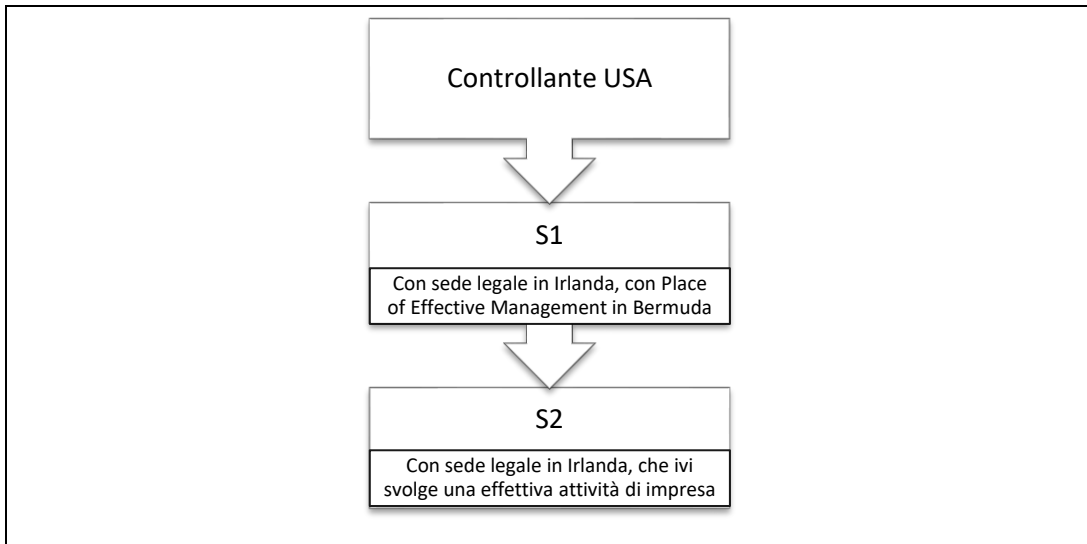
La normativa americana in materia di *Controlled Foreign Companies (subpart F legislation)*¹⁵⁰ ha subito nel corso del tempo molteplici deroghe. Tra le varie, essa consente alla società madre statunitense di optare per l'applicazione della c.d. *check the box rule*, istituito introdotto nel 1997 al dichiarato fine di semplificare il procedimento di classificazione soggettiva degli enti esteri. In particolare, per stabilire, ai fini della normativa sulle Cfc, se un'entità estera sia classificabile come *corporation, partnership, sole proprietorship, branch* oppure *disregarded entity*, non si richiede di interpretare e ricostruire la natura del soggetto estero, ma è prevista una forma di autoqualificazione soggettiva fiscale: “*check-the-box*”, per l'appunto. Nel 2006 le “*check-the-box rules*” hanno ricevuto un supporto legislativo, in quanto il Congresso ha introdotto la cosiddetta “*Cfc look-through rule*” (*section 954(c)(6)*), che incide sul perimetro del *passive income*, escludendo dall'applicazione della *Subpart F* alcune tipologie di dividendi, interessi e *royalties* erogate a una CFC da un'altra CFC ad essa correlata¹⁵¹: le due CFC vengono infatti considerate, ai fini della normativa statunitense, un'unica entità, con la conseguenza che i trasferimenti di *passive income* intercorsi tra loro divengono fiscalmente neutrali e si sottraggono alla *recapture* statunitense¹⁵².

¹⁵⁰ La *subpart F legislation* americana affonda le proprie radici negli anni '60, quando le società americane a vocazione internazionale hanno cominciato a sfruttare l'utilizzo di società straniere ai fini commerciali e di risparmio fiscale. Secondo alcuni autori (S. CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356), sarebbe ispirata a logiche *anti-deferral*. L'uso “creativo” delle strutture societarie internazionali, divenuto un fenomeno dilagante a partire dagli anni Cinquanta, fu descritto per la prima volta nel messaggio sulla fiscalità che il presidente Kennedy inviò al Congresso degli Stati Uniti il 20 aprile 1961, nel quale egli affermò che “*Recently, more and more enterprises organized abroad by American firms have arranged their corporate structures - aided by artificial arrangements between parent and subsidiaries regarding intercompany pricing, the transfer of patent licensing rights, the shifting of management fees, and similar practices which maximize the accumulation of profits in the tax haven - so as to exploit the multiplicity of foreign tax systems and international agreements in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities both at home and abroad*” (J. F. KENNEDY, *Special Message to the Congress on Taxation* (April 20, 1961), in <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=8074>). Secondo altri autori, sarebbe invece ispirato a logiche impositive avulse dale finalità *anti-deferral* (S. Avi-Yonah, N. Fishbien, *Once More, with Feeling: The 'Tax Cuts and Jobs' Act and the Original Intent of Subpart F*, in *Public law and legal theory research paper series. Paper n. 578*, novembre 217).

¹⁵¹ S. CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356.

¹⁵² USA Internal Revenue Code, Chapter 1 Subchapter N, Part III, Subpart F, sections 951-964, che, ove operante, avrebbe ri-attratto negli Stati Uniti i redditi poi trasferiti in Bermuda, così vanificando le strategie mirate all'ottenimento del risparmio fiscale. Per un approfondimento, cfr.

Il disallineamento tra le descritte norme, irlandese e americana, è manifesto. Si pensi al caso in cui una società statunitense collochi in Irlanda una società controllata cui conceda i diritti di sfruttamento di una proprietà intellettuale, controllata che, a sua volta, conceda i medesimi diritti ad una seconda controllata operativa irlandese, secondo il seguente schema:



Nella specie, come emerge dallo schema rappresentato *retro*, la struttura fiscale succitata consente, in definitiva, il trasferimento in una paradiso fiscale delle *royalties*, in quanto:

- in applicazione della su descritta norma irlandese, la *holding* costituita in Irlanda, se amministrata fuori dall'Irlanda (tipicamente, in un paradiso fiscale, ad esempio Bermuda), non risulterà residente in tale Stato, in quanto (i) controllata da una società avente sede in un Paese (gli USA) legato all'Irlanda da una convenzione contro le doppie imposizioni e (ii) controllante di una società irlandese che svolge un'attività economica in Irlanda;

- la controllata operativa irlandese abatterà il proprio reddito a fronte dei canoni pagati alla *holding* costituita in Irlanda¹⁵³ (ma residente altrove ai fini fiscali), beneficiando peraltro di un'aliquota particolarmente competitiva sul

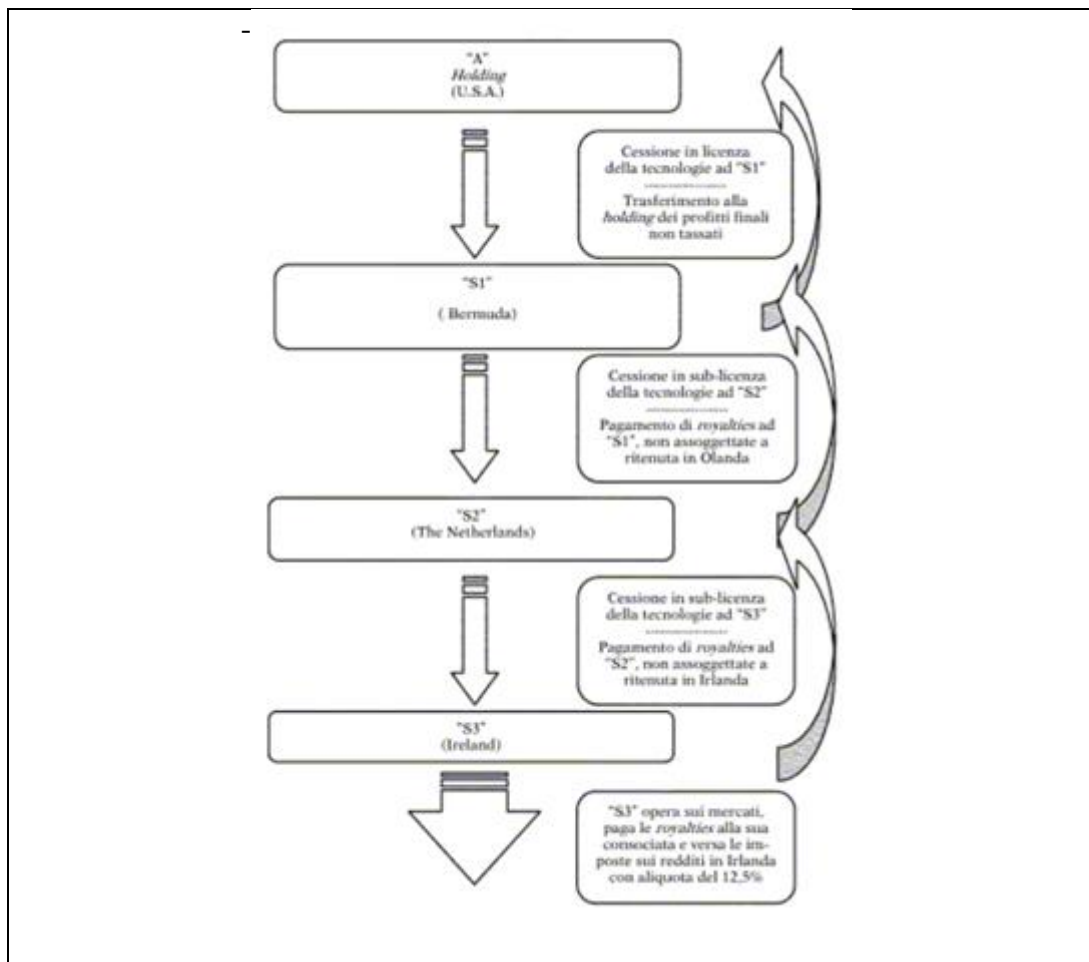
J. B. DARBY III, K. LEMASTER, *How to reduce worldwide taxation via an Irish subsidiary*, in *Practical US/International Tax Strategies*, 2007, vol. 11, n. 9, p. 2.

¹⁵³ Si consideri che l'Irlanda non applica una rigorosa disciplina in materia di *transfer price*. Solo nel 2010, con la legge finanziaria per il 2011, l'Irlanda ha infatti introdotto una compiuta regolamentazione della materia, basata sulle *guidelines* dell'OCSE, integrando il *Taxes consolidation act* del 1997 con la Part 35A, *Section* da 835A a 835H. La disciplina si applica solo ai profitti assoggettati all'aliquota del 12,5%, e non a quelli assoggettati alla maggiore aliquota del 25% (*passive income*), né trova applicazione nei confronti delle piccole e medie imprese.

residuo imponibile (12,5%¹⁵⁴);

- le due società irlandesi, in applicazione della *check the box rule* statunitense, risulteranno come entità unitaria irlandese e sfuggiranno al *recapture* della disciplina CFC statunitense.

Nel *double Irish* suddetto le *royalties* da ultimo corrisposte dalla S2 irlandese alla S1 bermudiana sono tuttavia soggette a ritenute d'imposta (sul flusso reddituale in uscita). Per ovviare a tale rischio, alcune imprese hanno fatto ricorso ad una pratica ancora più elaborata, che coniuga i vantaggi del *double Irish* a quelli del tipico *treaty shopping* che si è più innanzi descritto, dando luogo a quel fenomeno denominato, per l'appunto, *Double Irish with a Dutch sandwich*, esemplificato nel seguente schema (¹⁵⁵):



¹⁵⁴ In Irlanda, i *business profits* sono assoggettati all'aliquota del 12,5%, mentre il *passive income* all'aliquota del 25%.

¹⁵⁵ Da F. ANTONACCHIO, *Treaty shopping: abuso del diritto convenzionale mediante pratiche aggressive di tax planning*, in *il fisco*, 2013, p. 4779.

Secondo tale struttura, le *royalties* corrisposte dalla controllata irlandese a quella bermudiana “transitano” per un’interposta olandese (nello schema, S2).

In questo modo, detti flussi reddituali non sono assoggettati a ritenute in uscita in Irlanda, in forza della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con l’Olanda e, parimenti, sono esenti da ritenute quando vengono ri-trasferiti da S2 ad S1, in ragione della mancata tassazione alla fonte di canoni ed interessi prevista dal sistema fiscale olandese.

Tale ultima pratica consente di ottenere sia i benefici derivanti dall’abuso diretto delle norme dei trattati (riconducibili al passaggio dei redditi mediato dalla *conduit company* olandese) sia quelli derivanti dall’applicazione delle norme domestiche, irlandesi e statunitensi, “in combinato” con quelle dei trattati. Più in dettaglio,

4.3. *Ratio e intentio* delle politiche fiscali domestiche. Pianificazione fiscale aggressiva e diritto tributario globale.

Dall’analisi del descritto meccanismo e delle norme interessate dalla pianificazione fiscale aggressiva, si evince chiaramente che anche gli ordinamenti domestici dei singoli Stati non di rado prestano il fianco, più o meno volutamente, a tali architetture.

Quanto all’Irlanda, il successo di tale meccanismo è evidenziato anche dalle autorità fiscali interne; per fare un esempio, il rapporto sulle aliquote fiscali irlandesi effettive redatto dal Dipartimento delle finanze irlandese nel 2014¹⁵⁶, predisposto proprio quando si è accentuato il dibattito politico relativo alle norme sulla residenza, svela che il modello adottato dalle imprese multinazionali statunitensi consente di minimizzare le imposte fino al 2,2 per cento¹⁵⁷:

¹⁵⁶ IRELAND DEPARTMENT OF FINANCE, *Effective Rates of Corporate Tax in Ireland*, 2014.

¹⁵⁷ La tabella che segue è tratta da Ireland Department of Finance, *Effective Rates of Corporate Tax in Ireland*, 2014, p. 37.

	2009	2010	2011
	\$million	\$million	\$million
Sales	237,478	269,639	320,921
Income from equity investments in foreign affiliates	(D)	46,608	61,722
Income from other equity investments	(D)	450	1,902
Capital gains (losses)	(2,368)	17,660	25,762
Other	16,941		
Total Income	282,177	334,357	410,307
Cost of goods sold & selling, general, and admin expenses	(175,382)	(198,670)	(222,430)
Other	(34,882)	(37,243)	(40,843)
Total Costs	(210,264)	(235,913)	(263,273)
Gross Income	71,913	98,444	147,034
Foreign Income Taxes	2,333	3,101	3,162
Effective Foreign Tax Rate	3.2%	3.2%	2.2%

(D) Data withheld by the BEA for confidentiality reasons
Source: US Bureau of Economic Analysis, US Direct Investment Abroad Data

Sul punto, il rapporto espressamente riconosce che “*le società con sede in Irlanda utilizzate dalle multinazionali statunitensi hanno tassi effettivi molto bassi di imposte estere pagate fuori dagli Stati Uniti*” e, così, conferma l'importante ruolo del regime fiscale societario irlandese nella minimizzazione del carico impositivo delle strutture fiscali internazionali delle multinazionali statunitensi¹⁵⁸.

Vero è che, nel 2015, l'Irlanda ha abrogato la descritta eccezione in materia di residenza fiscale delle società controllate, con una proposta discussa sin dal 2013¹⁵⁹; ma vero è anche che, a seguito della riforma, si è diffusamente

¹⁵⁸ Sul punto, cfr. A. TING, *Old wine in a new bottle: Ireland's revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, in *British Tax Review*, 2014, p. 237. Nondimeno, il medesimo rapporto, in via chiaramente cautelativa, aggiunge che “*The effective tax rates for the companies represented in the above table are correct but, in the absence of publicly-available country-by-country reporting data, it cannot be concluded that they are the result of the interaction of the companies' profits with the Irish system of Corporation Tax*”.

¹⁵⁹ Con la legge finanziaria per il 2015, il par. 23A, descritto alla precedente nota n. 147, è stato integralmente sostituito e la novella ha abrogato l'eccezione riservata alle *relevant companies* e introdotto, alla *Subsection 3*, la precisazione che segue:

“(3) *Nothing in subsection (1) shall prevent a company that—*
(a) is not incorporated in the State, and
(b) is centrally managed and controlled in the State,
being resident in the State for the purposes of the Tax Acts and the Capital Gains Tax Acts.”.

La novella è in vigore dal 1° gennaio 2015 per le società di nuova costituzione e dal 1° gennaio 2020 per le società costituite prima di tale data:

“(2) (a) *Subject to paragraph (b), this section shall have effect from 1 January 2015.*

evidenziato che il sistema fiscale Irlandese e la fitta rete di convenzioni contro le doppie imposizioni avrebbero comunque consentito alle imprese di strutturare una pianificazione fiscale aggressiva ponendo la controllante irlandese – precedentemente collocata in un paradiso fiscale – in un Paese a bassa fiscalità legato all'Irlanda da una convenzione contro le doppie imposizioni. I primi studi hanno eletto Malta come miglior territorio utile a tal fine, tant'è che il *Double Irish* è stato subito soppiantato dal c.d. *Single Malt*¹⁶⁰. Il governo irlandese, pur avendo annunciato interventi sul punto, non ha ancora preso una posizione ed anzi ha espresso alcune riserve alla Convenzione Multilaterale che sembrerebbero sottendere l'intenzione di non ostacolare fino in fondo queste pratiche¹⁶¹.

Nemmeno gli stessi Stati Uniti, ben consci della “falla” presente disciplina della *Subpart F*, hanno modificato¹⁶², fino alla recente riforma del dicembre 2017¹⁶³, il proprio sistema domestico per prevenire i benefici derivanti dal succitato schema; di contro, hanno consentito alle imprese estere di rimpatriare negli Usa i profitti prodotti all'estero applicando imposte significativamente inferiori a quelle ordinarie sui dividendi in entrata¹⁶⁴. In tale contesto, hanno inoltre

(b) As respects a company incorporated before 1 January 2015, this section shall have effect—

(i) after 31 December 2020, or

(ii) from the date, after 31 December 2014, of a change in ownership of the company where there is a major change in the nature or conduct of the business of the company within the relevant period”.

¹⁶⁰ New loophole to replace the 'Double Irish' tax strategy, in *Independent.ie*, 23 aprile 2018.

¹⁶¹ M. LEWIS, *Impossible' structures: tax outcomes overlooked by the 2015 tax Spillover analysis*, in www.christianaid.ie, contiene una dettagliata analisi, anche numerica, dei vantaggi fiscali derivanti dal *Single Malt*, su cui il governo Irlandese, nonostante le pressioni esterne, non si è ancora espresso (*Three years of silence on 'Single Malt' tax loophole raises questions*, in *The Irish Times*, 26 novembre 2017). Sul punto, anche A. TING, *Old wine in a new bottle: Ireland's revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, in *British Tax Review*, 2014, p. 237, evidenzia l'ampio lasso di tempo (5 anni) concesso alle società per adeguarsi alla novella, diversamente da quanto accaduto nel 1999, quando la nuova norma sulla residenza irlandese entrò in vigore, per le società già costituite, otto mesi dopo la sua promulgazione.

¹⁶² Il primo tentativo risale all'amministrazione Obama del 2010. Della riforma proposta dal governo Trump nella *Tax Cut and Jobs Act* si dirà meglio al Capitolo III.

¹⁶³ Di cui meglio si dirà al Capitolo IV.

¹⁶⁴ Nel 2004, il Congresso degli Stati Uniti ha promulgato un'agevolazione fiscale per le multinazionali statunitensi (sezione 965 dell'American Jobs Creation Act del 2004), consentendo loro di rimpatriare i profitti stranieri negli Stati Uniti applicando un'aliquota del 5,25%, invece dell'aliquota ordinaria del 35%. Cfr. M SULLIVAN, *Corporate Tax Reform: Taxing Profits in the 21st Century*, New York, 2011, p. 83. In senso critico rispetto alla posizione degli Stati Uniti nell'affrontare le problematiche derivanti dal *Double Irish*, si veda anche A. TING, *Old wine in a new bottle: Ireland's revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, in *British Tax Review*, 2014, p. 237.

formalmente¹⁶⁵ respinto l'approccio aggressivo dell'Unione Europea nei confronti delle società statunitensi, soprattutto con riferimento alle investigazioni della Commissione che, a partire dal 2014, hanno coinvolto le società statunitensi operanti in Europa¹⁶⁶ e i trattamenti fiscali di favore da queste ricevuti.

È dunque evidente che gli stessi Stati apparentemente “vittime” della pianificazione fiscale aggressiva si rivelano, ad una più attenta analisi, essi stessi le cause di quella pianificazione.

Le suesposte considerazioni dimostrano che, nell'attuale panorama internazionale, non si assiste solo ad un confronto serrato tra singoli Paesi e imprese, bensì ad un – parallelo – scontro tra Stati diversi, sui binari della concorrenza fiscale che, sebbene osteggiata in Europa dall'Unione Europea, non sembra conoscere ostacoli (se non meramente politici) a livello internazionale.

Le succitate osservazioni consentono di procedere a riflessioni di più ampio respiro su quello che, in dottrina, è stato definito *diritto tributario globale*¹⁶⁷. Si tratta di una concettualizzazione che, da un lato, prende atto dell'insufficienza di un approccio meramente atomistico e individuale ai problemi globali ma che, dall'altro, richiede che tale approccio atomistico e individuale si dispieghi nell'ambito di un coordinamento comune. Da questa prospettiva, se, da un lato, l'OCSE si è assunta la responsabilità politica e tecnica di dettare le linee guida che orientino tutti i Paesi verso l'attuazione della giusta imposta globale, dall'altro i singoli Stati non possono esimersi dal porre in essere politiche domestiche che siano volte, in una comunanza di intenti, a quel medesimo fine¹⁶⁸.

Così attuato, il diritto tributario globale può realizzare una sorta di “armistizio fiscale globale”, che mira a “*bloccare una concorrenza fiscale internazionale senza regole, indirizzando i sistemi tributari verso uno standard*”

¹⁶⁵ U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *The European Commission's recent State Aid investigations of transfer pricing rulings, white paper*, 24 agosto 2016.

¹⁶⁶ In particolare, Apple, Starbucks, Fiat e Amazon.

¹⁶⁷ P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, p. 395. Si tratta di una declinazione, nell'ambito del diritto tributario, del concetto di *diritto globale* già teorizzato da S. CASSESE, *Il diritto globale*, Torino, 2009.

¹⁶⁸ V. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, p. 3.

globale di concorrenza fiscale internazionale trasparente”¹⁶⁹.

Sul punto si ritornerà meglio nel seguito, esaminando proprio le direttive internazionali fornite dall’OCSE e dall’Unione Europea e le misure domestiche adottate dai singoli Stati, non sempre conformi a tali direttive.

5. IL PROBLEMA DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA. NUOVE FORME DI IMPOSIZIONE.

La fiscalità di Internet non si trova ad affrontare problematiche nuove, ma piuttosto a ripensare alle problematiche già note al pensiero giuridico, da calare tuttavia in un contesto del tutto nuovo. Non stupisce, dunque, che la riflessione sull’estensione del concetto di capacità contributiva trovi nuova linfa nel contesto digitale e possa senz’altro essere ivi calata. Una premessa metodologica sul punto, che indaga e anticipa i diversi profili della problematica, è tuttavia doverosa. È pregevole la ricerca, da parte di alcuni autorevoli Autori¹⁷⁰, di verificare se il nuovo modo di fare economia crei nuove forme di capacità contributiva meritevoli di essere assoggettate ad imposizione, sollecitando la riflessione sui più basilari principi di uguaglianza e equità fiscale; va invece espresso un deciso disappunto nei confronti della forsennata corsa di alcuni Paesi nella ricerca di un modo – qualsiasi, spesso non supportato da un’indagine di logica, ragionevolezza e (talora) conformità a costituzione – per obbligare le multinazionali a corrispondere entrate agli Erari statali.

Il dialogo Stato/soggetti passivi, così come il ruolo del primo nella complessa dinamica di definizione e attuazione del tributo, si è invero accentuato a fronte dell'aumento delle operazioni transfrontaliere e dell'incremento della circolazione extraterritoriale di persone e di capitali, aprendo il dibattito sulla necessità e, prima ancora, sulla possibilità tecnica di rintracciare indici di capacità contributiva diversi dal reddito, dal consumo o dal patrimonio¹⁷¹. Nondimeno, se, da un lato, il contribuente è titolare di un preciso dovere fiscale, essendo tenuto a concorrere alla spesa pubblica in ragione della propria capacità contributiva,

¹⁶⁹ P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, p. 400.

¹⁷⁰ Che saranno menzionati nel seguito.

¹⁷¹ M. PIERRO, *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2017, p. 449.

dall'altro anche lo Stato è chiamato a rivestire il ruolo, tutt'altro che secondario, di determinare – sotto il profilo sostanziale – l'entità e la natura del tributo dovuto dai consociati in base ai principi di equità, uguaglianza, solidarietà e giustizia sociale, nonché ad evitare – sotto il profilo procedurale – che l'obbligo contributivo venga evaso o eluso dai contribuenti.

Sotto il primo profilo, quello sostanziale, non può non accennarsi al dialogo – tutto italiano – tra le due diverse interpretazioni del concetto di capacità contributiva dettato all'art. 53 Cost. Da un lato, v'è chi¹⁷² interpreta detta norma in termini di potenziamento delle garanzie costituzionali del contribuente, così presupponendo una maggiore limitazione della discrezionalità del legislatore tributario e di fatto riducendo i tributi legittimamente istituibili a quelli che esprimono una capacità contributiva qualificata; dall'altro, v'è chi¹⁷³ interpreta il medesimo articolo come fissazione di un criterio distributivo, acconsente a che la ripartizione del carico pubblico avvenga, per la soddisfazione dell'interesse generale, in base a scelte di origine sociale fatte dal legislatore nella sua discrezionalità, le quali possono anche escludere il riferimento a una "ricchezza" del contribuente avente contenuto patrimoniale ed includere il riferimento a presupposti, socialmente rilevanti, risolvendosi nella sola valutazione economica delle diverse possibilità di soddisfare esigenze e bisogni dei soggetti passivi medesimi e di realizzare i loro interessi¹⁷⁴.

Soprattutto se si accoglie tale seconda impostazione, si condivide l'assunto per cui la persona del contribuente non si identifica più solo con l'*homo oeconomicus*, ma la si inquadra anche nella sua complessità di essere politico,

¹⁷² Tra i tanti, I. MANZONI E G. VANZ, *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Milano, 2007, p. 40; G. FALSITTA, *Aspetti e problemi dell'Irap*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1997, pp. 500 ss.; F. MOSCHETTI, *Irap, imprese e lavoro autonomo. Profili costituzionali e applicativi*, in *Atti del convegno di studi*, Pisa, 12 marzo 1999.

¹⁷³ A. FEDELE, *Relazione sull'Irap*, in *Riforma tributaria 1998, Analisi dei decreti legislativi in vigore nel 1998, Atti del Seminario di studi dell'Ordine dei dottori commercialisti di Roma*, 28 ottobre-18 dicembre 1997, Roma, 1998, pp. 399 ss.; F. GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. Trib.*, 1998, p. 627; F. GALLO, *Imposta regionale sulle attività produttive e principio di capacità contributiva*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 131; F. GALLO, *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, introduzione al volume *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Cedam, 2014, p. 3.; S. F. COCIANI, *Attualità e declino del principio di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 823; F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, pp. 145 ss.; M. BASILAVECCHIA, *Sulla costituzionalità dell'Irap; un'occasione non del tutto perduta*, in *Rass. trib.*, 2001, p. 310.

¹⁷⁴ Per una sintesi delle posizioni, si veda F. GALLO, *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 771.

sociale e morale; ne consegue che il presupposto dell'imposta può esprimere anche posizioni di vantaggio non necessariamente di natura patrimoniale, ma pur sempre valutabili economicamente, resistenti a un giudizio di ragionevolezza¹⁷⁵ e dotate di un “*doppio nucleo duro: la rilevanza economica e la misurabilità economica del presupposto*”¹⁷⁶.

Quest'ultima è invero l'impostazione sottesa a quei prelievi ambientali che gravano su chi dispone di beni ambientali scarsi o emette gas inquinanti deteriorando l'ambiente e colpiscono, perciò, entità non reddituali, non patrimoniali e insuscettibili di essere scambiate sul mercato contro denaro; ovvero ai tributi che colpiscono il valore aggiunto economico (come la vigente imposta regionale sull'attività produttiva) o altre entità anch'esse non omologabili interamente al reddito o al patrimonio (e cioè le c.d. *business taxes*, gravanti sulla mera organizzazione produttiva, conosciute in Germania come *gewerbesteuer*, in Francia come *tax professionnelle*)¹⁷⁷.

Tale impostazione, come subito si dirà, riesce a cogliere nella odierna società digitale più di un elemento che può assurgere ad indice di capacità contributiva, nella misura in cui le ICT incrementano la possibilità di interazione sociale e, talora, creano veri e propri ambienti giuridici autointegrati, nel quale possono manifestarsi espressioni di posizioni di vantaggio del tutto nuove¹⁷⁸.

5.1. La prima fase. Internet come *no tax land*.

In un primo approccio alla materia, Internet è stato considerato un ambiente “neutro”, un mero strumento costituito da impulsi elettronici e in quanto tale estraneo al dominio del diritto. Da questa prospettiva, si è ritenuto che l'ambiente “internet” non necessitasse di apposite regole, ma potesse essere assoggettato alle

¹⁷⁵ Come infatti sottolinea F. GALLO, *op. ult. cit.*, “*i mercati hanno una naturale inclinazione a favorire solo quelle esigenze e quei bisogni “solvibili”, riconducibili a criteri commerciali o a calcoli. Essi valorizzano solo i beni materiali, finanziari e patrimoniali e non anche quei beni che, pur non essendo oggetto di scambio, o sono portatori di quei valori morali e sociali che solo uno Stato regolatore e (re)distributore può individuare e garantire con la sua azione legislativa e amministrativa o costituiscono, anche se non sono materiali e patrimoniali, pur sempre valide misurazioni di situazioni di vantaggio di alcuni soggetti rispetto ad altri*”.

¹⁷⁶ A. GIOVANNINI, *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, p. 1.

¹⁷⁷ F. GALLO, *op. ult. cit.*

¹⁷⁸ Si pensi, per tutti, alle piattaforme già descritte al Capitolo I.

ordinarie norme in tutte le branche giuridiche¹⁷⁹. Anche sotto il profilo spaziale, tale concezione implicava che *internet* non fosse assimilabile ad un “luogo” fisico, poiché i luoghi “*appartengono a terra mare aria*”¹⁸⁰ e, peraltro, “*nessuno vive nel cyberspazio: le persone che si muovono nello spazio virtuale esistono anche fuori, nel mondo reale fisico*”¹⁸¹.

Nella prospettiva fiscale, la riportata concezione ha fatto sì che Internet fosse qualificata come una *no tax land*, insuscettibile di essere assoggettata a disposizioni di ordine tributario *ad hoc* o a nuovi tributi¹⁸². La *ratio* di tale scelta non soltanto appariva coerente con la dottrina sopra riportata, ma era inoltre giustificata dall'esigenza di non ostacolare, attraverso limitazioni di natura tributaria, lo sviluppo della rete¹⁸³.

In questo senso, si sono espresse molteplici organizzazioni internazionali e numerosi Stati. L'OCSE, nel documento “*dismantling the barriers to global electronic commerce*” che ha fatto seguito alla conferenza di Turku del 1997, ha proposto la creazione di una *tarif free zone* per i servizi elettronici, al fine di favorirne la libera circolazione¹⁸⁴. Analoga posizione è stata espressa dalla Commissione Europea, con la comunicazione “*un'iniziativa europea in materia di commercio elettronico*” (doc. n. 157 del 15 aprile 1997), e confermata nella successiva comunicazione del 17 giugno 1998 e nella relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva del Consiglio del 7 giugno 2000. Tra gli Stati, la posizione più radicale è stata assunta dagli USA che, nel 1998, hanno promulgato la legge nota come *Internet tax freedom act*, la quale sancisce espressamente la moratoria fiscale per le attività svolte in rete, prevedendo la

¹⁷⁹ Per una panoramica, si veda P. COSTANZO, *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Inf. e dir.*, 1997, p. 25.

¹⁸⁰ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 65.

¹⁸¹ P. CERINA, *Il problema della legge applicabile*, in E. TOSI (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall'e-commerce all'e-business*, Milano, 2003, pag. 739

¹⁸² J.S. GILMORE III, *No internet tax. A proposal submitted to the policies & options Paper of the advisory commission on electronic commerce*, in <http://www.ecommercecommission.org>.

¹⁸³ A. URICCHIO, *Evoluzione tecnologica e imposizione; la cosiddetta “bit tax. Prospettive di riforma della fiscalità di internet”*, in *Dir. Inf.*, 2005, p. 753. Nello stesso senso, B. WESTBERG, *Tassazione del reddito derivante dal commercio elettronico internazionale*, in R. RINALDI (a cura di), *La fiscalità del commercio via Internet: attualità e prospettive*, Torino, 2001, p. 97, il quale sottolinea come sia condivisa “la necessità di incentivare lo sviluppo del commercio elettronico al fine di raggiungere crescita e sviluppo economico. Anche il contesto fiscale generale deve venire adattato in maniera corrispondente”.

¹⁸⁴ Il documento è commentato da G. MAISTO, *Le prime riflessioni dell'OCSE sulla tassazione del commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, p. 47.

libertà da imposte statali, federali o locali¹⁸⁵.

Nel tempo, tale impostazione è gradualmente (e diametralmente) cambiata. In un primo momento si è compreso, sotto il profilo giuridico in senso ampio, che il fenomeno di *internet* aveva delle peculiarità¹⁸⁶ tali da richiedere altrettanto peculiari interventi¹⁸⁷ e, anche sotto il profilo tributario, sono state dettate regole altrettanto specifiche di adeguamento¹⁸⁸. In un secondo momento, culminato nelle riflessioni attuali, si è compreso che *internet* è solo un elemento che, per antonomasia, rappresenta il cambiamento radicale e rivoluzionario dell'intera dimensione umana, nella sua accezione sociale ed economica, nella quale possono senz'altro individuarsi indici di capacità contributiva del tutto nuovi, valutabili anche sul piano economico¹⁸⁹.

¹⁸⁵ La legge prevedeva un periodo di vigenza transitorio di tre anni, ma è stata prorogata nel 2001 con la legge denominata *Internet tax non discrimination act*, e nuovamente nel 2014. Da ultimo, è divenuta permanente con l'approvazione della *Permanent Internet Tax Freedom Act* del 2016 (inserita nel *Trade Facilitation and Trade Enforcement Act*). La sezione 1101 a) dell'*Internet tax freedom act*, dispone a chiare lettere che "No state or political subdivision thereof shall impose any of the following taxes during the period beginning on October 1, 1998, and ending 3 years after the date of the enactment of this Act: taxes on Internet access, unless such taxes was generally imposed and actually enforced prior to October 1, 1998 and multiple or discriminatory taxes on electronic commerce"

¹⁸⁶ Si pensi al perfezionamento del contratto (autenticazione, criptatura, firme digitali), ai sistemi di pagamento elettronici, alle responsabilità, alla protezione del consumatore. Sul punto, si veda Cfr. G. FRANCESCHELLI (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001; M. ATELLI (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001.

¹⁸⁷ Si pensi, per tutti, alla direttiva comunitaria 8 giugno 2000, n. 31, avente ad oggetto gli "aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione" attuata, in Italia, con il decreto legislativo n. 70 del 9 aprile 2003. E si pensi, da ultimo, all'apposita *Commissione di studio per l'elaborazione di principi in tema di diritti e doveri relativi ad Internet*, istituita presso la Presidenza della Camera dei deputati, che ha iniziato i suoi lavori il 28 luglio 2014 e, nella seduta del 28 luglio 2015, ha approvato un'apposita *Carta dei diritti in Internet*.

¹⁸⁸ Come osserva A. URICCHIO, *op. ult. cit.*, per la prima volta nel 1999, nel vertice di Helsinki, la Commissione Europea ha approvato un vero e proprio programma di intervento normativo in materia, incentrato, soprattutto, sull'emanazione della direttiva riguardante l'assoggettamento ad Iva del commercio elettronico diretto come prestazioni di servizi. Nella medesima prospettiva si pongono anche gli interventi avviati dall'OCSE nelle già citate conferenze di Turku o Ottawa.

¹⁸⁹ A. URICCHIO, *Evoluzione tecnologica e imposizione; la cosiddetta "bit tax. Prospettive di riforma della fiscalità di internet"*, in *Dir. Inf.*, 2005, p. 753, adduce come esempio "gli imprenditori che, presentando i propri prodotti sulla rete, possono raggiungere un più elevato numero di consumatori, conseguendo, da un lato, maggiori ricavi e, dall'altro, risparmiando sui costi di pubblicità, sulle spese di esposizione della merce in luoghi fisici, sul costo del personale dipendente (commessi e altri addetti alle vendite) o di quello parasubordinato (agenti di commercio, promotori, ecc.). Sotto un diverso profilo, si può pensare ai vantaggi, anche in termini di riduzione dei costi (ad esempio di spostamento, di spese postali, di ricerca, ecc.), che un privato può trarre dall'acquisizione di informazioni o dal risparmio di spesa di cui può beneficiare confrontando sul mercato globale beni e servizi di diversi operatori ed acquistando merce a condizioni più convenienti".

5.2. L'evoluzione della riflessione e i nuovi indici di capacità contributiva. La *bit tax* come primo tentativo di teorizzazione.

Il primo tentativo di introdurre un tributo con un *nucleo* digitale risale agli anni '90, quando è stata avanzata l'idea di istituire una nuova forma di prelievo sulle trasmissioni digitali di informazioni, denominata "*bit tax*"¹⁹⁰.

Teorizzata per la prima volta in nord America¹⁹¹, la proposta pone l'accento sulla circostanza che "*la nuova prosperità delle nazioni va cercata nei trilioni di bits di informazioni digitali pulsanti attraverso le reti globali. Essi sono la manifestazione fisica/elettronica delle molte transazioni, conversazioni, dei messaggi vocali e visuali e dei programmi che, presi nel loro complesso, registrano il processo della produzione, della distribuzione e del consumo nella nuova economia il valore che viene aggiunto deriva dall'interattività. È questo valore a fornire produttività ai networks*".

La *bit tax* è stata oggetto di ampie discussioni, nazionali ed internazionali, anche nell'ambito della commissione di esperti indipendenti nominata dalla Commissione europea, in occasione della redazione del rapporto "*building the european information society for us all*"¹⁹², destinato ad esaminare gli aspetti sociali della società dell'informazione. Il tema fondamentale della discussione sposta il fulcro dei sistemi impositivi dal valore aggiunto dei beni e dei servizi alle tecnologie dell'informazione, "*con un sistema impositivo basato sulla trasmissione, ovvero un sistema nel quale l'imposta sia applicata proporzionalmente all'intensità della trasmissione delle informazioni o della comunicazione*".

La proposta non trascurava il tema della soggettività passiva, individuandola nei detentori dei computer che trasmettono informazioni sulla rete; nondimeno, i primi criteri di localizzazione dell'imposta ne radicavano la territorialità nel luogo

¹⁹⁰ A. CORDELL, T. IDE, *The new wealth of nations, Club of Rome report*, novembre 1994; A. CORDELL, *The new taxes for a new economy*, in *Canada/information gouvernementale du Canada*, vol. n. 2, n. 4.

¹⁹¹ Cfr. A. CORDELL-T. IDE, *The new wealth of nations, Club of Rome report*, novembre 1994; A. CORDELL, *The new taxes for a new economy*, in *Canada/information gouvernementale du Canada*, vol. n. 2, n. 4.

¹⁹² COMMISSIONE EUROPEA, *Building the European information society for us all. Final policy report of the high-level expert group* 20 settembre 1997.

di residenza del prestatore dei servizi elettronici. Alcuni degli ideatori del tributo¹⁹³ si sono finanche spinti ad ipotizzare la misura del tributo, parametrato ai *bits* trasmessi (1 centesimo di dollaro per ogni megabit trasmesso), e quindi a stimare gettito che le diverse Amministrazioni statali avrebbero potuto conseguire¹⁹⁴.

Sotto il profilo della *ratio* e della logica, nonostante la originaria proposta sembrasse rintracciare nelle trasmissioni il “*valore aggiunto*” dei processi “*di produzione, della distribuzione e del consumo nella nuova economia*”, la *bit tax* ha, fin dalle origini (e ancor più nelle teorizzazioni recenti), assunto il ruolo di tributo non molto dissimile da quelli c.d. ambientali, che mirano a colpire chi dispone di beni ambientali scarsi e, quindi, a riallineare esternalità negative del mercato¹⁹⁵. Anche nelle originarie intenzioni, tale imposta era infatti ispirata al condivisibile intento di contrastare il cosiddetto inquinamento informatico, da intendersi come “*la progressiva congestione e la crescente quantità di informazioni spazzatura. Da questo punto di vista, la bit tax potrebbe essere considerata come un tributo con finalità di tutela dell'ambiente informatico, in quanto capace di contrastare un tipo di inquinamento proprio del ciber spazio: l'information pollution*”¹⁹⁶.

Tuttavia, l'imposta presta il fianco a molteplici considerazioni problematiche.

In primo luogo, rappresentando il *bit* l'unità di misura dell'informazione trasmessa in rete, esso è inidoneo a *qualificare* detta informazione, potendo unicamente *quantificarne* la dimensione. In tal modo, un'ipotetica imposta commisurata alla quantità di *bits* trasmessi non colpirebbe determinate tipologie di

¹⁹³ In particolare Artur Cordell e Luc Soete.

¹⁹⁴ Afferma L. Soete, nell'intervista a P. Di Nicola del mese di ottobre 1996, che applicando la *bit tax* nella misura di 1 centesimo di dollaro per ogni Megabit, un “*Paese come il Belgio otterrebbe ogni anno circa 10 miliardi di dollari*”. Secondo il decimo *United Nation Human Development report* (cd. Rawoth report) “*a tax of one Us cent on every 100 lengthy emails (electronic messages) would generate well over 70 billion Us dollars a year*”. Per lo stesso rapporto, parte del gettito potrebbe essere devoluto agli Stati in via di sviluppo anche per consentire alla popolazione di tali Stati di disporre di computers e connettersi alla rete. Sul punto, si veda A. URICCHIO, *Evoluzione tecnologica e imposizione; la cosiddetta “bit tax. Prospettive di riforma della fiscalità di internet*”, in *Dir. Inf.*, 2005, p. 753.

¹⁹⁵ Si veda, per tutti, F. GALLO - F. MARCHETTI, *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 1999, p. 115.

¹⁹⁶ S. CIPOLLINA, *I confini giuridici del tempo presente*, cit. p. 291.

informazioni scambiate in rete, ma consentirebbe l'assoggettamento di un *quantum* indistinto di trasmissioni, colpiti dal tributo a prescindere dalla *qualità* dell'informazione trasmessa. In questa prospettiva, sembra arduo affidare ad una *bit tax*, come teorizzata negli anni '90 e promossa in alcuni Stati¹⁹⁷, il compito di colpire specificamente lo scambio di informazioni "inquinanti". Emerge chiaro, così, il carattere differenziale di tale supposto tributo rispetto a quelli ambientali che, invece, ricollegano il presupposto¹⁹⁸ all'effetto inquinante dell'emissione (come nel caso delle imposte sulle emissioni di anidride solforosa¹⁹⁹ e di biossido di carbonio²⁰⁰), o del consumo (sacchetti di plastica²⁰¹ e polietilene vergine²⁰²)²⁰³. Né sembra che il tributo possa strutturarsi come imposta gravante sul consumo di beni scarsi, intendendo per tali i beni soggetti ad esaurimento e depauperamento, essendo la rete strutturalmente "rinnovabile" e non esauribile.

Parimenti complessa è la ricostruzione del tributo in termini di soggettività e, ancor prima, di presupposto. Nelle teorizzazioni più o meno recenti, si assegna agli *internet service provider*, fornitori del servizio di rete, il ruolo di debitori dell'imposta. Si tratta di una scelta dettata anche da logiche di semplificazione, ove si consideri che solo gli ISP possono quantificare i *bits* trasmessi dagli utenti e, quindi, fornire le informazioni utili alla quantificazione della base imponibile²⁰⁴; peraltro, tale scelta consente di accentrare le verifiche presso soggetti individuati, e non sulla massa diffusa e indistinta di tutti gli utenti della rete.

Nondimeno, nelle teorizzazioni non si chiarisce se il soggetto passivo del tributo sia individuato negli utenti che trasmettono le informazioni (assumendo in

¹⁹⁷ In particolare, in Ungheria, come si vedrà nel Capitolo IV.

¹⁹⁸ F. CERIONI, *Il D.Lgs. 2 febbraio 2007, n. 26: la riforma della tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, p. 49.

¹⁹⁹ Art. 17 della legge 27 dicembre 1997, n. 449.

²⁰⁰ Art. 8, comma 7, della legge 23 dicembre 1998, n. 448.

²⁰¹ Art. 29-bis del DL 30 agosto 1993, n. 331, convertito in legge 29 ottobre 1993, n. 427.

²⁰² Istituito dall'art. 48 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22.

²⁰³ Gli stessi ideatori del tributo, Soete e Kamp. affermano infatti che "*non ci sarebbe differenza tra l'accesso di un utente a un messaggio di posta elettronica proveniente da un amico o da una massiccia transazione finanziaria. L'ammontare pagato sarebbe basato solo sul numero dei bits trasmessi*".

²⁰⁴ A meno di non imporre agli utenti della rete l'installazione di appositi misuratori di *bits* trasmessi, utili all'accertamento del tributo dovuto.

tal caso gli ISP la mera funzione di sostituti di imposta²⁰⁵), ovvero negli stessi ISP, in quanto fornitori del servizio di rete. La teorizzazione dell'imposta come tributo sull'inquinamento informatico sembrerebbe deporre nel senso della prima soluzione, essendo gli utenti i diretti responsabili dell'immissione in rete delle informazioni; viceversa, ove si acceda alla seconda soluzione, si palesa l'esigenza regolamentare (ovvero, se del caso, vietare) la successiva rivalsa economica degli ISP sugli utenti²⁰⁶.

Per non dire del fatto che il rapido sviluppo delle tecnologie ICT consente agli utenti della rete di scambiare una mole sempre più copiosa di informazioni e, quindi, di *bit*: ipotizzare una *bit tax* meramente proporzionale al numero di *bits* trasmessi significa, quindi, gravare gli utenti di oneri impositivi sproporzionati e sempre più gravosi. A titolo esemplificativo, si pensi che, in media, che la visione di un video *streaming* in *high definition* (1080p) della durata di due ore richiede la trasmissione di circa 3 Gigabyte, *i.e.* 24.000 Megabit: secondo la menzionata proposta di Soete e Kamp, essa sola “costerebbe” al contribuente, in termini di *bit tax*, circa 240 dollari²⁰⁷.

Tale ultima osservazione presta il fianco ad un'ulteriore considerazione, non nuova all'Italia. Una *bit tax* assoggetterebbe inevitabilmente ad imposizione lo scambio (o la possibilità di accedere allo scambio) di informazioni. Questa certezza impone di indagare se le ragioni fiscali possano cagionare un pregiudizio ad un diritto fondamentale dell'individuo, quale è la libertà di informazione, tutelata non solo dalla Costituzione (art. 21) ma anche dalla CEDU (art. 10) che, ancor più chiaramente della carta costituzionale, sancisce espressamente “*la libertà di ricevere o di comunicare informazioni*”. Si tratta di un tema noto al nostro sistema, ove si consideri che, già nel 2002, la Corte Costituzionale si è trovata a deliberare – seppur sotto altri profili²⁰⁸ – la conformità a costituzione del

²⁰⁵ Sarebbe infatti assai arduo pensare ad un tributo dovuto da tutti i singoli utenti della rete, senza contestualmente ipotizzare un ruolo di sostituzione in capo agli ISP.

²⁰⁶ Si tratta di un tema nient'affatto sconosciuto al nostro Paese; per fare un esempio, tra le maggiori criticità della c.d. Robin Hood Tax, si annoverava proprio l'assenza di un efficace divieto di rivalsa sui consumatori finali.

²⁰⁷ Si tratta di un problema affrontato proprio dall'Ungheria, che ha tentato di introdurre la *bit tax*.

²⁰⁸ In quel caso, si sottolineava che il canone era destinato quasi per intero al finanziamento della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, la cui attività non sarebbe più dato di distinguere da quella degli altri concessionari, privati, di reti ed emittenti televisive. A tale censura

canone RAI, rispetto al quale si prospettava la contrarietà al citato art. 21 Cost. atteso il “*dominio dell'etere*” da parte dello Stato²⁰⁹. Una simile questione si è posta altresì all'attenzione delle corti straniere e internazionali: per fare un esempio, la Corte costituzionale francese, nel caso riguardante la *Haute Autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur Internet*²¹⁰, ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge che imponeva la disconnessione forzata da Internet nei confronti di quei soggetti che avessero reiteratamente utilizzato la connessione per “scaricare” illecitamente materiali protetti dal diritto di autore: la *ratio decidendi* si sostanzialmente, in quel caso, nell'effetto di “isolare” tali soggetti dalla società dell'informazione e ledere il loro diritto, costituzionalmente garantito, ad accedere alle informazioni stesse. Non può naturalmente vagliarsi in astratto la conformità di una siffatta imposta e della sua intera struttura (ivi inclusi i profili accertativi e sanzionatori) a tali libertà: è tuttavia indubitabile che i legislatori non potranno prescindere dall'esaminare questa ulteriore problematica, ove intendano introdurre un tributo di tal fatta.

In ogni caso, e a prescindere da tutte le considerazioni finora esposte, giova da ultimo sottolineare che le riflessioni sulla *bit tax* sono, sì, inserite nel più ampio contesto della discussione giuridica che guarda alle sfide poste dalla *digital*

la Corte aveva tuttavia obiettato che *E' però evidente, in primo luogo, come non vi sia alcuna incompatibilità fra il carattere di interesse generale del servizio pubblico radiotelevisivo e l'imposizione di una prestazione economica, nella specie collegata alla detenzione degli apparecchi radiotelevisivi, diretta a finanziare detto servizio. Al contrario, proprio l'interesse generale che sorregge l'erogazione del servizio pubblico può richiedere una forma di finanziamento fondata sul ricorso allo strumento fiscale.*

²⁰⁹ Corte Cost. sent. N. 284 del 19 giugno 2002. Sempre sul canone RAI si è pronunciata la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Faccio c. Italia*, richiesta n. 33/04 del 26 novembre 2003, nel quale si chiedeva se fosse ammissibile l'esclusione generalizzata dal sistema informativo televisivo e informatico di coloro che decidono di liberamente recedere dal servizio pubblico radiotelevisivo (ricorrendo alla sigillatura e piombatura degli apparecchi televisivi), oppure se tale conseguenza sia lesiva dei diritti fondamentali dell'uomo tutelati dagli articoli 8 e 10 della CEDU. La Corte ha tuttavia deciso che la sanzione dell'apposizione dei sigilli all'apparecchio televisivo in caso di recesso può essere considerata un rimedio ragionevole e proporzionale per disincentivare la rinuncia all'abbonamento, soprattutto nella misura in cui è ispirata da valutazioni di natura fiscale. Su tema, cfr. M. GREGGI, *Il canone RAI tra libertà di informazione e tutela dell'interesse finanziario dello Stato nel sistema della Convenzione europea per i diritti dell'uomo*, nota a Dec. del 31 marzo 2009 (sull'ammissibilità della richiesta n. 33/04) della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. XII - Pres. Tulkens, canc. Elens – Passos, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 1498.

²¹⁰ Décision n° 2009-580 DC del 10 giugno 2009, *Conseil constitutionnel, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*. Per un commento, cfr *Internet piracy and the European political and legal orders*, in “*European Constitutional Law Review*”, 2009, pagg. 169-172.

economy, ma prescindono completamente dalla – ben diversa – tematica che concerne la dispersione delle basi imponibili perpetrata dalle *digital enterprises*. Come visto, infatti, la *bit tax* non inficia in alcun modo i c.d. “giganti del web”, se non nella misura (indiretta) in cui “limita” l’accesso alla rete degli utenti che accedono ai contenuti offerti da tali ultime imprese.

Di contro, altre misure di imposizione diretta ipotizzate dalla dottrina sembrano perfettamente contestualizzate nella lotta all’evasione delle *digital enterprises* e appaiono vere e proprie misure alternative – e parallele – a quelle che concernono l’imposizione diretta. In tale ottica, sembra quindi che esse riposino sul retro-pensiero che gli Stati, vincolati dalle norme internazionali rispetto alle misure che concernono l’imposizione diretta, tentino invece di accedere a – più libere – soluzioni in materia di imposizione indiretta, parimenti destinate riallineare equamente l’imposizione complessivamente gravante sulle imprese che operano nel web.

È questo il caso della c.d. imposta sulla raccolta dei dati, di cui subito si dirà.

5.3. Capacità contributiva e dati personali.

Una forma d’imposizione teorizzata in diretta connessione con le attività digitali è l’imposta sulla “raccolta dei dati”.

Il più noto spunto sul tema si rinviene nel rapporto francese del gennaio del 2013, redatto dalla *Missione d’expertise sur la fiscalité de l’économie numérique*, istituita dal Ministero dell’Economia e delle Finanze e dal Ministero dello Sviluppo economico e coordinata da Pierre Collin e Nicolas Colin. Il rapporto prende le mosse dalla considerazione che, nell’economia digitale, si attua uno scambio fra alcuni servizi (in particolare quelli resi dai motori di ricerca) resi dalle imprese e le informazioni personali che, direttamente o indirettamente, gli utenti forniscono. Come già rilevato²¹¹, il servizio diviene dunque una prestazione onerosa, compensata dalla acquisizione dei dati degli utenti che a quel servizio

²¹¹ Al Capitolo I.

accedono²¹².

Questo certamente legittima, almeno in teoria, la previsione di una tassazione, sia dello scambio in quanto tale (ai fini della tassazione indiretta), sia degli utili ai fini del reddito d'impresa.

Il rapporto, pur soffermandosi lungamente sull'imposizione diretta²¹³, suggerisce di applicare, nelle more della conclusione delle negoziazioni internazionali su tale tema, un'imposta para-patrimoniale sullo sfruttamento dei dati personali. Secondo gli estensori del Rapporto, anche detta imposta avrebbe una natura simile ad un'imposta ambientale, in quanto dovrebbe essere applicata solo nei confronti dei soggetti "predatori di dati", che acquisiscono informazioni e dati personali in un determinato territorio per poi sfruttarli dal punto di vista economico²¹⁴.

Anche tale tributo verrebbe quindi ad ispirarsi ad una logica simile a quella dei tributi ambientali ed al principio "chi inquina paga", nella misura in cui l'imposta sarebbe dovuta dai soggetti che effettuano un uso scorretto della Rete, raccogliendo dati personali degli utenti da utilizzare successivamente nei confronti degli stessi utenti per finalità commerciali. Questo tributo sarebbe dunque "*rivolto al miglioramento dell'attuale situazione di scarsa protezione della privacy in Rete, incoraggiando, mediante una minore tassazione, quelle imprese che garantiscono una tutela rafforzata dei dati personali degli utenti, così come declinata da appositi strumenti normativi*"²¹⁵.

Come la stessa dottrina sottolinea, questa forma di tassazione non sembra tuttavia convincente, sotto molteplici profili.

Innanzitutto, i dati sono una fonte di ricchezza "embrionale" per le *digital company* e l'aggettivo embrionale è doveroso, in quanto, come visto, il vero "valore" dei medesimi non risiede nella loro mera – e atomistica – esistenza, ma piuttosto, nella loro numerosità, combinazione e (soprattutto) analisi.

²¹² G. FRANSONI, *Le stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123, lo afferma chiaramente: "*che questo scambio ci sia, che sia fondamentale per l'attività degli operatori e che esso, quindi, abbia valore economico è, secondo me, un dato certo*".

²¹³ Proponendo come criterio di collegamento il luogo dal quale provengono i dati degli utenti.

²¹⁴ G. PALUMBO, *Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale*, in *Fisco*, 2017, p. 4257.

²¹⁵ F. GALLO, *Prospettive di tassazione dell'economia digitale*, in *Dir. Mer. Tec.*, 2016, p. 154.

Naturalmente, tale osservazione varia da caso a caso: per fare due esempi diametrali, la fornitura di una pubblicità *online* mirata non richiede l'impiego di dati numerosi e diversificati, ma unicamente le informazioni di quel solo utente cui la pubblicità è diretta (che comunque, quanto più sono numerose, tanto più ne consentono una profilazione accurata); di contro, la creazione di complessi *sowtfare* di previsione, quale è quello elaborato da Google per prevedere la diffusione dell'influenza H1N1 negli Stati Uniti²¹⁶, richiede la raccolta e l'analisi di una gran mole di dati, provenienti da utenti differenti e sintetizzati in complessi algoritmi matematici. Non è quindi agevole quantificare il valore dei singoli dati in termini di vantaggio dalle società che se ne avvalgono: è intuitivo che, mentre nel primo esempio può ben dirsi che le singole informazioni del singolo utente consentono all'impresa di ritrarre un vantaggio, nel secondo esempio ciascun dato fornito dal singolo utente è del tutto privo di valore, se non abbinato agli altri dati degli altri utenti e analizzato mediante accurate indagini statistiche.

In secondo luogo, l'imposta teorizzata si fonda su una circostanza imprecisa, e cioè che l'attività di raccolta da tassare sia capziosa, oltretutto gratuita e, quindi, tale da giustificare la necessità di "compensare" l'intrusione delle "web companies" nel privato con l'applicazione di uno specifico prelievo²¹⁷. Come già evidenziato²¹⁸, in molti casi la cessione delle informazioni dall'utente al fornitore del servizio *online* è tutt'altro che predatoria, in quanto presuppone l'accettazione dell'utente medesimo. Si pensi, ad esempio, al *banner* informativo, ormai obbligatorio in Italia, che rende l'utente edotto dell'utilizzo di *cookies* di profilazione; o, ancora, della creazione di appositi *account* sui siti di *e-commerce*, mediante i quali gli utenti accettano, ed anzi talora chiedono, di essere profilati, al fine di ricevere offerte commerciali mirate²¹⁹. In buona sostanza, lo scambio di dati è tutelato da un'apposita disciplina di settore che, peraltro, è stata di recente rafforzata a livello europeo, con il regolamento UE/2016/679, pienamente efficace

²¹⁶ Cfr. Capitolo I, par. 3.5..

²¹⁷ Dell'imprecisione di tale presupposto prende atto anche F. GALLO, *Prospettive di tassazione dell'economia digitale*, in *Dir. Mer. Tec.*, 2016, p. 154.

²¹⁸ Capitolo I, par. 3.6..

²¹⁹ Non è un caso che, accedendo alla maggior parte dei siti di *e-commerce*, i fornitori dei servizi creino apposite sezioni dedicate alle offerte e ai consigli d'acquisto destinati specificamente all'utente che ha effettuato il *log-in*, utente "conosciuto" dal fornitore proprio in esito alla raccolta delle informazioni sui suoi gusti commerciali.

dal 25 maggio 2018²²⁰; non si esclude che tale disciplina sia talora lacunosa²²¹, ma ciononostante l'affermazione secondo cui la raccolta (e, con essa, il trattamento) dei dati sia *tout court* predatoria sembra un'affermazione del tutto imprecisa.

Diversamente, partendo dal presupposto che la cessione dei dati sia, propriamente, la controprestazione di un servizio oneroso, potrebbe al più esaminarsi la fattispecie da un'altra prospettiva, che tralascia i profili patologici dello scambio (*i.e.* il carattere asseritamente predatorio della raccolta) e lo osserva nei suoi aspetti fisiologici. Potrebbe così ipotizzarsi, semmai, un'imposta indiretta sulla fornitura di un servizio commisurato al valore, tutto da calcolare, della controprestazione di tale servizio: il valore, per l'appunto, dei dati ceduti.

²²⁰ Il nuovo regolamento si applica al soggetto i cui dati vengono raccolti. Social network, piattaforme web e motori di ricerca saranno quindi soggetti alla normativa europea anche se sono gestiti da società con sede fuori dall'UE. Esso definisce come "dato personale" (art. 4, n. 1) "*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*"; si introduce così la protezione degli utenti in rete, in quanto "identificabile" online. Per "profilazione" (art. 4) "*qualsiasi forma di trattamento automatizzato di dati personali consistente nell'utilizzo di tali dati personali per valutare determinati aspetti personali relativi a una persona fisica, in particolare per analizzare o prevedere aspetti riguardanti il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze personali, gli interessi, l'affidabilità, il comportamento, l'ubicazione o gli spostamenti di detta persona fisica*". Impone che il trattamento di tali dati sia effettuato solo per le finalità (ivi inclusa quella commerciale) rispetto alle quali l'interessato abbia espresso un consenso esplicito e inequivoco. Le sanzioni sono elevatissime e possono arrivare al 4% del fatturato annuo dell'impresa.

²²¹ Come dimostrano i molteplici scandali, dei quali il noto *Cambridge Analytica* è solo l'ultimo in ordine di tempo. Si tratta di uno scandalo che ha coinvolto tale società, che avrebbe utilizzato illecitamente i dati degli utenti del *web* (anche di Facebook) illecitamente, anche per sostenere campagne elettorali presidenziali statunitensi e russe.

CAPITOLO III

LE SOLUZIONI PROPOSTE SUL PIANO INTERNAZIONALE: LA POSIZIONE DELL'OCSE E DELL'UNIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Le soluzioni del *BEPS Action Plan*. – 1.1. Il contrasto alle strategie di elusione della stabile organizzazione. – 1.1.1. Le strategie di contrasto alla *Artificial avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies* – 1.1.2. Le strategie di contrasto alla *Artificial avoidance of PE status through the specific activity exemptions*. – 1.1.3. Le altre strategie di contrasto: il caso dello *splitting-up of the contracts*. – 1.1.4. La logica delle proposte, tra contrasto all'abuso e ampliamento del collegamento territoriale. – 1.2. La *virtual permanent establishment*. Origini e evoluzione della proposta dell'OCSE. – 1.2.1. Il *discussion draft* del 2014. – 1.2.2. Il *final report* del 2015 e la consultazione del 2017. – 1.2.3. La logica delle più recenti proposte e l'esigenza di modificare il criterio di collegamento ai fini dell'imposizione reddituale. – 1.3. La ritenuta alla fonte. – 1.4. L'*equalisation levy*. – 1.5. Le soluzioni concordate, tra esigenze di prevenzione della *base erosion* e estensione del criterio di collegamento. – 1.5.1. Le scelte avallate dalla comunità internazionale (*rectius*, dalla maggior parte dei Paesi). – 1.5.2. L'evoluzione della riflessione internazionale sul tema. – 2. La posizione dell'Unione Europea. – 2.1. Le premesse dell'intervento. – 2.2. Le proposte di direttiva. – 2.2.1. La soluzione strutturale: la presenza digitale significativa. – 2.2.2. La soluzione transitoria. La *digital service tax*. – 2.3. Criticità e *ratio* delle posizioni europee.

1. LE SOLUZIONI DEL BEPS ACTION PLAN.

Nel rispondere alle più vaste sfide fiscali internazionali, l'OCSE ha avviato una prima procedura di consultazione nell'ambito dell'Action Plan del 2013¹, dedicando alla *digital economy* la prima delle azioni da intraprendere. A tale Action Plan ha fatto seguito un *discussion draft* relativo specificamente all'Action 1 ed un *final report*² che recepisce i commenti pervenuti al *draft*.

In quest'ultimo documento, l'OCSE ha tentato di proporre talune soluzioni utili, a suo avviso, ad affrontare e risolvere le problematiche tributarie connesse all'economia digitale, nel contesto dell'imposizione diretta ed indiretta.

Tali soluzioni – si anticipa, foriere di molteplici criticità – saranno nel seguito esaminate, non mancando di rilevare che sin dal *discussion draft* del 2014 l'OCSE si mostrato consapevole di come la *base erosion* realizzata nel contesto

¹ OECD, *Action plan on base erosion and profit shifting*, cit.

² OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Final report*, 2015, cit., che ha recepito i commenti del precedente *deliverable*.

della *digital economy* sia, in buona sostanza, una declinazione della più generale *base erosion* realizzata dalle grandi multinazionali. Non a caso, il documento del 2015 si preoccupa di rinviare alle altre azioni dell'Action Plan, in tema di *treaty abuse* (Action 6), permanent establishment (Action 7), controlled foreign company (Action 3), hybrid mismatch arrangements (Action 2), interest deductions and other financial payments (Action 4), harmful tax practices (Action 5) e transfer pricing (Actions 8-10)³.

Nondimeno, con specifico riferimento alle specifiche problematiche generate dalle *digital enterprises*, il medesimo documento offre altrettanto specifiche soluzioni, ancorate ai tre pilastri che l'OCSE individua come principali questioni problematiche della fiscalità della *digital economy*⁴, e cioè:

- il tema del *nexus*: la ridotta necessità di una presenza fisica delle imprese in territorio straniero per esercitare la propria attività, unitamente al ruolo crescente dei clienti e degli utenti e alla loro continua (e produttiva) interazione con le imprese, può far dubitare dell'idoneità delle attuali regole fiscali internazionali e dei criteri di collegamento ivi inclusi a rappresentare i nuovi modelli economici;

- il tema dei dati: la massiva raccolta ed il crescente utilizzo dei dati raccolti attraverso prodotti e servizi digitali pone l'accento sulla necessità di valorizzare tali dati ai fini tributari;

- la qualificazione del reddito: lo sviluppo di nuovi prodotti o mezzi digitali di erogazione di servizi crea incertezze in relazione alla corretta qualificazione dei pagamenti effettuati nel contesto di nuovi modelli di *business*.

Volendo ulteriormente semplificare tali questioni problematiche, può ben dirsi che esse concernono aspetti qualitativi dei tributi (cosa genera "ricchezza"⁵?), quantitativi (come deve essere valorizzata tale ricchezza ai fini tributari?) e, dipoi, ubicativi (quale giurisdizione può avocare il potere di tassare tale ricchezza?). Emerge tuttavia chiara l'imprescindibile interconnessione di

³ OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Final report*, 2015, cit., p. 86 e 87.

⁴ OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Final report*, 2015, cit., p. 9.

⁵ Il sostantivo è volutamente virgolettato, in quanto utilizzato in senso atecnico. Si è infatti detto che la problematica non concerne solo la "ricchezza", *i.e.* l'indice di capacità contributiva, rappresentato dal reddito, ma anche altre posizioni diverse dal possesso dei redditi.

questi profili. Ad oggi, la qualificazione del reddito è infatti propedeutica alla sua localizzazione, ove si consideri – come detto – che la giurisdizione tributaria di una data ricchezza dipende dalla sua caratterizzazione. Allo stesso modo, la raccolta massiva dei dati impone di chiarire quale sia la “ricchezza” generata dai *big data*, se detto valore giustifichi nuove forme di prelievo o se possa offrire spunti su innovative nozioni di *nexus*, *i.e.* per l’allocazione fiscale dei redditi nel luogo in cui tali dati vengono prodotti, raccolti e/o elaborati.

Per far fronte a queste problematiche, nel contesto delle imposte dirette, il *final report* del 2015 propone molteplici soluzioni e, in particolare, una nuova nozione di stabile organizzazione, una ritenuta fiscale e un’imposta perequativa, non mancando di evidenziarne le criticità; tuttavia, non ne raccomanda l’introduzione, pur riconoscendo che i Paesi potrebbero introdurle unilateralmente come garanzie aggiuntive contro l’erosione delle basi imponibili internazionali, a condizione che rispettino i trattati fiscali esistenti e gli obblighi internazionali⁶. Come si dirà, questo suggerimento, di fatto accolto da molti Stati⁷, è stato foriero di incertezze finanche maggiori di quelle che intendeva dipanare.

Ma prima di procedere alla disamina analitica delle soluzioni, giova brevemente riepilogare i termini del problema.

I progressi effettuati nelle tecnologie ICT non hanno modificato la natura delle attività svolte, ma hanno significativamente inciso sulle modalità di svolgimento delle medesime, riducendo drasticamente la necessità, per le imprese, di stabilire un collegamento materiale o personale nel mercato di riferimento. Più in dettaglio, alcuni processi normalmente eseguiti dal personale e dalle infrastrutture locali posti a valle della catena di produzione (si pensi, per tutti, al

⁶ In OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Final report*, 2015, cit., p. 13, si legge espressamente che “None of the other options analysed by the TFDE, namely (i) a new nexus in the form of a significant economic presence, (ii) a withholding tax on certain types of digital transactions, and (iii) an equalisation levy, were recommended at this stage. This is because, among other reasons, it is expected that the measures developed in the BEPS Project will have a substantial impact on BEPS issues previously identified in the digital economy, that certain BEPS measures will mitigate some aspects of the broader tax challenges, and that consumption taxes will be levied effectively in the market country.

Countries could, however, introduce any of these three options in their domestic laws as additional safeguards against BEPS, provided they respect existing treaty obligations, or in their bilateral tax treaties. Adoption as domestic law measures would require further calibration of the options in order to provide additional clarity about the details, as well as some adaptation to ensure consistency with existing international legal commitments”.

⁷ Di cui si dirà al Capitolo IV.

contatto con la clientela finale e alla stessa stipula dei contratti) possono essere svolte da apparecchiature automatizzate e, soprattutto, da qualsivoglia posto del mondo. Va da sé che, ad oggi, le scelte di collocamento delle infrastrutture e del personale possono senz'altro prescindere dal mercato di vendita del prodotto o servizio ed essere collocati altrove⁸.

Si riduce, così, in maniera significativa la necessità di collocare risorse aziendali nei mercati-chiave, necessità che permane solo ove detti mercati pongano vincoli normativi alla “latenza” degli operatori, ovvero ove questi ultimi vogliano intrattenere relazioni dirette con i clienti-chiave che richiedono la presenza materiale o personale dell'impresa stessa nel Paese di tali clienti.

Va da sé che il concetto di presenza materiale e personale sotteso alla figura della stabile organizzazione è fortemente in crisi e risulta, anzi, del tutto incoerente con la logica ad esso sottesa che, come già rilevato (⁹), presuppone il coinvolgimento dell'impresa nella vita economica di un Paese mediante una sede fissa di affari o un agente dipendente. Espressione di tale *ratio* è lo stesso elenco di attività preparatorie o ausiliarie, escluse dalla nozione di stabile organizzazione: ci si chiede infatti se tali attività possano essere componenti sempre più significative delle imprese nell'economia digitale (si pensi alla necessità di una consegna rapida ai clienti che costituisce una componente chiave del modello di *business* di un venditore online di prodotti fisici, che rende il mantenimento di un magazzino locale non già un'attività preparatoria, bensì il *core business* di quel venditore).

Peraltro, è assolutamente sconosciuto alla tradizionale (e vigente) nozione convenzionale di stabile organizzazione l'interazione continua con i clienti, che genera effetti di rete che possono aumentare il valore di un particolare *business* per altri potenziali utenti finali (si tratta dei c.d. modelli di *business* multilaterali). Ad esempio, nel caso di un'attività di vendita al dettaglio gestita tramite un sito

⁸ Si tratta, ovviamente, di eventualità con cui l'OCSE fa fronte, ma non certo della regola. La Stessa Action 1, cap. 4, pag. 26, sottolinea che vi sono spesso motivi convincenti che inducono le imprese a garantire che le risorse principali siano collocate il più vicino possibile ai mercati chiave. Ciò può essere dovuto al fatto che l'azienda desidera garantire un'elevata qualità del servizio e avere una relazione diretta con i clienti chiave. Tuttavia, il fatto che sia possibile generare una grande quantità di vendite senza una presenza imponibile non deve essere sottostimato e solleva dubbi sul fatto che le attuali norme continuino a essere appropriate nell'economia digitale.

⁹ Cfr. prec. CAPITOLO II.

Web, le interazioni degli utenti con il sito Web possono aumentare il valore dei prodotti ivi offerti ai clienti, consentendo loro di scelte più consapevoli e mirate. Analogamente, gli utenti di una piattaforma partecipata in rete contribuiscono con contenuti creati dagli altri utenti, con il risultato che il valore della piattaforma si accresce proprio in ragione di tale interazione.

Nella maggior parte dei casi, come visto, gli utenti non sono remunerati direttamente per il contenuto a cui contribuiscono, anche se l'azienda può monetizzare tali contenuti tramite i ricavi pubblicitari, vendite di abbonamenti o licenze di contenuti a terze parti. In alternativa, il valore generato dai contributi degli utenti può riflettersi nel valore del business stesso, che viene monetizzato tramite il prezzo di vendita ⁽¹⁰⁾. È questo un ulteriore aspetto, assolutamente centrale nelle riflessioni, che lascia intravedere scenari che si discostano dalle logiche dell'attuale imposizione reddituale e si ancorano a *rationes* del tutto diverse, volte talora – come si vedrà – a colpire una altrettanto diversa capacità contributiva.

Si procederà, nel seguito, alla disamina delle riflessioni internazionali e alle soluzioni proposte, ad oggi solo parzialmente adottate.

1.1. Il contrasto alle strategie di elusione della stabile organizzazione.

La consultazione del 2017 e lo stesso *discussion draft* del 2015 confermano che, in gran parte, le sfide poste dall'economia digitale, quantomeno sotto il profilo dell'abuso e dell'erosione delle basi imponibili, sono state parzialmente risolte dalle altre *Actions* del medesimo BEPS.

Giova quindi menzionare il ruolo fondamentale che riveste, in questa materia, il *Final Report* dell'*Action 7* del BEPS¹¹, che modifica l'articolo 5 del Modello di Convenzione in materia di stabile organizzazione, per contrastare la

¹⁰ OCSE, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Final report*, 2015, cit.,

¹¹ OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

sua *Artificial Avoidance*¹², anch'esso preceduto da due *Discussion Draft*¹³ arricchitesi delle proposte degli operatori.

L'Action 7 del BEPS reca la manifesta intenzione di intervenire sulla tradizionale definizione di stabile organizzazione, al dichiarato fine di prevenirne gli abusi¹⁴; naturalmente, si concentra non già sulla specifica materia dell'economia digitale, ma sull'istituto nella sua generalissima applicazione. Osservando la pianificazione fiscale delle *multinational enterprises*, prive o dotate di un *digital core*, si può infatti rilevare la transizione da un modello organizzativo multiplo, nel quale ogni unità locale svolge funzioni a pieno rischio, ad un modello unitario globale, in cui un'unica impresa svolge centralmente tutte le attività, coadiuvata da entità correlate localizzate in altre giurisdizioni, la cui remunerazione avviene sovente con il ristoro dei costi sostenuti ed un *mark up* stabilito, di volta in volta, in maniera indipendente dall'ammontare complessivo

¹² Le modifiche sono state recepite nell'articolo 12 del *Multilateral Agreement* del 24 novembre 2016 e condivise e divulgate anche dalla Commissione Europea con la Raccomandazione UE 136 del 28 gennaio 2016.

¹³ OECD, *Public Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (31 ottobre 2014 – 9 gennaio 2015); OECD, *Revised Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (15 maggio 2015 – 12 giugno 2015).

Per un commento sulle elaborazioni dei *Discussion Draft* si vedano D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *Progetto BEPS, stabile organizzazione e attività preparatorie o ausiliarie*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 2507; D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione e l'Action 7 dell'OCSE: la figura del commissionario*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 831.

¹⁴ L'Action 7 del BEPS è dichiaratamente volta a prevenire l'abuso delle norme in materia di stabile organizzazione. La chiarezza di intenti è manifesta sin dal titolo dell'Azione, volta a *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*. Peraltro, il *Final Report* ribadisce *per tabulas* che tutte le azioni del progetto, ivi inclusa la settima, “*are not directly aimed at changing the existing international standards on the allocation of taxing rights on cross-border income*” (OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status. Action 7: 2015 Final report*, cit., p. 14). Sin dalle bozze del *report*, come pure in tale ultimo documento, si legge infatti che “*The definition of permanent establishment (PE) must be updated to prevent abuses. In many countries, the interpretation of the treaty rules on agency-PE allows contracts for the sale of goods belonging to a foreign enterprise to be negotiated and concluded in a country by the sales force of a local subsidiary of that foreign country without the profits from these sales being taxable to the same extent as they would be if the sales were made by the distributor. In many cases, this had led enterprises to replace arrangements under which the local subsidiary traditionally acted as a distributor by 'commissionaire arrangements' with a resulting shift of profits out of the country where the sales take place without a substantive change in the functions performed in that country. Similarly, MNEs may artificially fragment their operations among multiple group entities to qualify for the exceptions to PE status for preparatory and ancillary activities*” (OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status. Action 7: 2015 Final Report*, cit. p. 13). Nondimeno, parte della dottrina ha evidenziato che le problematiche esaminate nell'Action 7 insistono direttamente sull'allocatione delle basi imponibili nei diversi Paesi; Si veda G. FRANSONI, *La stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123.

dei profitti del gruppo¹⁵.

A grandi linee, può ben dirsi che l'Action 7 è intervenuta sulle seguenti macro-aree.

Con riferimento alla figura della stabile organizzazione personale, ha inteso intervenire sulla *Artificial avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies*. La figura del commissionario appare centrale nelle riflessioni del BEPS, che ha avuto modo di constatare che, in certi modelli di *business*, tale figura sfuggiva alla stabile organizzazione personale, pure in presenza di un intermediario che avrebbe contribuito in modo determinante alla regolare conclusione di contratti nel territorio in cui si trovano i clienti dell'impresa non residente¹⁶.

In secondo luogo, ha esaminato le attività preparatorie e/o ausiliarie al fine di contrastare la *Artificial Avoidance of PE status through the specific activity exemptions*, i.e. la frammentazione di segmenti di tra diverse entità appartenenti al medesimo gruppo internazionale, in modo da evitare che l'aggregato dei singoli segmenti, ciascuno demandato allo svolgimento di un'attività preparatoria, potesse integrare una stabile organizzazione¹⁷.

Da ultimo, ha posto attenzione alla pratica abusiva dello *splitting up* nell'ambito dei contratti di appalto o di costruzione, pratica volta ad eludere l'integrazione della cosiddetta stabile organizzazione da cantiere (*Other strategies for the artificial avoidance of PE status*)¹⁸.

1.1.1. Le strategie di contrasto alla *Artificial avoidance of PE status through commissionaire arrangements and similar strategies*

¹⁵ O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 67. Nell'opinione dell'autore, la soluzione a cui è giunta l'OCSE si risolve in un compromesso tra la volontà dei Governi di ottenere una diversa definizione di stabile organizzazione e la volontà dei gruppi internazionali di non vedersi modificare l'attuale assetto societario studiato, ma il risultato conseguito è una forma ibrida che non risolverebbe del tutto le verificatesi controversie.

¹⁶ D. AVOLIO, P. RUGGIERO, *La proposta di modifica al Commentario OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2012, p.1113; per una sintesi della problematica, si veda anche O. SALVINI, *Le ultime evoluzioni di pensiero sulle agency-PE*, in *Fisco*, 2015, p. 662.

¹⁷ O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 67.

¹⁸ Ciascuna delle soluzioni proposte è stata recepita nella Convenzione Multilaterale, di cui meglio di dirà oltre.

Il primo tema su cui l'Action 7 è intervenuta concerne il ruolo dei commissionari¹⁹, senza che a questo sia corrisposta una sostanziale modifica delle funzioni svolte da questi ultimi²⁰.

Giova premettere che per *commissionnaire arrangement* si intende quell'accordo in base al quale un'impresa residente può vendere beni e servizi tramite un commissionario²¹, che si limita ad intervenire nella negoziazione dei contratti senza tuttavia concluderli per conto dell'impresa estera. I contratti sono infatti formalmente conclusi o autorizzati all'estero, ovvero da un agente indipendente, pur se strettamente legato all'impresa straniera per conto della quale agisce (e che quindi ricade nell'eccezione prevista dal comma 6 dell'articolo 5), con la conseguenza che il non residente non integra alcuna stabile organizzazione nel *market country*²². Nella discussione internazionale, i *commissionnaire arrangement* sono stati ritenuti schemi contrattuali volti all'erosione della base

¹⁹ Il Codice civile, all' art. 1731, dispone che "il contratto di commissione é un mandato che ha per oggetto l' acquisto o la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario".

²⁰ G., BUONAMASSA, G. GERARDI, *Stabile organizzazione e commissionario*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2017, pag. 19.

Come sottolineato da O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, cit., p. 67, "L'impresa residente oltre ai costi ottiene un "ricarico" pari a quelli praticati da imprese indipendenti, ma i profitti sono traslati attraverso altre pianificate operazioni quali, ad esempio, la duplicazione dei servizi tra l'impresa residente e quella non residente che generano, per la prima, costi e, per la seconda, ricavi; gli aggiustamenti di fine anno sui termini del contratto; i servizi resi dall'impresa controllata non inerenti alla sua attività, ma riconducibili ad esigenze della controllante ovvero la creazione di strutture ibride".

²¹ In OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, cit., p. 56, si riporta un apposito esempio, ove si legge espressamente che "BEPS concerns arising from commissionarie arrangements may be illustrated by the following example, which is based on court decision that dealt with such an arrangement and found that the foreign enterprise did not have a permanent establishment:

- XCO is a company resident of State X. It specialises in the sale of medical products.
- Until 2000, these products are sold to clinics and hospitals in State Y by YCO, a company resident of State Y. XCO and YCO are members of the same multinational group.
- In 2000, the status of YCO is changed to that of commissionarie following the conclusion of a commissionarie contract between the two companies. Pursuant to the contract, YCO transfers to XCO its fixed assets, its stock and its customer base and agrees to sell in State Y the products of XCO in its own name, but for the account of and at the risks of XCO.
- As a consequence, the taxable profits of YCO in State Y are substantially reduced".

²² Come osserva O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, cit., pag. 67, siccome il soggetto che contratta gli accordi per le successive vendite non possiede la merce, non può essere tassato per gli utili derivanti da quelle transazioni, ma subirà l'imposizione solo sul compenso che riceve per i suoi servizi (generalmente un *mark up* sul ristoro dei costi sostenuti).

imponibile nel *market country*²³, tant'è che tali strategie sono state contrastate ricorrendo alle stabili organizzazioni occulte²⁴. La proliferazione dei *commissionnaire arrangements* ha infatti richiamato l'attenzione delle Amministrazioni finanziarie di molti Stati, che si sono lungamente interrogati sul vincolo "giuridico" o "economico" che dovrebbe legare l'impresa estera ed il proprio agente, per ritenere sussistente l'ipotesi di una stabile organizzazione personale²⁵.

Le principali criticità erano dovute soprattutto dalle difformità interpretative dei paragrafi 5 e 6 dell'articolo 5 del Modello OCSE, nella loro formulazione antecedente alle modifiche recentemente introdotte²⁶, tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti di *civil law*²⁷. Infatti, nei paesi di *common law* non si suole distinguere tra la rappresentanza diretta e indiretta e l'*agent* che agisce per conto di un'impresa vincola sempre il suo *principal*; l'approccio è quindi meno formalistico, nella misura in cui valorizza la compartecipazione economica dell'*agent* rispetto all'attività del *principal*, con la conseguenza che, anche qualora l'*agent* non spenda il nome del *principal*, il rapporto si qualifica comunque come

²³ In ogni caso, giova sottolineare che l'utilizzo dei *commissionnaire agreement* nell'ambito della pianificazione operativa dei gruppi d'impresa rappresenta una prassi lecita, circostanza da cui potrebbe concludersi che, nella specie, neppure si tratta di abuso del diritto. Si veda A. MARCHESELLI, *La prova della stabile organizzazione, tra diritto di difesa, equa ripartizione del prelievo e cooperazione tra gli ordinamenti tributari*, in I venerdì di *Dir. prat. trib.*, *La stabile organizzazione*, Milano, 2013, p. 32.

²⁴ Come sottolineato da P. VALENTE, *Stabile organizzazione ed erosione della base imponibile: aggiornamenti OCSE*, in <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2014/11/14/stabile-organizzazione-ed-erosione-della-base-imponibile-aggiornamenti-ocse>, "I gruppi internazionali hanno sostituito i contratti in virtù dei quali la controllata operava come distributore con degli accordi di commissioni, senza che a tale sostituzione corrisponda una sostanziale modifica nelle funzioni svolte".

²⁵ Ne è un chiaro esempio l'accertamento italiano a carico di Google, che si illustrerà nel Capitolo IV. Sugli esiti di tali contestazioni, sottoposte alle Corti nazionali, si dirà meglio alla successiva nota n. 31. Sul tema, si veda N. CARMONA FERNANDEZ, *The concept of Permanent Establishment in the Courts: Operating Structures Utilizing Commission Subsidiaries*, in *Bulletin for International Taxation*, 2013, p. 32; S. GRILLI, P. RUGGIERO, *La stabile organizzazione nella giurisprudenza interna e internazionale*, in S. MAYR, B. SANTACROCE (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016.

²⁶ Il tema è ampiamente discusso anche dalla dottrina internazionale. Cfr. S.I. ROBERTS, *The Agency Element of permanent establishment: The OECD Commentaries from the Civil Law View (Part One and Part Two)*", in *Intertax*, 1993, p. 396; J. F. AVERY JONES, D. WARD, *Agents as permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention*", in *European Taxation*, 1993, p. 154; K. KROPPEIN, S. HUFFMEIER, *The German Commissionaire as a Permanent Establishment under the OECD Model Treaty*, in *Intertax*, 1996, p. 133; H. PIJL, *Agency Permanent Establishment: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) (Part One and Part Two)*", in *Bull. Int. Tax.*, 2013, p. 3 e 62.

²⁷ D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione e l'Action 7 dell'OCSE: la figura del commissionario*, cit., pag. 831.

un vincolo di *undisclosed agent*, pur essendo fatta salva la responsabilità giuridica diretta del *principal* per le azioni compiute dall'*agent*. Diversamente, nei Paesi di *civil law* la spendita del nome è connessa ad un potere di rappresentanza diretta o indiretta, che lega il mandatario al mandante; al fine di vincolare i *principal*, occorre quindi la spendita del nome, con la conseguenza che la stessa definizione di agente indipendente appare finanche ossimorica, non essendo in tal caso contemplata la possibilità di agire in nome e per conto del mandante²⁸.

Rimettendo la *agency* ad una società residente legata alla non residente da un *commissionaire agreement*, per le funzioni svolte e i rischi assunti all'interno del gruppo²⁹, la commissionaria non risulterebbe giammai stabile organizzazione dell'altra, non agendo in suo nome³⁰, ferma restando la possibilità di ricorrere ad eventuali aggiustamenti di *transfer pricing*, se applicabili.

Tale situazione ha creato non poche difficoltà interpretative nei diversi Stati, in quanto alcuni hanno valorizzato la compartecipazione economica dell'*agent* alla conclusione dei contratti, altri hanno privilegiato un approccio formalistico³¹.

²⁸ D. AVOLIO, P. RUGGIERO *La proposta di modifica al Commentario OCSE sulla stabile organizzazione*, cit., p.1113.

²⁹ D. AVOLIO, D. SENECA, *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. 93.

³⁰ D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione e l'Action 7 dell'OCSE: la figura del commissionario*, cit., p. 831.

La Corte di Cassazione italiana ha interpretato la necessità della spendita del nome, e quindi il requisito della rappresentanza per l'agente, in chiave "sostanzialistica", già a partire dal *leading case Philip Morris* (Cass. Civ., Sez. V., 7 marzo, 2002, n. 3367), minusvalutando la necessità di spendere il nome dell'impresa estera per poter essere integrata una stabile organizzazione.

Nella successiva decisione *Boston Scientific* (Cass. Civ., Sez. V., 9 marzo 2012, n.3769), tuttavia, la Cassazione, pur occupandosi incidentalmente della questione (che è stata decisa nel senso dell'inammissibilità dei motivi di impugnazione) ha confermato la sentenza dei giudici di secondo grado che avevano escluso l'esistenza di una stabile organizzazione personale per una società italiana operante come commissionaria della società casa madre olandese.

³¹ L'approccio formalistico è stato seguito dal Conseil d'État nel caso *Zimmer* del 2010 (Conseil d'État, 31 Marzo 2010, Case Nos. 304715, 308525, *Société Zimmer Ltd v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, in Tax Treaty Case Law IBFD) che riguardava una società britannica, *Zimmer Limited*, in cui la Corte ha ritenuto che una società del gruppo collocata in Francia non potesse essere considerata una PE per la non residente, ossia *Zimmer Limited*, in forza di un *commissionaire agreement*, a meno che il preponente non potesse essere ritenuto personalmente responsabile in base al contratto stipulato tra il commissionario e le terze parti (per un commento, cfr. S. BARANGER et al., *The 2012 Leiden Alumni Seminar: Case Law on Treaty Interpretation Re Commissionaire and Agency PEs*, in *Eur. Taxn.*, 2013, p. 53). Un approccio analogo è stato adottato dalla Corte Suprema norvegese (Høyesterett) nel caso *Dell* (Høyesterett, 2 dicembre 2011, HR-2011-02245-A (sak nr. 2011/755), *Dell Products v. The State (Tax East)*, in Tax Treaty Case Law IBFD), la quale ha statuito che la società norvegese, che agiva in base ad un accordo di commissione, non costituiva stabile organizzazione in Norvegia della controllante estera (Cfr. P. BAKER, *Dependent Agent Permanent Establishments: Recent OECD Trends*, in M.

Da qui la scelta, perseguita mediante l'Action 7, di modificare la formulazione dell'articolo 5 del Modello OCSE³², prevedendo che l'ipotesi di stabile organizzazione personale ricorra, indipendentemente dalla conclusione dei contratti in nome dell'impresa estera, quando *un soggetto svolga un ruolo decisivo nella conclusione dei contratti*, che vengono perfezionati senza importanti modifiche da parte dell'impresa non residente (la nuova formulazione del paragrafo 5 dell'articolo 5³³, come pure la Convenzione Multilaterale, si riferisce

LANG et al., *Series on International Tax Law: Dependent Agents as Permanent Establishments*, Linde, 2014, p. 29). Analoga conclusione è stata tratta dalla Corte di Cassazione nel caso Boston Scientific (Cass. Civ., sez. V, sent. Cass. civ., Sez. V, n. 3769, 3770, 3771, 3772 e 3773 del 9 marzo 2012). In tale caso, la Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso dell'Agenzia delle Entrate, ha posto in luce la circostanza che occorre acclarare se l'agente operante in Italia avesse concluso contratti che vincolano l'impresa estera, indipendentemente dal fatto che quei contratti siano stati effettivamente conclusi "in nome dell'impresa" (per un commento, cfr. A. PERSIANI, *Some Remarks on the Notion of Permanent Establishment in the Recent Italian Supreme Court Jurisprudence*, in *Intertax*, 2012, p. 625).

D'altra parte, la decisione del Tribunal Supremo spagnolo, nel caso Roche (Tribunal Supremo, 12 gennaio 2012, Case No. 1626/2008, *Roche Vitamins Europe Ltd*, in *Tax Treaty Case Law IBFD*) ha attribuito prevalenza ad un approccio sostanzialistico ed ha ritenuto sussistente una stabile organizzazione in Spagna. Ancor più significativo è il caso Dell, in sottoposto sempre al Tribunale Spagnolo (Tribunal Económico Administrativo Central, 15 marzo 2012, Case 00/2107/2007, in *Tax Treaty Case Law IBFD*). In questa circostanza, il Tribunale osservò che la pagina web spagnola del gruppo poteva dare luogo a una stabile organizzazione virtuale di Dell Ireland, alla luce delle altre attività svolte da Dell Ireland in Spagna, anche alla luce del fatto che il nome del dominio fosse di proprietà di Dell Spagna e che gli ordini fossero elaborati dalla Spagna. Inoltre, nel raggiungere le sue conclusioni, il Tribunale ha adottato la più ampia argomentazione secondo cui una contraria conclusione avrebbe consentito a Dell Ireland di godere del contesto economico della Spagna senza essere soggetta a imposizione in Spagna. Anche se la decisione del Tribunale è stata successivamente annullata dalla Audiencia Nacional spagnola e in seguito dalla Corte Suprema (con pronuncia del 20 giugno 2016, Case 2555/2015, *Tax Treaty Case Law*) si tratta di una decisione significativa per quanto riguarda la stabile organizzazione e l'evoluzione del concetto (per un commento, si veda A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, *The Spanish Position on the Concept of a Permanent Establishment: Anticipating BEPS, beyond BEPS or Simply a Wrong Interpretation of Article 5 of the OECD Model?*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2016, p. 80).

³² Come segnalato da A. STORK, R. PETRUZZI, *Permanent Establishments: Proposal Related to Agency Permanent Establishments – Article 5(5) and (6) of the OECD Model*, in M. LANG, *Base Erosion and Profit Shifting*, Vienna, 2016, la posizione espressa dall'OCSE nel primo *discussion draft* in relazione alle proposte di modifica al Commentario non apparivano risolutive.

Infatti le prime specificazioni proposte sembravano indirizzate in particolar modo ai Paesi di *common law* per chiarire che una stabile organizzazione personale può esservi anche in presenza di un *undisclosed agent*, ma nei paesi di *civil law* avrebbe rafforzato la tesi secondo cui vi è stabile organizzazione personale solo quando il mandante è giuridicamente vincolato al suo mandatario nei rapporti con i soggetti terzi.

³³ Nuovo articolo 5, paragrafo 5, del Modello di Convenzione OCSE, dispone quanto segue: "*Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are:*

a) *in the name of the enterprise, or*

infatti al “*principal role leading to the conclusion of contracts*”³⁴. Tale *principal role* è stato quindi individuato come *taxable nexus* sufficiente al fine di allocare all'estero la presenza fiscale dell'impresa non residente³⁵.

Pertanto, ai sensi del nuovo comma 5 dell'articolo 5, l'agente che concluda abitualmente contratti, o svolga un'attività che conduca alla loro conclusione³⁶, integra una stabile organizzazione purché tali contratti siano conclusi in nome dell'impresa, consentano il trasferimento, o concessione in uso, di beni che l'impresa possiede o ha diritto di utilizzare³⁷ o concernano la fornitura di servizi da parte dell'impresa³⁸.

Come evidenziato in dottrina, l'espressione “*concludes contracts*” viene ancorata al luogo in cui avviene la contrattazione in tutti i suoi elementi; in tale

-
- b) *for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or*
 - c) *for the provision of services by that enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph”.*

³⁴ Il nuovo paragrafo 32.5 del Commentario OCSE, come riformulato dal *Final Report* dell'OCSE, prevede che “*the conclusion of contracts is clearly the direct result of these activities although the relevant rules of contracts provide that the conclusion of contract takes place outside that State [...] The principal role leading to the conclusion of the contract will therefore typically be associated with the actions of the persons who convinced the third party to enter into a contract with the enterprise*”.

³⁵ Le opzioni di modifica previste dal primo *Discussion Draft* erano invero due:

- l'*Option A* proponeva di sostituire l'espressione “*conclude contracts*” con la locuzione “*engages with specific persons in a way that results in the conclusion of contracts*”;
- l'*Option B* proponeva invece di sostituire l'espressione “*concludes contracts*” con la locuzione “*concludes contracts, or negotiates the material elements of contracts*”.

Il *Final Report* ha privilegiato l'*Option B*, valorizzando il ruolo decisivo del commissionario nella conclusione dei contratti.

³⁶ Al paragrafo 32.5 del Commentario, così come risultante dalle modifiche apportate dall'Action 7, si chiarisce che “*The phrase 'or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise' is aimed at situations where the conclusion of a contract directly results from the actions that the person performs in a Contracting State on behalf of the enterprise even though, under the relevant law, the contract is not concluded by that person in that State*”.

³⁷ Nel paragrafo 32.8 del Commentario si chiarisce il significato di contratti conclusi per il trasferimento di beni o concessione in uso di beni; nella specie, non rileva la circostanza che il commissionario agisca per conto dell'impresa non residente e concluda con il cliente finale contratti in nome proprio, ma piuttosto il fatto che detti contratti sono eseguiti dall'impresa non residente (che dispone dei beni o presta i servizi) piuttosto che dall'agente-commissionario.

³⁸ In modifica ai paragrafi da 31 a 39 del Commentario al Modello OCSE. In senso critico rispetto alla preferenza per un approccio economico e non formalistico, si veda M.C. VILLAREAL REGALADO, *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Articles 5(5) and 5(6) of the OECD MC*, in D.W. BLUM, M. SEILER & M. LANG, *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386-387.

accezione, essa deve essere quindi interpretata alla luce dell'espressione "*or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise*", così includendo tutte quelle situazioni in cui la conclusione di un contratto è direttamente e significativamente influenzata dalle azioni che un commissionario pone in essere per conto dell'impresa estera³⁹. Sono comunque espressamente escluse le attività promozionali, come quelle svolte degli informatori farmaceutici⁴⁰, ove svolte dal menzionato commissionario⁴¹, nonché i modelli distributivi LRD (*Low Risk Distributor*)⁴².

Ancora, l'indipendenza dell'agente deve essere apprezzata sia sotto il profilo giuridico che economico, tenendo presente il ruolo dell'agente e i rischi che egli si assume⁴³: si pensi, tipicamente, alla prestazione di garanzie da parte del *principal* rispetto al commissionario, che coprendo i rischi assunti da quest'ultimo ne compromette significativamente l'indipendenza. Quanto al requisito della *close relation*, tale requisito sussiste nelle ipotesi controllo o correlazione, pur evidenziando che detta previsione non travolge la separazione giuridica tra società controllante e sua controllata, potendo tale separazione essere superata solo nelle ipotesi in cui risultino integrati i requisiti previsti dal paragrafo 5 dell'articolo 5 del Modello⁴⁴.

Le succitate previsioni, come accennato, sono confluite nell'art. 12 della Convenzione multilaterale, articolo rispetto al quale l'Italia ha tuttavia opposto una riserva per l'integrale disapplicazione. Nondimeno, le modifiche alla nozione domestica di stabile organizzazione intervenute con la legge di Bilancio 2018 sembrano segnare un ripensamento del legislatore nazionale, che ha integrato

³⁹ O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, in *Rassegna tributaria*, cit., p. 67. Allo stesso modo, "*in the name of*" deve essere inteso in modo estensivo e la locuzione "*habitually*", cioè la presenza del soggetto nello Stato, richiama un'attività non transitoria né occasionale. Uno degli indicatori ritenuti qualificanti del ruolo decisivo dell'intermediario nella conclusione dei contratti è rappresentato dal fatto che il suo compenso sia calcolato in base al fatturato dell'impresa estera.

⁴⁰ Paragrafo 32.5 del Commentario al Modello OCSE.

⁴¹ Paragrafo 32 del Commentario al Modello OCSE. D. AVOLIO, D. SENCAR, *La stabile organizzazione e Action 7*, cit., a commento dei paragrafi 32.6, 32 e 33 del Commentario.

⁴² Così il nuovo paragrafo 32.12 del Commentario OCSE, come riformulato dal *Final Report*.

⁴³ M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2002, p. 230.

⁴⁴ D. SANSONETTI, *Evoluzione del concetto di stabile organizzazione alla luce dell'Action 7 BEPS*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 2457.

l'art. 162 del TUIR prevedendo modifiche perfettamente in linea con quelle assunte nella Convenzione medesima al menzionato art. 12⁴⁵.

1.1.2. Le strategie di contrasto alla *Artificial avoidance of PE status through the specific activity exemptions*.

Un secondo intervento dell'Action 7 mira, invece, a contrastare l'elusione artificiosa della stabile organizzazione rispetto alle attività aventi carattere preparatorio o ausiliario, previste dal paragrafo 4 dell'articolo 5, al ricorrere delle quali si deve presumere (*shall be deemed not to include*) non esistente una stabile organizzazione⁴⁶. Si tratta di quelle attività incluse nella c.d. *negative list*, le quali privano di rilevanza, ai fini del "*business activity test*", il criterio di collegamento⁴⁷.

La logica sottesa all'esclusione di tali attività dalla nozione di stabile organizzazione risiede nel convincimento che esse sono, anche sotto il profilo reddituale, poco significative sia per le imprese che le svolgono, ponendosi *a latere* del *core business* aziendale, sia per gli stessi Stati, per i quali le imposte ritratte da tali attività sarebbero irrисorie rispetto agli stessi costi sostenuti dalle amministrazioni pubbliche per accertarle e riscuoterle; da tale prospettiva, esse sono quindi escluse per semplificare sia l'attività dei Paesi impositori, sia il commercio transfrontaliero⁴⁸.

Senonchè, secondo le indagini dell'OCSE, una nota pratica elusiva dello *status* di stabile organizzazione consiste nel frazionamento delle attività tra diverse entità, appartenenti al medesimo gruppo, in modo da inquadrare ciascuna di esse come entità cui è affidato un segmento del *business* di carattere preparatorio e, di conseguenza, sfuggire al collegamento nel *market country*,

⁴⁵ Sul punto si tornerà meglio oltre, al Capitolo IV.

⁴⁶ Articolo 5, comma 1 del Modello OCSE: "*For the purposes of this Convention, the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*".

⁴⁷ Il paragrafo 21 del Commentario del 2014 si esprimeva apertamente in tal senso: "*The provision of paragraph 4 are designed to prevent an enterprise of one State from being taxed in the other State, if it carries on in that other State, activities of a purely preparatory or auxiliary character*".

⁴⁸ E. REIMER, *Permanent Establishments – A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective*, Rotterdam, 2016, p. 87. Nello stesso senso, V. DHULDHOYA, *International/OECD - The Future of the Permanent Establishment Concept*, in *Bull. Int. Tax.*, Volume 7, No. 4a/Special Issue, pubblicato online il 26 marzo 2018.

ricadendo nelle eccezioni all'istituto della stabile organizzazione, previste dal paragrafo 4 dell'articolo 5⁴⁹.

A tal fine, il BEPS è intervenuto sul paragrafo 4 dell'articolo 5, introducendo la cosiddetta *anti-fragmentation rule*, finalizzata a neutralizzare gli effetti della *fragmentation of activities*, realizzata anche nell'ambito dei gruppi, sul presupposto che “*an enterprise can not fragment a cohesive operating business into several small operations in order to argue that each is merely engaged in a preparatory or auxiliary activity*”⁵⁰.

La norma di protezione, pur essendo dichiaratamente volta ad evitare che il Commentario consentisse la diffusione di modelli volti ad eludere la nozione di stabile organizzazione, non è stata tuttavia accettata con unanime favore dalla dottrina. Si è osservato, in particolare, che essa si pone in contrasto con il “*separate entity approach*”, cui si ispira l'attribuzione dei profitti alla stabile organizzazione⁵¹, aprendo la strada alla “*unitary taxation*”, che sollecita il ricorso a forme di *out-sourcing* con terze parti disincentivando la ripartizione di competenze all'interno dello stesso gruppo e che richiede obblighi di *compliance* significativi⁵².

A ciò si aggiunga che la novella amplia l'analisi anche ai *fixed place of business* di *closely related enterprises*⁵³, non coincidenti con le sole imprese controllate o collegate.

⁴⁹ O. SALVINI, *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, cit., p. 67.

⁵⁰ Così si esprime il paragrafo 27 del nuovo Commentario. La nuova regola è stata introdotta aggiungendo all'articolo 5 del Modello OCSE il paragrafo 4.1, a norma del quale “*Paragraph 4 shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State and that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article, or the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character, provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation*”.

⁵¹ R. BATHEJA, *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Article 5(3) and (4) of The OECD MC*, in D.W. BLUM, M. SEILER & M. LANG, *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386-387.

⁵² D. AVOLIO, D. SENCAR, *La nuova anti-fragmentation rule in materia di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 38.

⁵³ Il nuovo Commentario precisa che la nozione di *closely related enterprise* è quella definita nella lettera b) del paragrafo 6 dell'art. 5 specificata nei paragrafi da 38.8 a 38.10 del Commentario.

La disposizione concerne i *fixed place of business* localizzati nel medesimo Stato contraente: ove l'impresa non residente abbia in un dato Stato uno o più *fixed place of business*, dei quali bisogna valutare il carattere preparatorio o ausiliario dell'attività, e le attività svolte “*costituiscano funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa*” rispetto alle altre attività svolte dalla medesima impresa o da altre del gruppo, allora esse sfuggiranno dall'esenzione⁵⁴.

In buona sostanza, la *negative list* non troverà applicazione ove nello Stato della fonte, nella stessa sede d'affari o in differenti sedi d'affari: a) esista già una stabile organizzazione; ovvero b) l'insieme derivante dalla combinazione delle attività svolte non abbia carattere preparatorio o ausiliario⁵⁵.

⁵⁴ Lo scenario può essere chiarito da alcuni esempi, tratti da D. AVOLIO, D. SENCAR, *La nuova anti-fragmentation rule in materia di stabile organizzazione*, cit. p. 38: “*Nel primo esempio, R (residente nello Stato R) ha una stabile organizzazione (PE) nello Stato S. Allo stesso tempo R ha, in altro luogo, una “sede fissa d'affari” (FPO1) di cui si deve valutare il carattere preparatorio o ausiliario dell'attività. Nel caso in cui l'attività svolta in FPO1 e quella svolta in PE costituiscano “funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa” (come evidenziato in ipotesi dal rettangolo tratteggiato), R non potrà godere, relativamente a FPO1, dell'esenzione prevista dal paragrafo 4.*

Tale risultato (la non applicazione dell'esenzione a FPO1) era già previsto dal paragrafo 27.1 dell'attuale Commentario.

Nel secondo esempio, R2 e R3 (residenti nello stato R ed in ipotesi closely related in quanto entrambe controllate da R1) operano nello stesso luogo (Le conclusioni sarebbero le medesime se i luoghi fossero differenti). R3 in tale luogo ha una stabile organizzazione (PE) mentre relativamente a R2 è necessario stabilire se l'attività svolta nella sede fissa d'affari (FPO) abbia o meno carattere “preparatorio o ausiliario”. Anche in tale esempio, se l'attività svolta in FPO e quella svolta in PE costituiscano “funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa” (come evidenziato in ipotesi dal rettangolo tratteggiato), R2 non potrà godere,

relativamente a FPO, dell'esenzione prevista dal paragrafo 4.

Nel terzo esempio, R (residente nello Stato R) ha una sede fissa d'affari (FPO1) nello stato S ove opera anche S1 (in ipotesi closely related a R in quanto controllata da R) anche per mezzo di una sede fissa d'affari (PE) (Come precisato dal Commentario all'art. 5 al paragrafo 30.4). Nel caso in cui l'attività svolta in FPO1 e quella svolta in PE costituiscano “funzioni complementari che siano parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa” (come evidenziato in ipotesi dal rettangolo tratteggiato), R non potrà godere, relativamente a FPO1, dell'esenzione prevista dal paragrafo 4”

⁵⁵ S. MAYR, B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016. Il nuovo paragrafo 30.4 del Commentario prevede due esempi, relativamente al paragrafo 4.1 dell'articolo 5:

“il primo esempio (esempio A) riguarda il caso di una banca (Rco), residente nello Stato R, che ha nello Stato S varie stabili organizzazioni (branches). Inoltre Rco ha, sempre nello Stato S, un ufficio separato (separate office) ove alcuni dipendenti verificano le informazioni fornite dai clienti che hanno richiesto finanziamenti alle varie stabili organizzazioni. I risultati di tali verifiche sono poi inviate alla “sede centrale” dove altri dipendenti le analizzano ed inviano i resoconti alle stabili organizzazioni ove vengono prese le decisioni relative all'erogazione dei finanziamenti.

Diventa dunque fondamentale apprezzare il collegamento di un'impresa con il territorio del *source state* alla luce delle “*funzioni complementari parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa*”, alla luce dei concetti, del tutto scevri da logiche formali e vincolati alla sostanza economica, dalla complementarietà (“*complementary*”) e dalla unitarietà (“*cohesive*”) delle diverse attività, da intendersi l'uno come interrelazione e completamento reciproco delle attività, l'altro come unitarietà dello scopo perseguito.

Ancora a monte, e sempre nell'ottica di intervenire sulle attività preparatorie o ausiliarie, il commentario avalla l'interpretazione secondo cui la natura preparatoria o ausiliaria delle attività svolte deve essere valutata caso per caso e alla luce dell'attività complessivamente svolta dall'impresa non residente. Si tratta di una dichiarata inversione di rotta⁵⁶, che ha condotto alla modifica del paragrafo 4 dell'articolo 5, attraverso la previsione di una “disposizione di chiusura”, in forza della quale tutte le attività contemplate nel paragrafo stesso, per poter esulare dalla nozione di stabile organizzazione, devono avere *in concreto* carattere

Il Commentario ritiene applicabile il paragrafo 4.1 in quanto le attività compiute nell'ufficio (raccolta delle informazioni sui clienti) e nelle branches (erogazione dei finanziamenti ai clienti) costituiscono “funzioni complementari parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa”.

Di conseguenza l'ufficio di Rco, non potendo godere dell'esenzione da paragrafo 4, costituisce una “stabile organizzazione” di Rco nello Stato S.

Il secondo esempio (esempio B) riguarda l'impresa Rco, residente nello Stato R che produce e vende beni di consumo. Sco, residente nello Stato S e interamente controllata da Rco, possiede un negozio dove vende i beni che acquista da Rco. Rco possiede anche un piccolo magazzino (small warehouse) nello stato S in cui conserva alcuni grossi beni (few large items) identici a quelli esposti nel negozio posseduto da Sco. Quando un cliente di Sco acquista uno di tali beni (large item), i dipendenti di Sco si recano presso il magazzino di Rco e prelevano il bene (la cui proprietà passa da Rco a S) per poi consegnarlo ai clienti.

Il Commentario ritiene applicabile il paragrafo 4.1⁵⁵ al magazzino di Rco in quanto l'attività svolta da Rco nel magazzino (deposito) e da Sco nel negozio (vendita e consegna) costituiscono “funzioni complementari parte di un insieme unitario di operazioni d'impresa”. In particolare rileva che il deposito di beni in un luogo (il magazzino) avvenga al fine di consegnare tali beni a seguito della vendita avvenuta tramite un altro luogo (il negozio) nel medesimo Stato.

Di conseguenza il magazzino di Rco, non potendo godere dell'esenzione da paragrafo 4, costituisce una “stabile organizzazione” di Rco nello Stato S”.

⁵⁶ Al paragrafo 12 del *Final Report* sull'Action 7, si legge in proposito che “*Regardless of the original purpose of the exceptions included in subparagraphs a) to d) of paragraph 4), it is important to address situations where these subparagraphs give rise to BEPS concerns. It is therefore agreed to modify Art. 5(4) as indicated below so that each of the exceptions included in that provision is restricted to activities that are otherwise of a ‘preparatory or auxiliary’ character. It is also recommended to provide the additional Commentary guidance below which clarifies the meaning of the phrase ‘preparatory or auxiliary’ using a number of examples*”.

preparatorio o ausiliario⁵⁷. Infatti, nonostante il Commentario sull'articolo 5, par. 4 del Modello OCSE consentisse, già prima delle modifiche, tale conclusione, un'interpretazione letterale di tali sottoparagrafi da (a) a (d) dell'articolo 5 (4) aveva condotto, in molti Stati, alla automatica esclusione di tali attività dalla nozione di stabile organizzazione, comportando in tali ipotesi una tassazione solo nei Paesi di residenza⁵⁸.

Sembra dunque che la *negative list*, che precedentemente considerava *ipso iure* non sussistente una stabile organizzazione, elenchi ora ipotesi meramente esemplificative di attività che, *di norma*, assumono carattere preparatorio o ausiliario⁵⁹. Al fine di individuare gli elementi utili ad effettuare la verifica concernente tale carattere, l'OCSE chiarisce che un'attività avente carattere "preparatorio" dovrebbe, di regola, precedere l'attività *core* della società estera e durare poco tempo e che un'attività "ausiliaria" dovrebbe supportare, ma senza esserne parte, l'attività essenziale e significativa della società estera nel suo complesso; inoltre, un'attività ausiliaria non dovrebbe impiegare una parte significativa degli *asset* o dei dipendenti dell'impresa.

In ogni caso, affinché dette attività ricadano nell'alveo applicativo dell'art. 5, occorre che siano integrati i requisiti richiesti dal paragrafo 1 dell'articolo 5 e, in particolare, è necessario che la sede fissa di affari, intesa come un determinato spazio fisico, sia *at disposal* dell'impresa non residente. Il *Final Report* dell'OCSE, al pari del secondo *Discussion Draft* sull'argomento⁶⁰, considera "a disposizione" un determinato spazio (anche se di proprietà di un soggetto terzo), nel caso in cui l'impresa estera abbia allo stesso, o ad una parte di

⁵⁷ Dal punto di vista letterale, le modifiche consistono nella cancellazione dell'ultima parte dei sotto-paragrafi *e* ed *f*) e nell'introduzione della disposizione, comune a tutti i sotto-paragrafi dalla *a*) alla *f*) "*provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character*".

⁵⁸ R. BATHEJA, *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Article 5(3) and (4) of The OECD MC*, in D.W. BLUM, M. SEILER & M. LANG, *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386.

⁵⁹ Il nuovo paragrafo 23 del Commentario OCSE all'art. 5, come modificato dal *Final Report*, dispone che "*the examples listed in subparagraphs a) to d) being merely common examples of activities that are covered by the paragraph because they often have preparatory or auxiliary character*".

⁶⁰ OECD, *Revised discussion draft - Beps Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (15 May 2015 – 12 June 2015). Per un commento, si veda D. AVOLIO, B. SANTACROCE, *Progetto BEPS, stabile organizzazione e attività preparatorie o ausiliarie*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 2507.

esso, “*unlimited access*”⁶¹.

Anche questa modifica, al pari della precedente, rappresenta un passo avanti in direzione della effettività delle norme, ma un passo indietro rispetto alla certezza giuridica. Ben si comprende, allora, perché l'OCSE si premuri di elencare taluni esempi, volti a chiarire l'applicazione delle norme del Modello, anche se ovviamente deve sempre essere effettuata una valutazione autonoma nel caso concreto, stante il carattere astratto e stilizzato di tali esempi.

Dagli esempi, emerge chiaro che le modifiche, pur disinteressandosi del tema afferente alla digitalizzazione delle imprese, lo coinvolgono direttamente. Il più noto di essi concerne il caso in cui l'impresa estera detenga altrove un magazzino destinato allo stoccaggio e alla spedizione dei beni venduti *on line* ai clienti residenti in tale secondo Stato. In questo scenario, l'esenzione non trova applicazione, nella misura in cui le attività di stoccaggio e spedizione, svolte tramite quel magazzino, essendo una parte essenziale del *business* di vendita e distribuzione della società estera, non hanno *in concreto* carattere preparatorio o ausiliario. Si tratta di un esempio che si attaglia perfettamente a quei modelli di *business* che richiedono, nel *market country*, il compimento di attività operative relative al *core business* dell'impresa stessa attraverso un *fixed place*. Nondimeno, la norma non sembra investire in alcun modo gli operatori del commercio elettronico diretto, in quanto questi non necessitano di una presenza fisica per la consegna dei contenuti digitali, per i quali, tuttavia, vale l'applicazione del paragrafo 5, con particolare riferimento allo svolgimento, per loro conto, di attività di “*marketing and services*” da parte di un'altra impresa, ove le sedi locali siano qualificabili come stabili organizzazioni personali⁶².

1.1.3. Le altre strategie di contrasto: il caso dello *splitting-up of the contracts*.

Un'altra pratica abusiva, con cui viene eluso lo *status* della stabile

⁶¹ Così i nuovi paragrafi 22.3 e 22.4 del Commentario OCSE all'art. 5, come modificato dal *Final Report*. Sono tuttavia esclusi modelli di *toll manufacturing*, in cui l'impresa estera si rechi presso gli stabilimenti del *manufacturer* con il solo e limitato fine di controllare, ad esempio, la qualità dei prodotti lavorati, a condizione che la presenza assuma carattere transitorio.

⁶² Ne è un chiaro esempio l'accertamento italiano a carico di Google, che si illustrerà nel Capitolo IV.

organizzazione e di cui si è occupato il *Final Report* dell'Action 7 è il cosiddetto *splitting-up* dei contratti⁶³, *i.e.* il frazionamento degli appalti, realizzato dalle imprese multinazionali, che così si avvalgono elusivamente dell'eccezione di cui al paragrafo 3 dell'articolo 5 del Modello OCSE, a norma del quale “*a building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months*”.

Come osservato dall'OCSE, le imprese eludono agevolmente la *duration* individuata dalla disposizione suddividendo i contratti di appalto o costruzione in diverse fasi, affidando ciascuna di esse ad una diversa impresa del gruppo, in modo che nessuna di dette imprese la svolga per un periodo di tempo superiore ai prescritti *twelve months*.

Al fine di contrastare la descritta pratica, l'Action 7 ha proposto, sulla base delle raccomandazioni dell'Action 6⁶⁴, l'applicazione del *Principal Purpose Test*⁶⁵, una *general anti-abuse rule* basata sui principali fini delle transazioni e/o degli accordi, in base alla quale, laddove la transazione sia volta all'ottenimento di benefici derivanti dagli accordi internazionali, tali benefici saranno negati se contrari all'obiettivo e al fine del trattato. Si tratta di una chiara declinazione del più generale contrasto alle pratiche di *treaty shopping*, a cui è dedicata l'Action 6.

Anche in tale ipotesi, l'OCSE fornisce taluni esempi, che siano di ausilio all'applicazione della nuova norma, che valorizzano la sostanza economica dei rapporti. In assenza di altri fatti e circostanze che dimostrino che lo *splitting up* trovi giustificazioni economiche, la separazione delle attività non consentirà di

⁶³ La questione era stata affrontata nel paragrafo 18 del Commentario 2014 all'articolo 5: “*The twelve month threshold has given rise to abuses; it has sometimes been found that enterprises (mainly contractors or subcontractors working on the continental shelf or engaged in activities connected with the exploration and exploitation of the continental shelf) divided their contracts up into several parts, each covering a period less than twelve months and attributed to a different company which was, however, owned by the same group. Apart from the fact that such abuses may, depending on the circumstances, fall under the application of legislative or judicial anti-avoidance rules, countries concerned with this issue can adopt solutions in the framework of bilateral negotiations*”.

⁶⁴ OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, Parigi, 2015.

⁶⁵ “*Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention*”.

evitare la configurazione di una stabile organizzazione.

Per i Paesi che non prevedano il *Principal Purpose Test* o altre specifiche misure anti-abuso alternative da utilizzare contro lo *splitting up*, viene invece introdotta una regola automatica di aggregazione, a norma della quale il computo del *twelve months period* deve tener conto di talune circostanze. In particolare, se un'impresa conduce un'attività di costruzione o installazione all'estero durante uno o più periodi di tempo che, aggregati, eccedono i trenta giorni (ma non i dodicimesi) e nello stesso luogo di costruzione o di progetto di installazione sono svolte attività connesse per diversi periodi di tempo, ciascuno di ammontare superiore a trenta giorni, da una o più imprese strettamente correlate alla prima impresa⁶⁶, questi diversi periodi di tempo dovrebbero essere aggiunti al periodo di tempo in cui la prima impresa ha svolto la sua attività nel medesimo sito.

Tale regola, menzionata per ragioni di completezza, non sembra inficiare il tema della *digital company*, nemmeno indirettamente.

1.1.4. La logica delle proposte, tra contrasto all'abuso e ampliamento del collegamento territoriale.

Le proposte appena illustrate consentono di osservare che l'OCSE sembra essere andato ben oltre i propri originari intenti.

Come visto, le modifiche alla nozione di stabile organizzazione sono ispirate al dichiarato intento di prevenire gli abusi e si snodano nel solco di principi ben precisi. Da un lato, si intende attribuire agli Stati impositori strumenti efficaci per contrastare le pratiche elusive poste in essere dalle imprese; dall'altro, e correlativamente, si riconosce che le stesse imprese devono essere messe in condizione di poter operare in condizioni di certezza e prevedibilità, per porre in essere scelte consapevoli di investimento.

Sotto il primo profilo, che guarda agli Stati, l'operato dell'OCSE si è rivelato senz'altro efficace, ma a tratti sembra aver oltrepassato i limiti dell'approccio anti-abuso e aver, di fatto, ampliato la nozione di stabile

⁶⁶ In questo caso il concetto di "*closely related enterprise*" utilizzato dal Commentario è quello, già illustrato, di cui al paragrafo 8 dell'articolo 5. D. SANSONETTI, *Evoluzione del concetto di stabile organizzazione alla luce dell' "Action 7" BEPS*, in *Corriere Tributario*, n. 31, 2016, pag. 2457.

organizzazione. Tutte le modifiche intervenute, infatti, si risolvono in un "alleggerimento" dei limiti precedentemente posti alla soglia rappresentata dalla stabile organizzazione che, in esito ai predetti interventi, risulta ampliata nel suo ambito di applicazione, soprattutto in ragione della preferenza accordata ad una valorizzazione del sostrato economico, più che degli schemi giuridici, delle operazioni poste in essere dalle imprese, che favorisce l'imposizione nei *source State* piuttosto che nei *residence State*.

Più in dettaglio, la modifica all'interpretazione della *negative list* sembra, in un certo senso, consentire agli Stati di presumere che *nessuna* attività svolta dall'impresa non residente sia preparatoria o ausiliaria, rimettendo al contribuente straniero la prova contraria⁶⁷; allo stesso modo, l'introduzione dell'*anti-fragmentation rule* non sembra presupporre una frammentazione necessariamente artificiosa (e, quindi, priva di valide ragioni economiche), ma sembra consentire un'aggregazione automatica in tutti i casi in cui le attività siano frammentate, anche se detta frammentazione non sia ispirata da logiche elusive.

Ma la più manifesta deviazione dal concetto originale di stabile organizzazione è quella che verte sulla nozione di agente⁶⁸. La storia sottesa alla redazione dell'articolo 5 del Modello OCSE suggeriva infatti un'interpretazione letterale, cioè un approccio giuridico puro⁶⁹, in base al quale solo i contratti conclusi in nome del non residente (legalmente vincolato dall'attività dell'agente)

⁶⁷ R. BATHEJA, *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Article 5(3) and (4) of The OECD MC*, in D.W. BLUM, M. SEILER & M. LANG, *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386-387.

⁶⁸ V. DHULDHOYA, *International/OECD - The Future of the Permanent Establishment Concept*, in *Bull. Int. Tax.*, Volume 7, No. 4a/Special Issue, pubblicato online il 26 marzo 2018.

⁶⁹ H. PIIL, *Agency Permanent Establishments: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) – Part 1*, in *Bull. Intl. Taxn.*, 2013, p. 67; H. PIIL, *Agency Permanent Establishments: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) – Part 2*, in *Bull. Intl. Taxn.*, 2013, p. 2. L'autore ripercorre la storia della figura dell'agente indipendente nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, a partire dai lavori degli anni '20. In particolare, osserva che i primi trattati fiscali utilizzavano la locuzione "*in the name of*" nel contesto delle *agency-PE* e, quando questo termine è stato ulteriormente elaborato nei rapporti della Società delle Nazioni (1927-1946), è stato interpretato come "vincolante" per la società non residente. Le Nazioni Unite, nel lavoro del gruppo di esperti tra il 1968 e il 1980 su quello che divenne il modello delle Nazioni Unite (1980), intrapresero intense discussioni sul fatto che "in nome di" o "per conto di" fosse più appropriato, ma in ambedue i casi concordarono che fosse necessario un vincolo giuridico-formale tra l'agente e la società estera; questa tradizione, quasi un secolo fa, di "vingolo legale", quindi, sembra essere un serio impedimento rispetto ai tentativi, da parte delle autorità fiscali, di interpretare il termine "vincolante" al di là del suo uso tradizionale, e quindi in termini economici. La modifica recente ha, quindi, chiari effetti novativi, e non meramente interpretativi della nozione di stabile organizzazione.

potessero esprimere l'esistenza di una stabile organizzazione. La scelta dell'OCSE di optare per un approccio economico sembra dunque un chiaro *revirement*, in controtendenza con gli stessi approcci adottati dalla maggior parte degli Stati⁷⁰. Anche tale novella ha quindi, di fatto, ampliato la portata dell'originaria nozione di stabile organizzazione, favorendo la tassazione nel paese di origine. Le medesime considerazioni valgono rispetto al tema del *principal role*, *i.e.* del ruolo svolto dall'agente nella contrattazione, ovvero alla sua correlazione con il *principal*; anche in tal caso, l'approccio è chiaramente economico e altrettanto chiaramente volto ad ampliare la nozione di stabile organizzazione⁷¹.

Ma tutte le succitate modifiche consentono di trarre un'ulteriore considerazione. Sembra, infatti, che l'OCSE abbia "abbassato" la soglia della stabile organizzazione al punto che ora sembra potersi finanche integrare una *service-PE*⁷², priva di una soglia di rilevanza, precedentemente non consentita dalla convenzione⁷³, che può ora essere costituita dalla mera esecuzione di attività da parte di un agente dipendente, che non ha natura "preparatoria o ausiliaria", nello stato di origine e indipendentemente dal fatto che un agente concluda i contratti in nome dell'impresa o in proprio nome⁷⁴.

Sotto il secondo profilo, che guarda alle imprese, le soluzioni cui è pervenuta l'OCSE non sembrano guardare alla certezza del diritto e alla prevedibilità, da parte delle società, degli effetti fiscali delle proprie scelte. Già da

⁷⁰ Si veda la precedente nota n. 31.

⁷¹ Cfr. M.C. VILLAREAL REGALADO, *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Articles 5(5) and 5(6) of the OECD MC*, in D.W. BLUM, M. SEILER & M. LANG, *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386-387.

⁷² Si tratta di un chiaro esempio della crisi dell'economia dei beni e dell'avvento dell'economia dei servizi. Sul punto, si rinvia – per una panoramica generale della questione – a M. PIERRO, *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova. 2003.

⁷³ Una definizione di "service PE" è invece contenuta nell'articolo 5, paragrafo 3, lettera b), del modello di convenzione delle Nazioni Unite, che contiene una disposizione⁷³, non inclusa nel modello di convenzione OCSE, che definisce la *service permanent establishment* come il luogo in cui i servizi vengono forniti dall'azienda e che, secondo detti Paesi, non richiederebbe una presenza fisica dell'impresa, ma il mero "consumo" dei servizi medesimi. L'interpretazione è espressa anche da UNITED NATIONS, *Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Report on the tenth session, 2014*, in http://digitallibrary.un.org/record/787330/files/E_2014_45_E_C.18_2014_6-EN.pdf. Questa interpretazione, a volte indicata come "virtual service PE", è stata ufficialmente approvata in alcuni Stati, di cui meglio si dirà al Capitolo IV.

⁷⁴ V. DHULDHOYA, *International/OECD - The Future of the Permanent Establishment Concept*, in *Bull. Int. Tax.*, Volume 7, No. 4a/Special Issue, pubblicato online il 26 marzo 2018.

una prospettiva analitica, può osservarsi che alcune modifiche sono volte proprio a privare di efficacia alcune disposizioni che erano state introdotte al dichiarato fine di facilitare il commercio transfrontaliero: il riferimento è alla *negative list*, la cui valenza esplicativa dei casi di esclusione rispondeva proprio ad esigenze di certezza per gli operatori, oltre che per gli Stati; esigenza attualmente frustrata, attesa la necessità di interpretare ciascuna delle esclusioni alla luce dell'attività caratteristica delle imprese⁷⁵. Secondo alcuni, dal punto di vista dei “*fundamental principles of tax policy*”⁷⁶, il risultato raggiunto dall'Action 7, con riferimento alla *negative list*, rappresenterebbe un “*ribilanciamento del principio della certezza e semplicità (certainty and simplicity) a favore dell'equità tra nazioni (inter-nation equity)*”⁷⁷; tuttavia, da una prospettiva sistematica, non può non notarsi che tutte le modifiche apportate prediligono un approccio economico e casistico, così inevitabilmente incrementando le difficoltà di addivenire a soluzioni univoche e i rischi di controversie in relazione all'attribuzione del reddito.

E tali rischi, è bene sottolinearlo, non involgono solo i rapporti tra imprese e Stati, ma anche tra i diversi paesi impositori. Sfumare i confini della nozione di stabile organizzazione significa, infatti, non solo inficiare la certezza del diritto, ma anche rarefare i margini che delimitano l'attribuzione della potestà impositiva tra gli Stati della fonte e quelli della residenza; in mancanza di un accordo tra i Paesi impositori, che non traccino gli stessi confini impositivi, potrebbero di fatto annullarsi i benefici derivanti dalle convenzioni e potrebbe determinarsi quella doppia imposizione che le convenzioni sarebbero demandate a prevenire.

1.2. La *virtual permanent establishment*. Origini e evoluzione della

⁷⁵ M.C. VILLAREAL REGALADO, *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Articles 5(5) and 5(6) of the OECD MC*, in D.W. BLUM, M. SEILER & M. LANG, *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386-387.

⁷⁶ Si tratta dei principi di *neutrality, efficiency, certainty and simplicity, effectiveness and fairness, flexibility, stability* nel documento OECD, *A Report by the Committee on Fiscal Affairs, as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, “A Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce”*, Ottawa, 8 ottobre 1998.

⁷⁷ Il tema dell'equità è stato aggiunto ai principi di Ottawa dal *deliverable* del 2014 relativo all'Action 1 del BEPS, che così recita: “*Equity is also an important consideration within a tax policy framework*”, e l'equità va intesa come “*inter-nation equity*” (“*inter-nation equity is concerned with the allocation of national gain and loss in the international context and aims to ensure that each country receives an equitable shares of tax revenues from cross-border transactions*”). .Cfr. S. MAYR, B. SANTACROCE, *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, cit. p. 32.

proposta dell'OCSE.

1.2.1. Il discussion draft del 2014.

L'approccio anti-abuso su descritto si affianca ad un diverso approccio, espresso nell'Action 1, che affronta la problematica da una prospettiva completamente diversa, proponendo di rimeditare in radice le regole di allocazione del reddito tra Paesi⁷⁸.

La principale proposta che si inserisce in questo solco affronta il tema del *nexus* e si rinviene nel *discussion draft* del 2014, il primo documento rilasciato dall'OCSE in esito ai lavori concernenti la prima Action del progetto BEPS. La proposta mira ad introdurre *ex novo* un elemento idoneo a collegare l'impresa estera con il territorio dello Stato (impositore) della fonte, applicabile alle sole "*fully dematerialised digital activities*", intendendosi per tali⁷⁹ le attività dotate, a titolo esemplificativo⁸⁰, delle seguenti caratteristiche:

- 1) il *core business* dell'impresa dipende completamente o in misura considerevole da beni digitali o servizi digitali;
- 2) nessun elemento o attività "fisica" sono coinvolti nell'effettiva creazione e nella distribuzione dei beni o dei servizi, fatta eccezione per le attività concernenti l'uso o la manutenzione di server e siti Web o altri strumenti IT finalizzati alla raccolta, elaborazione e commercializzazione di dati di localizzazione;
- 3) i contratti sono generalmente conclusi a distanza, tramite internet o per telefono;
- 4) i pagamenti vengono effettuati esclusivamente tramite carte di credito o altri mezzi di pagamento elettronico, utilizzando moduli o piattaforme on-line collegati o integrati ai relativi siti web;
- 5) i siti Web sono l'unico mezzo utilizzato per entrare in relazione con

⁷⁸ In dottrina, non v'è chi non veda che tale approccio sia di gran lunga preferibile. A. MARTÍN JIMÉNEZ, *Preventing the Artificial Avoidance of PE Status*, United Nations Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014, p. 55, afferma che "*If drafted clearly and having administrability in mind, they are often much easier to apply that anti-avoidance rules or doctrines or transfer pricing legislation*".

⁷⁹ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, cit., box n. 8.1, p. 44.

⁸⁰ L'*incipit* dell'elenco che si rinviene nel box n. 8.1 del *discussion draft* chiarisce la natura esemplificativa e non esaustiva degli indici ivi contenuti, definiti come "*Potential elements of a test for when a fully dematerialised digital activity was conducted*".

l'impresa, che non è dotata di negozi o agenzie fisiche per lo svolgimento delle attività principali diverse dalle sedi situate nei Paesi della società madre o delle società operative;

6) tutti o la maggior parte degli utili sono relativi alla fornitura di beni o servizi digitali;

7) la residenza legale o fiscale e l'ubicazione fisica del venditore sono ignote al cliente e non influenzano le sue scelte;

8) l'uso effettivo dei beni digitali o dei servizi digitali non richiedono la presenza fisica o il coinvolgimento di un prodotto fisico diverso dall'uso di un computer, dispositivi mobili o altri strumenti IT.

La proposta, pertanto, non si rivolge a tutte le imprese, ma solo a quelle che *“non hanno bisogno di elementi fisici minimi nel market country per lo svolgimento delle loro attività principali, indipendentemente dal fatto che elementi fisici (come uffici, edifici o personale) possano essere presenti nel market country per svolgere funzioni secondarie”*⁸¹.

Analizzando questi criteri più in dettaglio, emergono le seguenti due caratteristiche principali⁸². In primo luogo, tutti gli otto possibili criteri, con la sola eccezione del settimo, sono basati su test oggettivi e non richiedono di prendere in considerazione alcun elemento soggettivo, il che consentirebbe di applicarli senza margini di opinabilità; in secondo luogo, tutti i criteri proposti presuppongono la completa mancanza di una presenza fisica nel *market country* come prerequisito per l'esecuzione di attività digitali completamente dematerializzate, ed anzi un criterio suggerisce addirittura che la semplice esistenza di un negozio fisico rende inapplicabile il ricorso alla presenza digitale. Peraltro, la performance di tali attività di business dematerializzate deve essere "il core business", l'impresa deve fare affidamento "completamente o in una parte considerevole" sui beni digitali, i pagamenti devono essere effettuati

⁸¹ Traduzione libera. Si riporta il testo originale: *“Focusing on “fully dematerialised digital activities” is intended to target only those businesses that require minimal physical elements in the market jurisdiction for the performance of their core activities, regardless of the fact that physical elements (such as offices, buildings, or personnel) may be present in the market jurisdiction to conduct secondary functions”* (così il *deliverable* del 2014 relativo all'Action 1, pag. 144).

⁸² D.W. BLUM, *Permanent establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative - The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bull. Int. Tax.*, 2015, p. 314 ss.

"esclusivamente" tramite carte di credito e i siti web devono essere "l'unico mezzo utilizzato" entrare in relazione con il cliente. Da ciò si evince che detti criteri non sono destinati a un gran novero di imprese, ma si rivolgono a quei soli modelli di business caratterizzati da una completa mancanza di presenza fisica e da un'interazione completamente digitalizzata con il cliente nella giurisdizione del mercato.

Quanto agli elementi di collegamento, l'OCSE propone di rinvenire una stabile organizzazione di tali imprese nel *market country* al ricorrere di talune condizioni, indicative di una sostanziale interazione continua con l'economia di detto Paese. Tali condizioni sono ancorate a elementi quali il numero di contratti totali conclusi a distanza, l'impegno attivo di un numero considerevole di utenti (ad esempio, il numero di *account* attivi nelle piattaforme, il numero di visitatori di siti Web) e il livello generale di consumo dei beni o servizi digitali dell'azienda nel *market country*. In dettaglio, gli indici della *presenza digitale significativa* sono i seguenti⁸³:

- la stipula a distanza di un numero significativo di contratti per la fornitura di beni o servizi digitali completamente dematerializzati e la corresponsione di altrettanti pagamenti;
- l'ampio consumo di beni o servizi digitali dell'impresa nel *market country*;
- l'esistenza di un ramo dell'impresa nel *market country*, destinato ad attività ausiliarie, quali marketing e consulenza, rivolte a clienti residenti nel *market country*.

Da altra prospettiva, un ulteriore elemento di collegamento potrebbe essere rappresentato dalla raccolta dei dati personali ottenuti mediante il monitoraggio regolare e sistematico degli utenti di Internet del *market country*, generalmente attraverso l'utilizzo di modelli di *business* multilaterali.

Tale proposta è sembrata, sin da subito, inidonea a rappresentare una valida soluzione e, peraltro, lascia aperte numerose questioni controverse, *in primis* la misura dei livelli di collegamento con lo stato della fonte e l'attribuzione dei

⁸³ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, cit., box n. 8.2, pag. 145.

profitti a quest'ultimo⁸⁴; pertanto, non ha mai trovato un seguito.

Come rilevato, la descritta proposta, facendo riferimento alle *fully digitalised activities*, è applicabile, in ipotesi, alle sole imprese che pongano in essere dette attività. Una sua variante, tuttavia, propone di sostituire la nozione di stabile organizzazione con quella di “*presenza significativa*” per tutte le imprese, destinato a rispondere alla natura mutevole delle relazioni con i clienti, presenza rappresentata da:

- i rapporti con clienti o utenti che si protraggono per oltre sei mesi, combinati con una certa presenza fisica nel *market country*, direttamente o tramite un agente dipendente;

- la vendita di beni o servizi mediante uno stretto rapporto con i clienti nel *market country*, attraverso (i) un sito web nella lingua locale, (ii) l'offerta di consegna da parte dei fornitori locali, (iii) l'utilizzo di servizi bancari e di altro tipo da fornitori nel *market country* o (iv) l'offerta di beni o servizi provenienti da fornitori nel medesimo Paese;

- la fornitura di beni o servizi ai clienti nel *market country* derivanti da – o che comportano la – raccolta sistematica di dati o il contributo di contenuti da parte di persone collocate nel *market country*.

Come subito si dirà, tale variante è stata ampiamente approfondita nei successivi lavori, di fatto soppiantando la precedente.

1.2.2. Il final report del 2015 e la consultazione del 2017.

La proposta su descritta è articolata ed approfondita nel *final report* del 2015, la cui riflessione si è arricchita dei commenti proposti, anche dalle imprese di settore, al *discussion draft* del 2014.

La prima variazione, solo apparentemente nominalistica, si ravvisa nella scelta semantica di abbandonare il riferimento alla “*significant digital presence*” e adottare la dicitura “*significant economic presence*”. La maggior parte dei commenti proposti dagli operatori del settore ha infatti fortemente criticato l'approccio dell'OCSE, ravvisandone la contrarietà ai tradizionali principi che

⁸⁴ Per un'analisi di tutte le criticità sollevate, si rinvia a D.W. BLUM, *Permanent establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative - The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bull. Int. Tax.*, 2015, p. 314 ss.

informano la fiscalità internazionale⁸⁵, l'ambiguità rispetto alla differenziazione tra operazioni B2B e B2C⁸⁶ e la complessità di applicazione⁸⁷. I profili problematici maggiormente sottolineati consistono nella contrarietà della nozione rispetto ai principi di neutralità fiscale che genera il rischio di “ring-fencing”⁸⁸, attesa la sua applicabilità unicamente alle imprese che svolgono una specifica attività⁸⁹, e l'inconferenza rispetto agli scopi del progetto BEPS, nella misura in cui essa non ha funzione antielusiva, ma strutturale⁹⁰. Alcuni commenti hanno inoltre evidenziato la circostanza che detta nozione riposi su logiche diverse da quelle attualmente sottese alla funzione della stabile organizzazione, soprattutto perché essa “goes against principles that value is created where a product is created not simply by a market for that product”⁹¹.

Recependo solo parzialmente i commenti proposti, il *final report* del 2015 riferisce la nuova nozione di stabile organizzazione alla “*significant economic presence*” e non più alla “*digital presence*”, proponendo tuttavia un'opzione ancora volta a creare una presenza imponibile sulla base di fattori non molto dissimili da quelli che giustificavano la “*significant digital presence*” del *discussion draft*: si tratta di fattori che, nell'opinione dell'OCSE, sono infatti comunque indicativi della “*partecipazione [dell'impresa] alla vita economica di*

⁸⁵ È questa la posizione del Banking and Finance Company Working Group on BEPS; cfr. OECD, *Comments received on public discussion draft. Beps Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, 16 aprile 2014, p. 28.

⁸⁶ Come sottolineato da BIAC, *The voice of OECD Business*; cfr. OCSE, *Comments received on public discussion draft. Beps Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, 16 aprile 2014, p. 47.

⁸⁷ Lo sottolinea SKI, cfr. OCSE, *Comments received on public discussion draft. Beps Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, 16 aprile 2014, p. 88.

⁸⁸ Si consideri che il verbo *ring-fence*, nei commenti al *discussion draft*, compare oltre 40 volte e sta ad indicare la selettività della misura.

⁸⁹ Lo sottolineano oltre 60 commenti. Per tutti, Business Europe esprime una posizione molto netta: “*We firmly oppose the option to establish an alternative nexus for businesses to address situations in which businesses are conducted wholly digitally. This is, in our opinion, contrary to the conclusion in the Draft that the digital economy cannot be ring-fenced and would create great uncertainty on practise. Furthermore, an action that would differentiate wholly digital activities from other activities would be contrary to the neutrality principle in the Ottawa Framework*”. Cfr. OCSE, *Comments received on public discussion draft. Beps Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, 16 aprile 2014, p. 95.

⁹⁰ BIAC, *The voice of OECD Business*, sottolinea che “*BEPS is intended to address artificial profit shifting. If the income is attributable to actual activities that have moved out of the jurisdiction, then the profit shifting is not artificial and there is no BEPS issue*”.

⁹¹ Così Chartered Institute of taxation, in OCSE, *Comments received on public discussion draft. Beps Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, 16 aprile 2014, p. 114.

un Paese”⁹². Scompare il riferimento alle “*fully dematerialised activities*”, di talchè la nuova nozione sembra investire tutte le imprese, a prescindere dal loro *core business*.

Il primo fattore individuato quale elemento di collegamento è basato sul livello dei ricavi. Tale fattore è riferito alle transazioni digitali concluse con i clienti nazionali attraverso la piattaforma digitale di un'azienda, laddove la conclusione del contratto si basi principalmente su sistemi automatici. Come la stessa OCSE sottolinea⁹³, questo approccio tratterebbe le transazioni digitali remote in modo diverso dalle transazioni per corrispondenza (si pensi agli acquisti effettuati per mezzo di cataloghi) e telefoniche (si pensi alle vendite tramite *call center*), con la conseguenza che potrebbe indurre le imprese ad instradare i clienti, contattati con mezzi digitali, a concludere le transazioni con mezzi diversi da questi ultimi (si pensi ad un sito web che consenta unicamente di visualizzare i prodotti e direzioni i clienti verso un call center per eseguire l'acquisto finale). L'OCSE si pone, quindi, un problema di neutralità, nella misura in cui contribuenti in situazioni analoghe sarebbero trattati diversamente, e un connesso problema di – potenziale – abuso da parte delle imprese.

Il descritto fattore risulterebbe integrato solo al sussistere di determinati livelli di ricavi, commisurati anche alla dimensione del mercato del Paese del consumo, sufficientemente elevati sì da ridurre al minimo l'onere amministrativo per le amministrazioni fiscali e i livelli di incertezza per i contribuenti. Dovrebbe inoltre essere applicato (in via di presunzione relativa, superabile dal contribuente) sulla base dell'intero gruppo di imprese, per evitare qualsiasi rischio di frammentazione artificiale dell'attività di vendita a distanza con clienti dello stesso Paese tra diverse entità correlate.

Sotto il profilo amministrativo, l'OCSE prende atto della difficoltà di identificare e misurare le attività di vendita a distanza dell'impresa non residente e suggerisce di introdurre un sistema di registrazione obbligatorio per tali imprese,

⁹² OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, Parigi, 2014, p. 110.

⁹³ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, cit., pag. 107.

sulla base di quanto previsto per alcune imposte indirette⁹⁴.

Il secondo fattore assunto quale elemento di collegamento è basato sulle “attività digitali”. Indici della *significant economic presence* sarebbero l'esistenza di un nome di dominio locale (il tipico “.it” in Italia), che assumerebbe la funzione di “vetrina”, una piattaforma digitale locale, che utilizzi la lingua locale e che rifletta il contesto commerciale del *market country*, la possibilità di pagare in valuta locale e con *format* di pagamento (si pensi all'applicazione delle imposte indirette dovute) tipico del *market country*.

Il terzo fattore è invece basato sugli *users*, fa riferimento al numero di utenti attivi mensili sulle piattaforme dell'impresa e richiede metriche dettagliate da sviluppare in collaborazione con le imprese e con appositi esperti tecnici allo scopo di misurare tali utenti in maniera affidabile e veridica, evitando di includere nel conteggio gli *account* fraudolenti. Il medesimo fattore include:

- la regolare conclusione dei contratti nello Stato, effettuata senza la necessità dell'intervento di personale locale o agenti dipendenti;
- i dati raccolti dagli utenti e dai clienti che abitualmente risiedono in quel paese. L'attenzione, sottolinea l'OCSE⁹⁵, si concentrerà sull'origine dei dati raccolti, indipendentemente dal luogo in cui essi vengano successivamente memorizzati ed elaborati (tipicamente i *data center*). Per dati si intenderanno sia i dati personali, sia i contenuti creati dall'utente, come le recensioni di prodotti e le cronologie di ricerca. Tuttavia, la stessa OCSE riconosce che, il volume dei dati raccolti (e memorizzati) dagli utenti in un Paese potrebbe non riflettere

⁹⁴ Si pensi al *Mini One Stop Shop*. Il primo gennaio 2015 è, infatti, entrato in vigore lo speciale regime denominato “*Mini One Stop Shop*”, anche noto con l'acronimo “MOSS”, che trova applicazione con riguardo ai c.d. servizi “TBES” (*Telecommunication, Broadcasting and Electronic Services*), e cioè i servizi di telecomunicazione e di tele-radiodiffusione, nonché quelli forniti per via elettronica elencati nell'Allegato II della Direttiva 2006/112/CE. Con riferimento a tali servizi, i prestatori dovranno applicare l'IVA del Paese di destinazione in cui è stabilito il committente, ove quest'ultimo sia un privato consumatore (c.d. servizi “B2C”), in deroga al criterio generale di localizzazione dei servizi B2C nel Paese del prestatore. I prestatori di servizi non saranno tuttavia obbligati a identificarsi in tutti gli Stati in cui effettuano le operazioni Iva, in quanto il MOSS, per ragioni di semplificazione, consente loro di trasmettere le dichiarazioni Iva trimestrali (ed effettuare i versamenti) nell'unico Stato in cui sono stabiliti; quest'ultimo, poi, trasferirà automaticamente le risorse incamerate a tutti gli Stati membri in cui risiedono i consumatori. Per un approfondimento, si veda P. CENTORE, *Mini "One Stop Shop"(Moss): Un Passo Avanti Verso Il Regime Iva Definitivo*, in *Fiscaltà e commercio internazionale*, 2014, p. 13.

⁹⁵ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, cit. p. 110.

necessariamente un contributo effettivo ai profitti generati dall'impresa non residente, poiché il valore dei dati grezzi è piuttosto incerto e particolarmente volatile⁹⁶.

Da ultimo, l'OCSE suggerisce di adottare una combinazione dei tre fattori succitati, al fine di adottare una “*misura appropriata della partecipazione alla vita economica di un Paese*”⁹⁷.

Nel 2017, l'OCSE ha riaperto la consultazione sul tema, prendendo delle posizioni ben più chiare di quelle esposte negli anni addietro.

Da un lato, ha espressamente riconosciuto che “*it would be difficult, if not impossible, to ‘ring-fence’ the digital economy from the rest of the economy for tax purposes because of the increasingly pervasive nature of digitalisation*”. L'economia digitale non è, infatti, un settore dell'economia, ma piuttosto un modo di atteggiarsi dell'attività di impresa: tutti i settori possono, in misura più o meno penetranti, digitalizzare alcune o tutte le fasi dell'attività.

Dall'altro, ha affermato che, nonostante l'economia digitale acuisca il rischio di abuso, che la stessa OCSE auspica di aver risolto con l'intera Action Plan⁹⁸, la digitalizzazione pone sfide che vanno al di là del tema dell'erosione delle basi imponibili e che investono la struttura stessa della fiscalità internazionale. Prende atto delle misure proposte, tra cui quella relativa alla

⁹⁶ L'OCSE suggerisce di associare tale elemento a test di proporzionalità, per verificare se il volume di contenuti digitali raccolti supera una percentuale del contenuto digitale complessivo memorizzato dell'azienda. OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, cit., p. 110.

⁹⁷ Come osservato da D.W. BLUM, *Permanent establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative - The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bull. Int. Tax.*, 2015, p. 314, qualsiasi modifica della definizione di stabile organizzazione in vigore dovrebbe essere intrapresa con attenzione, non solo ai fini della regola distributiva dell'articolo 7 del modello OCSE, ma anche per le regole distributive degli articoli 6, 10, 11, 12, 13 e 15 nonché gli articoli 22 e 24 (3) del Modello OCSE (nello stesso senso, K. VOGEL, *Vor Art 10.-12 mn 30 et seq. and Art 10 mn 30 et seq.*; R. PÖLLATH - A. LOHBECK, *Art 11 mn 88 et seq.*, ambedue in *Doppelbesteuerungsabkommen*, in VOGEL et al. eds. C.H. Beck 2008; K. DZIURDŹ, *Article 15 of the OECD Model: The 183-Day Rule and the Meaning of “Borne by a Permanent Establishment”*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2013, p. 66). La nuova disposizione dovrebbe pertanto essere testata rispetto alla sua capacità di adattarsi al sistema dei trattati già esistente. Secondo l'autore, l'approccio più prudente sarebbe: (1) inserire le disposizioni proposte nell'articolo 5 del Modello OCSE, ma limitare la loro rilevanza esplicitamente all'applicazione dell'articolo 7; (2) inserire la nuova definizione di nexus direttamente nell'articolo 7 del Modello OCSE stesso, lasciando invariata la disposizione PE nell'articolo 5; o (3) inserire un nuovo articolo nel modello OCSE che stabilisca una nuova regola distributiva rispetto al reddito derivante da attività digitali, che prevalga sull'articolo 7 in quanto *lex specialis*.

⁹⁸ In particolare, l'OCSE sottolinea che le “*BEPS Actions 3, 6, 7 and 8-10, would substantially address the BEPS issues exacerbated by digitalisation*”.

“*significant economic presence*”, ma ne sconsiglia l'adozione agli Stati.

Il nuovo mandato all'OCSE, che ha lanciato una consultazione pubblica sul tema, trova fonte in una prospettiva di sviluppo e in una esigenza di rimedio. Da un lato (e qui lo sviluppo), gli Stati hanno rinnovato le intenzioni di addivenire ad una scelta condivisa per porre le basi di una tassazione equa dell'economia digitale⁹⁹; dall'altro (e qui il rimedio), alcuni Paesi hanno introdotto misure unilaterali e prive di coordinamento tra loro, che impongono un immediato intervento internazionale¹⁰⁰.

1.2.3. La logica delle più recenti proposte e l'esigenza di modificare il criterio di collegamento ai fini dell'imposizione reddituale.

Le misure su descritte dimostrano chiaramente l'esigenza, avvertita dall'OCSE¹⁰¹, di pervenire a un diverso criterio di collegamento dei redditi con gli Stati impositori¹⁰²; in dottrina, non v'è chi non veda che il nuovo criterio di

⁹⁹ Nel luglio 2017, il *summit* del G20 di Amburgo ha rinnovato il supporto al lavoro dell'OCSE sulla fiscalità dell'economia digitale (G20 Leader's declaration, *Shaping an interconnected world*, 7/8 luglio 2017, Amburgo, ove si legge che “*We are also working on enhancing tax certainty and with the OECD on the tax challenges raised by digitalisation of the economy*”, pag. 7). Ma già in precedenza, la richiesta era stata prospettata dal G20 finanziario di Baden-Baden del marzo 2017, ove è stato affermato che “*As part of the BEPS project, we have undertaken a discussion on the implications of digitalisation for taxation in the OECD Task Force on the Digital Economy (TFDE). We will further work on this issue through the TFDE and ask for an interim report by the IMF and WBG Spring Meetings 2018*” (*Communiqué – G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting*, Baden Baden, 17/18 marzo 2017). Ancora, al G7 finanziario di Bari del maggio 2017, i ministri hanno affermato che “*We remain committed to work for globally fair and modern tax systems and to achieve a global level playing field for all engaged in economic activities. To this end, timely, consistent and widespread implementation of the G20/OECD BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) package is crucial. We encourage all relevant and interested countries and jurisdictions to commit to implement the BEPS package and join the G20/OECD Inclusive Framework on BEPS. We look forward to the first signing on 7th June 2017 of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS. We recognise the importance of monitoring and evaluating the developments related to the digitalization of the economy, and, depending on conclusions of the work by the OECD Task Force on the Digital Economy (TFDE), developing policy options, as appropriate, to address related tax challenges with a consistent approach. In this context, we look forward to the interim report of the OECD TFDE in 2018. We support the work of the OECD and the IMF on Tax Certainty*” (*Communiqué – G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting*, Bari, 12/13 maggio 2017).

¹⁰⁰ Ministri delle finanze di Francia, Germania, Italia e Spagna, *Political Statement. Joint Initiative on the taxation of companies operating in the digital economy*, Tallin, 7 settembre 2017.

¹⁰¹ Sulla contestualizzazione dell'Action 1 nel contesto del progetto BEPS, si veda P.A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach*, in *Intertax*, 2018, p. 278.

¹⁰² Si noti che tale approccio era stato già esplorato nel Report del 2003 (OECD, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce? – Final Report*, 2003), ma era stato ritenuto prematuro. Sembra significativo sottolineare che, in quel Report,

collegamento “*potentially represents the future of the PE concept*”¹⁰³. Si tratta di un'esigenza che impone tuttavia di sovvertire non solo il dettaglio delle norme attuali, ma in radice lo stesso *theoretical framework* sotteso alla tradizionale nozione di stabile organizzazione¹⁰⁴, di fatto addivenendo a “*a new dimension for the sourcing theory*”¹⁰⁵.

La nozione proposta, infatti, valorizza dichiaratamente il “*collegamento con la vita economica di un Paese*”, collegamento che rinvie in elementi di assoluta novità. Da un lato, ancorando il collegamento ad una soglia di fatturato, si affida al mero *consumo* di beni e servizi una funzione indicativa di tale partecipazione, contravvenendo diametralmente alle logiche che hanno ispirato le convenzioni bilaterali che, sin dagli albori, hanno respinto tale prospettiva¹⁰⁶; dall'altro, introducendo fattori del tutto nuovi, quali quelli riferiti alla partecipazione degli utenti, si tenta di valorizzare elementi indicativi della “*creazione del valore*”

l'OCSE aveva chiaramente affermato, al par. 36, che i tempi non erano maturi per una rimodulazione della potestà impositiva degli Stati in quanto internet non aveva causato “*a significant decrease to the tax revenues of capital importing countries*”.

¹⁰³ V. DHULDHOYA, *International/OECD - The Future of the Permanent Establishment Concept*, in *Bull. Int. Tax.*, Volume 7, No. 4a/Special Issue, pubblicato online il 26 marzo 2018.

¹⁰⁴ È invalso in dottrina l'uso di assimilare l'imposizione internazionale ad una *pie* che deve essere equamente ripartita (*shared*) tra gli Stati. E. E. LOPEZ, *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, in *Intertax*, 2015, p. 6, afferma che “*The troublesome coexistence of these realities has resulted in two fundamental concerns2 that are contemplated in the BEPS report: (a) Erosion of the worldwide tax base (size of the pie) [...]; (b) Tax jurisdiction over the worldwide tax base (share of the pie)*”. Nello stesso senso, cfr. A. COCKFIELD, W. HELLERSTEIN, R. MILLAR, C. WAERZEGGERS, *Taxing Global Digital Commerce*, Amsterdam, 2013, p. 462; M. F. DE WILDE, *'Sharing the pie'; Taxing multinationals in a global market*, Rotterdam, 2015; S. CIPOLLINA, *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356.

¹⁰⁵ Così P. HONGLER, P. PISTONE, *IBFD Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, cit., p. 12. La proposta suggerisce di introdurre un nuovo paragrafo all'art. 5 del modello OCSE, nel quale si prevede che se un'impresa residente in uno Stato contraente fornisce accesso a (ovvero offre) un'applicazione elettronica, una banca dati, un *market* online o un servizio di *storage* ovvero offre servizi pubblicitari su un sito Web o un'applicazione elettronica utilizzata da oltre 1.000 singoli utenti al mese domiciliati in nell'altro Stato contraente, si considera che tale impresa abbia una stabile organizzazione nell'altro Stato contraente se l'importo totale delle entrate dell'impresa dovuto ai servizi summenzionati nell'altro Stato contraente supera una certa soglia di valore all'anno. Si riporta il testo originale: “*If an enterprise resident in one Contracting State provides access to (or offers) an electronic application, database, online market place or storage room or offers advertising services on a website or in an electronic application used by more than 1,000 individual users per month domiciled in the other Contracting State, such enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in the other Contracting State if the total amount of revenue of the enterprise due to the aforementioned services in the other Contracting State exceeds XXX (EUR, USD, GBP, CNY, CHF, etc.) per annum*”.

¹⁰⁶ Si ricordi che, negli anni '20, gli Stati Uniti adottavano tale criterio di collegamento, che tuttavia fu espressamente respinto in quanto ritenuto troppo generico. Cfr. Capitolo I.

indicativi di una *source* che, comunque, non rientrano in quelli attualmente rilevanti quali criteri di collegamento.

È indubitabile che la stabile organizzazione sia il frutto di un compromesso, raggiunto quando le imprese non potevano prescindere da una presenza fisica nel *market country*, e non certo un principio ineludibile che ha assunto carattere consuetudinario¹⁰⁷; tuttavia, è altrettanto noto che tale compromesso ha privilegiato dichiaratamente la tassazione alla residenza e relegato alla tassazione fonte un carattere residuale e ben delineato.

Sembra, quindi, che la descritta posizione dell'OCSE tenti di valorizzare quelle teorie già esplorate agli albori della discussione sulla fiscalità internazionale, *i.e.* la *sourcing theory* e la *benefit theory*¹⁰⁸ che, come visto¹⁰⁹, hanno conosciuto un declino nel corso del XX secolo, ma che sono tuttavia chiaramente sottese alle riflessioni dell'OCSE.

In dettaglio, giova sottolineare che la prima si fonda sul presupposto che gli Stati possono avocare l'imposizione rispetto alle attività che *producono* reddito nel loro territorio, in esito allo sfruttamento del territorio medesimo. Evoca quindi quel concetto di *produzione* e *creazione* del reddito e, nella rinnovata accezione, può giustificare l'inclusione, tra i fattori della produzione, dell'apporto degli utenti e dei dati che, ove partecipino alla produzione del reddito, consentono allo Stato di avocare su quel reddito la propria potestà impositiva. Si tratta di una posizione sostenuta in dottrina¹¹⁰ e che, nel contesto dell'economia digitale, assume valenza nella misura in cui tale componente diventa effettivamente determinante nella creazione del valore dei prodotti e servizi forniti dalle imprese.

La seconda, di cui la già descritta *economic allegiance* rappresenta una declinazione, si fonda invece sul presupposto che gli Stati possono avocare l'imposizione rispetto ai benefici concessi alle imprese, in termini di servizi offerti. In questa prospettiva, il dialogo Stato ospitante-impresa ospite si risolve i

¹⁰⁷ Come del resto dimostra la circostanza che non si tratta di un concetto universalmente riconosciuto e condiviso. Cfr. P. PISTONE, *General Report*, in M. LANG, *The Impact of OECD and UN Model Convention on Bilateral Tax Treaties*, Londra, 2012, p.13.

¹⁰⁸ Le medesime teorie sono richiamate da P. HONGLER, P. PISTONE, *IBFD Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, cit., p. 12.

¹⁰⁹ Capitolo II.

¹¹⁰ Per tutti, si veda E. KEMMEREN, *Source of income in globalising economies. Overview on the issue and a plea for an origin-based approach*, in *Bull. Int. Tax.*, 2006, p. 430.

un rapporto *qui-pro-quo*, nel quale il primo offre servizi alla seconda che le consentono di produrre ricavi o ridurre costi e le impongono la contribuzione alle pubbliche spese.

Su tali principi, la proposta tenta di attribuire la potestà impositiva di uno Stato valorizzando due diverse logiche.

La prima, e più manifesta, logica guarda al luogo in cui viene *creato il valore* nonché al luogo che fornisce all'impresa quelli *benefici* da intendersi come infrastrutture, tipicamente di rete, che le consentono di offrire beni e servizi: è a questa logica che devono quindi essere ricondotti i singoli elementi di collegamento proposti¹¹¹. Anche le più note declinazioni dottrinali della proposta dell'OCSE valorizzano tali considerazioni; in dottrina¹¹², si sottolinea in particolare che la scelta di ancorare l'imposizione al numero di utenti è in linea con la *benefit theory*, nonché maggiormente espressiva del valore aggiunto dei servizi, e non del loro mero consumo. Per migliorare la valenza del collegamento, si propone altresì di commisurare tale criterio alla quantità di tempo trascorso dagli utenti su una specifica piattaforma online, che si tratti di un sito Web o di un'applicazione elettronica, poiché ciò indicherebbe il livello di utilizzo dell'infrastruttura in una giurisdizione specifica, e quindi il *benefit* ottenuto dall'impresa. Sulla stessa linea si pone la proposta di ancorare il collegamento ai dati raccolti, non mancando di segnalare la difficoltà di misurazione di tale elemento di collegamento¹¹³.

¹¹¹ È questo il nucleo fondamentale delle riflessioni internazionali. Come pure osservato da E. E. LOPEZ, *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, cit., p. 6, “*the fundamental question that needs to be addressed when dividing the tax base over international income in a tax treaty is under which circumstances and to what extent the source country should be permitted to tax the income that the non-resident entity derives from its investment therein. According to the aforementioned principles, the answer should take into consideration the level of involvement of the non-resident entity in the economic life of the host state, which serves as an indicator to measure the degree of enjoyment of benefits provided by the aforementioned state*”.

¹¹² P. HONGLER, P. PISTONE, *IBFD Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, cit., p. 12.

¹¹³ La nuova definizione di stabile organizzazione opererebbe solo nei confronti di imprese che prestano servizi digitali, escludendo dichiaratamente il c.d. e-commerce indiretto (*i.e.* la vendita di beni a distanza). Si pone, quindi, il menzionato problema del *ring-fencing*, *i.e.* del trattamento differenziato di talune società ai fini del trattamento dei redditi transnazionali; la soluzione di tale problematica è affidata all'introduzione delle soglie che non sono ancorate, diversamente da quanto si legge nel *deliverable* del BEPS, alla circostanza che le imprese svolgano o meno attività *fully dematerialised*. Si ricordi che il *deliverable* del 2014 definiva le *full dematerialised activities* secondo i seguenti attributi:

In questa prospettiva, la soglia di reddito non sembra assumere la funzione di elemento di collegamento *ex se*, ma sembra piuttosto rispondere a logiche di semplificazione, mirando ad evitare una eccessiva frammentazione del reddito nei diversi Paesi, soprattutto per le piccole e medie imprese¹¹⁴.

Tuttavia, non v'è chi non veda¹¹⁵ che le proposte dell'OCSE sottendano anche una seconda, e meno palese, logica che non guarda al dialogo tra *residenza e fonte*¹¹⁶, bensì tra *origine e destinazione*.

-
- (1) *The core business of the enterprise relies completely or in a considerable part on digital goods or digital services.*
 - (2) *No physical elements or activities are involved in the actual creation of the goods or of the services and their delivery other than the existence, use, or maintenance of servers and websites or other IT tools and the collection, processing, and commercialisation of location-relevant data.*
 - (3) *Contracts are generally concluded remotely via the Internet or by telephone.*
 - (4) *Payments are made solely through credit cards or other means of electronic payments using on-line forms or platforms linked or integrated to the relative websites.*
 - (5) *Websites are the only means used to enter into a relationship with the enterprise; no physical stores or agencies exist for the performance of the core activities other than offices located in the parent company or operating company countries.*
 - (6) *All or the vast majority of profits are attributable to the provision of digital goods or services.*
 - (7) *The legal or tax residence and the physical location of the vendor are disregarded by the customer and do not influence its choices.*
 - (8) *The actual use of the digital good or the performance of the digital service do not require physical presence or the involvement of a physical product other than the use of a computer, mobile devices or other IT tools.*

La proposta qui esaminata non si allinea a tali criteri disconoscendone alcuni, quali quelli elencati *sub n. 1 e 4*.

¹¹⁴ La proposta non è esente da critiche, nella misura in cui non sembra armonizzarsi con le altre forme di imposizione, in quanto esclude le imprese che abbiano sul territorio una stabile organizzazione "classica", pur potendo anch'esse avere una presenza digitale, e richiede l'elaborazione di criteri di attribuzione del reddito diversi da quelli che tradizionalmente si attagliano alle stabili organizzazioni. Come osserva G. FRANSONI, *op. ult. cit.*, "il criterio proposto - in sostanza quello del *profit split* - ha certamente una sua autonoma validità, ma non in connessione alla nozione di stabile organizzazione. La nozione di stabile organizzazione, nell'attuale sistema, richiede criteri di determinazione del reddito idonei a misurare un livello di partecipazione alle pubbliche spese coerente con il (e proporzionato al) livello di presenza nello Stato estero denotato dalla esistenza della medesima stabile organizzazione. Viceversa, il criterio del *profit split* è fondato su presupposti del tutto diversi e incompatibili con questa logica. La proposta di adottarlo si risolve, quindi e in definitiva, in una conferma della grande difficoltà di pervenire a modelli di tassazione dell'economia digitale basati sulla nozione tradizione di stabile organizzazione". Nondimeno, essa fornisce utili spunti per esaminare trasversalmente le logiche che permeano l'intera riflessione sul tema. Innegabilmente, la proposta conferma le intenzioni diffuse di rinvenire nelle nuove dinamiche economiche elementi di creazione del valore altrettanto nuovi, che correttamente riconduce agli utenti, e non ai consumatori; del pari, riflette l'intenzione diffusa di strutturare l'imposizione secondo logiche di beneficio, che invece hanno valenza residuale nelle fondamenta dell'attuale struttura fiscale internazionale.

¹¹⁵ M. DE WILDE, *Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are So Hard to Pin Down*, in *Intertax*, 2015, p. 796.

¹¹⁶ K. VOGEL, 'State of Residence' may as well be 'State of Source' – There is No Contradiction, in *Bull. Intl. Taxn.*, 20056, p. 420, afferma che la residenza, nella misura in cui è

Giova premettere che, nel tempo, gli economisti hanno esaminato l'allocazione dei redditi da due diverse prospettive¹¹⁷. Alcuni hanno fatto leva sul collegamento al territorio dello Stato dal punto di vista dell'*offerta* del servizio (c.d. *supply approach*), valorizzando ora i singoli fattori di produzione del reddito, ora i benefici concessi dagli Stati per produrre quel medesimo reddito. Altri hanno proposto di valorizzare l'interazione tra l'*offerta* e la *domanda* (c.d. *demand approach*), così conferendo rilevanza anche al *market country* per il sol fatto che ivi è collocata la domanda stessa¹¹⁸. Il primo approccio è tuttavia prevalso¹¹⁹, anche perché ritenuto più agevole da applicare.

La nuova prospettiva dell'OCSE sembra quindi prendere in considerazione non solo il luogo in cui convergono capitale e lavoro (il paese di origine), come avviene attualmente per gli utili delle imprese nel diritto tributario, ma anche il luogo in cui beni e servizi sono effettivamente venduti o forniti (il paese di destinazione)¹²⁰; in tal caso, la soglia di reddito non ha funzione di semplificazione, bensì di allocazione stessa della potestà impositiva. L'impostazione parte dal presupposto che il profitto è un importo, espresso in un'unità monetaria, privo di alcuna caratteristica geografica intrinseca¹²¹, con la conseguenza che può – anche arbitrariamente – prescegliersi di assoggettarlo ad

ancorata al *place of effective management*, può ben essere considerata una “fonte”, se non si considera il tema della responsabilità fiscale limitata o illimitata.

¹¹⁷ OECD, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce? – Final Report*, 2003, p. 14.

¹¹⁸ In dottrina, molti autori condividono tale approccio. Si veda, sul punto, A. SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Boston, 1991, p. 23, ove afferma che “*It may for example be justifiable to include in the concept of income source not only the country where the product is physically produced but also the country where the commercial need for the product is originated*”. Sul punto, anche K. VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, in *Intertax*, 1988, p. 393, afferma che “*States have claimed to tax income received from sales to their residents reasoning that this income would not have been earned without the market they provide*”. Nello stesso senso, R. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, in *Harvard L. Rev.*, 2000, p. 1573.

¹¹⁹ A. SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Boston, 1991, p. 72. Già al tempo, l'Autore aveva previsto che, atteso l'avvento del World Wide Web, la nozione di Stabile organizzazione sarebbe entrata in crisi. Nell'Opera, aveva infatti già affermato che “*Rather than protecting the tax base in the source state, the PE principle today has become instrumental in ensuring avoidance of sourcestate taxation for some economically important business operations*”.

¹²⁰ Tale elemento di collegamento era già stato esplorato nel 2003 (OECD, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce? – Final Report*, 2003, pag. 14), ma espressamente scartato.

¹²¹ M. J. MCINTYRE, *The Use of Combined Reporting by Nation-States*, in B.J. ARNOLD (a cura di), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Londra, 2003, p. 253.

imposizione nello Stato in cui avviene l'offerta, *i.e.* nel *market country*. La scelta mira a strutturare l'imposizione diretta non dissimilmente da quanto accade per le imposte sui consumi, assurgendo però il consumo non a presupposto impositivo, ma a mero criterio di allocazione; sembra, peraltro, corretto ritenere che tali teorie possano rinvenire nuovo vigore alla luce del rinnovato ruolo dei consumatori, non più passivi fruitori di beni e servizi, ma attivi compartecipi alle dinamiche aziendali¹²². Si tratta peraltro di un profilo che, come si avrà modo di rilevare, è sotteso a molteplici proposte domestiche¹²³.

La soluzione che verte nel senso del *destination based approach* prende inoltre le mosse dalla consapevolezza che più globale diventa il mercato, più i fattori di produzione diventano mobili, più elastica è la base imponibile, con il conseguente rischio di differenziare eccessivamente le aliquote fiscali effettive in ragione della sempre maggiore libertà di localizzare gli investimenti in Paesi a (più) bassa fiscalità; quest'impostazione azzererebbe la variabile fiscale sulla gestione di tali fattori, promuovendone quindi l'efficienza¹²⁴.

Ambedue le su descritte logiche lasciano, tuttavia, aperti molteplici dubbi. Il

¹²² Sulle teorie relative al *prosumerismo*, si rinvia al Capitolo 1.

¹²³ M. F. DE WILDE, *'Sharing the pie'; Taxing multinationals in a global market*, Rotterdam 2015, rileva che esistono sistemi di questo tipo negli Stati Uniti e in Canada. In quest'ultimo Stato, in cui la base imponibile è ripartita per le province per il 50% facendo riferimento a un "*sales factor*" basato sul mercato e per il 50% sulla base di un "*payroll factor*". Di particolare interesse appare, a tal fine, la sentenza del 1993 della Corte suprema della Carolina del Sud nel caso *Geoffrey Inc. v. South Carolina Tax Commission* (Supreme Court of South Carolina, *Geoffrey Inc. v. South Carolina Tax Commission*, 437 S.E. 2d 13 (1993)). Il caso riguardava il titolare di un marchio, *Geoffrey Inc.*, stabilito nello stato americano del Delaware, che aveva concesso in licenza il suo marchio "Us" R "Us" alle sue affiliate nella Carolina del Sud in cambio di pagamenti di canoni. La Carolina del Sud ha richiesto il pagamento dell'imposta sulla base della sua "*presenza intangibile*" in questo stato. La Corte Suprema ha osservato che, per quanto riguarda il *nexus* ai fini fiscali dello stato della Carolina del Sud, "... *the real source of Geoffrey's income is (...) South Carolina's (...) customers...*". Ha così individuato il criterio di collegamento (e, prima ancora, la fonte di quel reddito) nei consumatori. Si tratta di proposte che riposano sul presupposto che, comunque, i trattati multilaterali offrono espressioni di tassazione *destination-based*, come quella prevista per i marchi e i brevetti. Sul punto, si veda anche M. LAMBOIJ, *Chapter 13: Netherlands: Nexus for Purposes of Imposing Corporate Income Tax*, in *Global E-Business Law & Taxation*, Londra, 2009, p. 215.

¹²⁴ Tale dottrina sottolinea la similarità tra questo approccio e quello adottato in materia di IVA, ma sul punto chiarisce che "*Just like in VAT, the 'crowning glory' of all taxes and praised for its inelasticity and ability to promote neutrality. That would not transform profit taxes into a form of VAT, however.33 Just like VAT is not transformed into income tax or profit tax when it is imposed on the basis of origin. The tax base would continue to be profit-based, with the only change being a different geographical allocation of taxable base*". Sul punto, si veda e P. MIESZKOWSKI, J. MORGAN, *The National Effects of Differential State Corporate Income Taxes on Multistate Corporations*, in C. E. MCLURE, *The corporation income tax: Issues in Worldwide Unitary Taxation*, Standford, 1984, p. 257.

primo, e più delicato, riguarda l'attribuzione di reddito a tale nuova stabile organizzazione, che rappresenta un completamento della nozione stessa.

Attualmente, l'attribuzione del reddito a ad una stabile organizzazione deve essere valutata in base ai rischi assunti e alle funzioni svolte¹²⁵, secondo le seguenti fasi: prima, occorre procedere ad un'analisi funzionale e fattuale per ipotizzare che la stabile organizzazione e la casa madre siano entità separate, identificando le attività e le responsabilità economicamente significative assunte dalla stabile; poi, occorre remunerare ogni transazione tra stabile e casa madre applicando i prezzi di trasferimento di cui all'articolo 9 del Modello OCSE per analogia e con riferimento alle funzioni svolte, alle attività utilizzate e ai rischi assunti dalle due entità. Atteso che la presenza economica significativa è priva di presenza fisica, non è agevole adattare tali criteri al nuovo criterio di collegamento. Del resto, la stessa OCSE riconosce che “*Unless significant adjustments are made to the existing rules, therefore, it would not be possible to allocate any meaningful income to the new nexus*”¹²⁶, riconoscendo l'impossibilità di adattare al nuovo contesto le regole previgenti¹²⁷.

In proposito, l'OCSE propone due soluzioni. La prima è basata sul *fractional apportionement*, e consiste nell'individuare unitariamente la base imponibile da ripartire tra gli Stati e nel ripartirla sulla base di criteri condivisi che individuano gli elementi di collegamento e il *quantum* da assoggettare ad imposizione in ciascuna giurisdizione, ma la esclude in quanto eccessivamente innovativa e diametralmente diversa da quella adottata per le stabili organizzazioni “tradizionali”; la seconda, preferibile dall'Organizzazione, ricorre al *deemed profits method* ed è basata sulla quantificazione analitica dei ricavi e

¹²⁵ OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Parigi, 2008. Per un approfondimento, si VEDA R. BAKER - R.S. COLLIER, *General Report, in The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2006; G. KOFLER - S. VAN THIEL, *The “Authorized OECD Approach” and EU Tax Law*, in *Eur. Taxn.* 2011, p. 51; M. BENNET, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The 2008 Commentary on Art. 7 of the OECD Model Convention*, in *Eur. Taxn.*, 2008, p. 48.

¹²⁶ OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, cit., p. 178.

¹²⁷ “*Unless there is a substantial rewrite of the rules for the attribution of profits, alternative methods would need to be considered*” (OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, cit.). L'OCSE esclude anche un adattamento delle teorie esistenti, per esempio la sostituzione di un'analisi funzionale con un'analisi basata sulla teoria dei giochi che allocasse i profitti per analogia con un processo di contrattazione all'interno di una joint venture.

sulla determinazione presuntiva dei costi inerenti, pur riconoscendo la difficoltà di individuare coefficienti ragionevoli di costi deducibili nei diversi mercati in cui operano dette imprese.

La prima opzione sembra preferita in dottrina¹²⁸, che in particolare sottolinea come l'adozione di questi criteri risolverebbe alcuni problemi tecnici di tassazione del reddito delle multinazionali operanti nel settore dell'economia digitale. Del resto, è questo il criterio che ispira anche la nota proposta della Commissione Europea su una *Common Consolidated Corporate Tax Base*, ritornata in auge – non a caso – proprio negli ultimi tempi¹²⁹.

Tuttavia, come segnalato in dottrina, il problema non è solo tecnico. Come osservato¹³⁰, una simile scelta implica, infatti, una precisa opzione in ordine ai

¹²⁸ Per tutti, si veda W. HELLERSTEIN, *The Case for Formulary Apportionment*, in *Intl. Transfer Pricing J.*, 2005, p. 12; W. HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2014, p. 68; J. OWENS, *The Taxation of Multinational Enterprises: An Elusive Balance*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2013, p. 67; N. GAOUA, *Taxation of the Digital Economy: French Reflections*, in *Eur. Taxn.* 2014, p. 54; M. KOBETSKY, *International taxation of Permanent Establishment*, Cambridge 2011, p. 393 ss.; R.S. AVY-YONAH - I. BENSALOM, *The formulary apportionment - Myths and prospects*, 2010, consultabile a <http://ssrn.com/abstract=1693105>; R.S. AVY-YONAH - K.A. CLAUSING - M.C. DURST, *Allocating business profits for tax purposes, a proposal to adopt a formulary split*, 2008, consultabile a <http://ssrn.com/abstract=1317327>; R. S. AVY-YONAH - K. A. CLAUSING, *Reforming corporate taxation in a global economy: a proposal to adopt formulary apportionment*; S. PICCIOTTO, *Toward unitary taxation of transnational corporations*, in *Tax justice network*, 2012, 1 ss.

¹²⁹ La proposta di direttiva era stata pubblicata il 16 marzo 2011, ma subito accantonata. Detta proposta prevedeva un regime di regole comuni per calcolare la base imponibile delle società residenti nell'UE e delle stabili organizzazioni europee di società di Paesi terzi, il consolidamento di tali risultati e la ripartizione della base imponibile consolidata tra ciascuno Stato membro in base al "*formulary apportionment method*". Non stupisce che la stessa si fosse arenata anche per la difficoltà di conciliare gli interessi dei Paesi UE, divisi tra quanti, basati su un'economia produttiva, prediligono, quali fattori di ripartizione dell'imponibile, gli investimenti in beni materiali o il fatturato e quanti, invece, caratterizzati da un'economia essenzialmente finanziaria, puntano a ricomprendere, tra i fattori della formula, elementi quali il capitale e i finanziamenti. Ai fini della proposta, si è lungamente discusso sui fattori di *apportionement*. Una formula basata su fattori macroeconomici, quali il valore aggiunto nazionale, il prodotto interno lordo, l'ammontare di investimenti pubblici in infrastrutture, ecc., avrebbe avuto sicuramente il pregio di una maggiore efficienza nell'allocazione dell'imponibile tra le diverse giurisdizioni, basandosi sull'utilizzo di fattori oggettivamente misurabili e riducendo, così, il rischio di abusi. D'altro canto, però, la scelta di fattori microeconomici, quali il costo del lavoro, il capitale, il fatturato, sarebbe stata più in linea con le esigenze di equità nella ripartizione dell'imponibile, basandosi su elementi che riflettono le caratteristiche del contribuente e quindi la sua reale capacità contributiva. Il gruppo di lavoro costituito in seno alla Commissione europea aveva quindi ipotizzato un criterio di allocazione basato su tre fattori microeconomici, rappresentativi dei fattori che maggiormente contribuiscono alla produzione del reddito di ciascun contribuente, sia dal lato della domanda sia dal lato dell'offerta: il capitale, il lavoro e il fatturato. Sul punto, cfr. C. RICCI, *La Proposta Di Direttiva Sulla Ccctb: Profili Soggettivi, Base Imponibile E Suo Consolidamento*, in *riv. Trim. dir. Trib.*, 2012, p. 1019. Si noti che, anche a tali fini, il fatturato aveva assunto la funzione di elemento di collegamento.

¹³⁰ G. FRANSONI, *La stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, cit., p. 123.

rapporti internazionali fra Stati e, quindi, una diversa considerazione di quelli che, fino ad ora, sono stati gli interessi predominanti. Ma anche al livello di politica fiscale in senso stretto, tale la scelta si risolve nell'abbandono, in sostanza, di un sistema fondato sulla personalità dell'imposizione e la centralità del paese della residenza; di contro, tali proposte abbandonano qualunque riferimento ai collegamenti personali e considerano in reddito nella sua oggettività, implicando un radicale ripensamento del sistema nel suo complesso: un sistema che non riconosce più la centralità del soggetto, valorizzando piuttosto il finanziamento delle spese pubbliche¹³¹.

1.3. La ritenuta alla fonte.

Come noto, per alcune tipologie di *passive income* come dividendi, interessi e royalties, le leggi interne e le convenzioni contro le doppie imposizioni adottano comunemente delle regole di allocazione della base imponibile che non si fondano sul *nexus* individuato nella stabile organizzazione, bensì su elementi di collegamento diversi, quali la residenza del pagatore, il luogo in cui viene utilizzata l'attività o il servizio o il luogo di adempimento dell'obbligazione (si pensi agli Articoli 10 – *Dividendi*, 11 – *Interessi* e 12 - *Royalties* del Modello di Convenzione fiscale dell'OCSE). Si tratta di regole distributive specifiche che consentono allo Stato di origine di applicare una ritenuta alla fonte su base lorda sui pagamenti effettuati e corrispondenti a tali fonti di reddito. Di recente, si è assistito ad un crescente uso di tali eccezioni, al fine di affermare la potestà impositiva per lo Stato della fonte¹³².

Nella *digital economy*, si assiste ad un assottigliamento della differenza tra *business profits* e *passive income*: si pensi, tipicamente, ai servizi *Cloud*¹³³, che possono variamente assumere la forma giuridica di servizi generici, locazioni di

¹³¹ G. FRANSONI, *La stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123 ravvisa una sorta di “vendetta” di Einaudi che, già negli anni '20, al tavolo delle trattative in seno alla Società delle Nazioni, aveva affermato che lo sviluppo internazionale dell'economia rendeva “*vraie(l'affirmation)d'après la quelle l'impôt personnel est anachronique dans les Etats nation aux actuels, ou il doitlaisser la place a des types d'impostoujour plus réels*” (L. EINAUDI, *La coopération internationale en matière fiscale*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, 1928, p. 81).

¹³² OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, Parigi, 2018.

¹³³ Descritti al Capitolo I.

spazi virtuali o concessione in uso di *software*.

In questo contesto, si pone la seconda soluzione proposta nell'Action 1, che suggerisce l'applicazione di una ritenuta alla fonte, a titolo di acconto, sui compensi corrisposti ai fornitori "digitali" non residenti¹³⁴.

La ritenuta proposta potrebbe avere, secondo l'OCSE, una duplice funzione. Da un lato, potrebbe porsi come "*autonoma ritenuta d'acconto finale*" applicata sui compensi lordi corrisposti a tali fornitori; dall'altro, potrebbe invece atteggiarsi a meccanismo integrativo della stabile organizzazione digitale, corrisposta sui compensi netti dei non residenti. I soggetti tenuti all'effettuazione della ritenuta potrebbero essere, in ipotesi, i clienti commerciali (B2B), cui è amministrativamente possibile addossare tale onere, ovvero gli intermediari finanziari (nelle transazioni B2C), introducendo appositi obblighi informativi in modo da consentire a tali intermediari di conoscere il rapporto da cui trae fonte il pagamento effettuato (si noti tuttavia, e tale criticità non è irrilevante, che gli intermediari conoscono il valore e le tempistiche della movimentazione finanziaria, ma non la relativa fonte)¹³⁵.

Tuttavia, le maggiori criticità di una siffatta imposta risiedono nel valore lordo degli importi assoggettati a ritenuta. Per fare un esempio, quando l'Action 1 si pone il problema della ritenuta sui compensi lordi, sottolinea che, dopo la creazione della tecnologia, la fornitura *online* dei prodotti richiede costi marginali esigui; trattasi di caratteristica che, in qualche modo, li accomuna ai diritti d'autore, nel senso che il valore del reddito lordo è assai simile a quello del reddito netto. Non si tratta, tuttavia, dell'universalità delle fattispecie: in molti casi, infatti, il marketing e l'assistenza sulle forniture di prodotti e servizi determinano il sostenimento di ingenti costi, che non possono essere ignorati ai fini impositivi.

¹³⁴ Il tema sarà qui brevemente accennato. Per un approfondimento, si rinvia a A. BAEZ. Y BRAUNER, *Withholding Taxes in the Service of BEPS. Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, in *IBFD whitepaper*, 2 febbraio 2015. Fortemente critico nei confronti di una siffatta soluzione è anche B. WESTBERG, *Digital presence - Does it exist?*, in L. DEL FEDERICO, *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, Milano, 2017, p. 25, che la definisce come "*a serious step back in history*".

¹³⁵ Giova sin d'ora rilevare che l'OCSE non sembra descrivere la ritenuta fiscale come *strumento* di riscossione delle imposte sui redditi; in taluni passaggi, sembra piuttosto che tale ritenuta *assurga* essa stessa ad imposta autonoma, circostanza che determina rilevanti problematiche in termini di sua qualificazione, con risvolti significativi anche sull'applicazione delle norme internazionali.

Ai fini di semplificare, l'OCSE propone allora di quantificare i costi probabili su base statistica, e decrementare in percentuale i ricavi assoggettati a ritenuta¹³⁶.

A ciò si aggiunga che una siffatta soluzione potrebbe ingenerare conflitti con gli obblighi internazionali, e cioè:

- il GATS, ove la transazione digitale sia trattata come cessione di prodotto;
- il GATT, ove detta transazione sia trattata come servizio¹³⁷;
- il diritto dell'Unione Europea, che non consente discriminazioni tra il trattamento fiscale dei residenti e dei non residenti, laddove tali discriminazioni si risolvano in limitazioni della libera circolazione di merci e servizi.

Per tale motivo, conclude che tale meccanismo sarebbe ben più utile come “meccanismo di riserva”, da utilizzare in alternativa alla (o in supporto della) stabile organizzazione digitale.

Sebbene proposta in alcuni Stati¹³⁸, una siffatta soluzione non è stata adottata da nessuno di essi¹³⁹.

1.4. L'equalisation levy.

Da ultimo, l'OCSE propone un meccanismo di prelievo che espressamente esula dall'ambito delle imposte sui redditi, che definisce *equalization levy*. Si tratta di un vero e proprio tributo perequativo, alternativo alle proposte summenzionate, ma parimenti finalizzato a rintracciare una *presenza economica significativa* delle imprese in territorio straniero.

L'OCSE prende spunto da misure tributarie adottate in alcuni Paesi al fine di garantire la parità di trattamento tra fornitori esteri ed internazionali, previste, ad esempio, nel settore delle assicurazioni, quali contributi di perequazione della

¹³⁶ Tale soluzione si ancora alla qualificazione dei redditi e presuppone una rivisitazione delle categorie che fanno da sfondo all'imposizione internazionale che sia accettata da tutti gli Stati, al fine di non ingenerare incertezze nel trattamento di tali proventi (che, in ipotesi, potrebbero essere qualificati come *passive income* per lo Stato della fonte e come *business profits* nello Stato della residenza, sì da creare un conflitto tra i due Paesi che rivendicano l'imposizione sul medesimo provento).

¹³⁷ Per un'ampia trattazione sul ruolo del GATT e del GATS, anche rispetto alla circolazione dei dati, si rinvia a T. ROSEMBUJ, *Taxing Digital*, cit., p. 41.

¹³⁸ Ivi inclusa l'Italia, come si avrà modo di esaminare al Capitolo IV.

¹³⁹ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., p. 140.

forma di accise applicate sui premi lordi corrisposti a società straniere, finalizzate ad appianare la disparità di trattamento tra i fornitori esteri, non gravati dalle imposte dirette interne, e quelli locali. Riecheggia, nell'esempio, l'idea che l'economia digitale sia *un settore*, dell'economia, idea che, come già illustrato, non sembra condivisibile.

L'equalisation levy viene declinata sotto diversi profili.

Un prima proposta consiste nell'applicare il prelievo a tutte le transazioni concluse a distanza con i clienti nazionali, nei casi in cui l'impresa abbia una presenza significativa nel territorio dello Stato, supposta come esistente per il solo fatto che sussista un *consumo* dei beni e dei servizi forniti dall'impresa nello stato impositore. Così intesa, la proposta sembra proprio una chiara *seconda via*, che sposta l'attenzione sulla imposizione indiretta per bypassare i limiti, soprattutto internazionali, che i tributi reddituali implicano.

Una seconda proposta consiste nel limitare il campo di applicazione alle transazioni che comportano la conclusione, attraverso sistemi automatizzati, di un contratto per la vendita di beni e servizi tra due o più parti effettuate tramite una piattaforma digitale. Tuttavia, la stessa OCSE prende atto della circostanza che settorializzare eccessivamente il prelievo significa adottare un approccio poco lungimirante, in quanto le piattaforme digitali sono solo uno dei modi per condurre un *business* dematerializzato e non è escluso che tale modo sarà, in futuro, soppiantato da nuovi metodi creati dalle tecnologie IT.

In alternativa, potrebbe essere introdotto un prelievo sui dati e altri contributi raccolti dai clienti e dagli utenti nazionali, mediante: (i) un tributo basato sul numero medio di utenze mensili registrate nel Paese; (ii) tributo basato sul volume dei dati raccolti dai clienti e dagli utenti nazionali. Tale ultimo prelievo sembra differenziarsi dai precedenti per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto, non sembra colpire il valore rappresentato dai redditi, o dai ricavi, ritratti dalla società estera nello stato; invero, si tratterebbe di un prelievo "*on data and other contributions*", e dunque su fatti e presupposti senz'altro rilevanti sotto il profilo economico, ma in termini differenti rispetto al reddito. Inoltre, e coerentemente con i suoi presupposti, tale prelievo sarebbe basato sul "*number of MAU in the country*", *i.e.* sugli accessi degli utenti alle piattaforme, e non sul

quantum di consumi ritratti dall'impresa estera. Pur evidenziando le difficoltà derivanti dall'identificazione e dalla misurazione della ricchezza colpita, il tributo così strutturato sembra discostarsi da dinamiche antiabuso ed agganciarsi a logiche del tutto differenti, che mirano a colpire le *nuove* forme di ricchezza che, ove rintracciate, possono dar luogo a forme impositive diverse e aggiuntive rispetto all'imposizione diretta.

Naturalmente, anche un siffatto prelievo comporterebbe problematiche di matrice internazionale, soprattutto in un'ottica di non discriminazione. Perciò, la stessa OCSE raccomanda che, per far fronte a potenziali problematiche di tale natura, sarebbe opportuno applicare il prelievo sia alle imprese locali, sia a quelle straniere.

L'Action si pone, da ultimo, un problema di correlazione tra l'*equalization levy* e le imposte sui redditi, suggerendo di consentire una deduzione della prima dalle seconde, in modo da ridurre la pressione fiscale complessiva sulle imprese che operano nei settori interessati dal nuovo prelievo.

1.5. Le soluzioni concordate, tra esigenze di prevenzione della *base erosion* e estensione del criterio di collegamento.

1.5.1. Le scelte avallate dalla comunità internazionale (rectius, dalla maggior parte dei Paesi).

Alcune delle posizioni finora illustrate sono confluite, da ultimo, nella Convenzione Multilaterale¹⁴⁰, prevista dall'Action 15 del BEPS, volta ad

¹⁴⁰ Il 7 giugno 2017, presso la sede dell'OCSE, 67 Paesi hanno siglato la *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting-MLI*, incrementatisi in 78 nel gennaio 2018. Con il deposito dello strumento di ratifica da parte della Slovenia, avvenuto il 22 marzo 2018, è entrata in vigore, sicchè modificherà in modo automatico un network estremamente vasto di Convenzioni contro le doppie imposizioni siglate dagli Stati firmatari (tra cui l'Italia) senza necessità di rinegoziazioni bilaterali. Nel comunicato stampa reso noto dall'OCSE nel 2018, si legge infatti che "*The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (the "Convention") will enter into force on 1 July 2018, marking a significant step in international efforts to update the existing network of bilateral tax treaties and reduce opportunities for tax avoidance by multinational enterprises. The entry into force of the Convention, just one year after the first signature, underlines the strong political commitment to a multilateral approach to fighting base erosion and profit shifting (BEPS) by multinational enterprises. The entry into force follows from the deposit of the fifth instrument of ratification by Slovenia on 22 March 2018. Earlier, the Republic of Austria (22 September 2017), the Isle of Man (19 October 2017), Jersey (15 December 2017), and Poland (23 January 2018) deposited their instruments with the OECD.*"

aggiornare la rete esistente di convenzioni bilaterali; a ben vedere, si tratta dell'unica soluzione possibile in un siffatto contesto. È infatti dubbia la rilevanza ermeneutica delle modifiche che intervengono sul Modello di Convenzione o sul suo Commentario, che assumono maggiore o minore valenza interpretativa rispetto ai trattati precedentemente stipulati a seconda del carattere più o meno innovativo delle modifiche medesime¹⁴¹. La scelta di affidare ad un'apposita Convenzione sottoscritta *ex novo* dagli Stati aderenti azzera il rischio di incertezze e contrasti interpretativi e rappresenta senz'altro la migliore soluzione perseguibile, alla luce delle modifiche apportate che, per certi versi, appaiono senz'altro innovative¹⁴².

Senza soffermarsi sulle criticità della Convenzione, sull'assenza significativa (tra i suoi firmatari) degli Stati Uniti e sul gran numero di riserve apposte dai Paesi sottoscrittori, ai fini di specie giova sottolineare che l'accordo non addivene ad una soluzione in materia di economia digitale, dimostrando che la riflessione (tecnica e politica) sul punto non è ancora matura. Il trattato, infatti, dedica apposite norme al tema fulcrato del BEPS, *i.e.* l'erosione internazionale delle basi imponibili, ma tralascia il tema specifico dell'economia digitale.

Tuttavia la discussione sul tema è senz'altro ancora aperta, come del resto conferma l'avvio di una nuova consultazione in seno all'OCSE, confluita nell'*interim report* del maggio 2018.

Il *report* dei primi mesi del 2018¹⁴³, infatti, ripercorre le sfide tuttora da

Per un commento, si veda G. ODETTO, *La convenzione multilaterale BEPS entra in vigore*, in banca dati Eutekne, 23 marzo 2018.

¹⁴¹ Si tratta della nota diatriba tra *static* ed *ambulatory interpretation* del modello di convenzione. Sul punto si veda, M. LANG, *How significant are the amendments of the OECD commentary adopted after the conclusion of a tax treaty?*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2002, p. 3 ss; M. LANG, *Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties*, in *Intertax*, 1997, p. 7 ss, nonché P. J. WATTEL, O. MARRES, *The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties*, in *European Taxation*, 2003, p. 222 ss., secondo il quale: "(..) la valenza interpretativa delle versioni successive diminuisce – sino a zero – nella misura in cui i cambiamenti apportati nelle versioni successive mutino la sostanza del Trattato non risolvendosi in semplici chiarificazioni. Essa diminuisce altresì nella misura in cui una delle parti contraenti non faccia parte dell'OCSE (paese non membro) ovvero abbia espresso riserva. Nessun valore può infine essere riconosciuto alle versioni successive che siano chiaramente inconciliabili con la versione corrente al tempo della conclusione del Trattato e/o con l'enunciazione del particolare Trattato da applicare [traduzione libera]".

¹⁴² Per un commento, si veda B. FERRONI, *Firmata la Convenzione Multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *Fisc. Int.*, 2017, p. 2952.

¹⁴³ OECD, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Interim Report 2018*, cit..

affrontare¹⁴⁴ e, arricchitosi delle esperienze domestiche¹⁴⁵, tenta di sintetizzarle e ripercorrerle, prendendo atto della circostanza che si tratta di problematiche che “go beyond the issue of how to put an end to BEPS”¹⁴⁶. Tali problematiche, e con esse le soluzioni proposte, appaiono se possibile ancor più innovative di quelle confluite nella Convenzione del 2017, sicché non v'è dubbio che l'implementazione di tali – allo stato, solo ipotetiche – determinazioni dovrà necessariamente confluire in una nuova Convenzione, se del caso multilaterale, non potendo essere rimessa unicamente alle modifiche del Modello e del suo commentario, per le ragioni di cui già si è detto.

Tuttora, l'OCSE si pone il problema di “*assess whether the challenges described in this report, relating to the principle of aligning profits with underlying economic activities and value creation, would be best addressed by a consensus-based solution focused on certain highly digitalised business models, or whether such a solution should be applicable to the broader economy*”, confidando di addivenire ad una soluzione entro il 2020. La stessa OCSE conferma, quindi, che le soluzioni finora proposte non risolvono, ma soltanto lambiscono, la tematica della fiscalità digitale.

La nuova consultazione prova, dunque, che la riflessione si sta gradualmente spogliando degli ibridismi che la caratterizzavano in principio e si sta, quindi, spogliando di finalità antielusive e attestando su interventi strutturali. Nondimeno, la discussione si è *medio tempore* arricchita di rinnovati stimoli, provenienti non solo da parte di Stati Membri, ma anche di altre Organizzazioni internazionali, tra le quali non è mancata la stessa Unione Europea¹⁴⁷.

¹⁴⁴ A. TOMASSINI, *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 169.

¹⁴⁵ Che saranno descritte *amplius* nel Capitolo IV.

¹⁴⁶ OECD, *Tax Challenges Arising From Digitalisation – Interim Report 2018*, cit., pag. 166.

¹⁴⁷ Sul punto, parte della dottrina, soprattutto internazionale, afferma tuttavia che il progetto BEPS avrebbe “curato i sintomi” delle problematiche fiscali internazionali, senza tuttavia affrontarne le cause (S.A. ROCHA - R. TOMAZELA SANTOS, *Tax Sovereignty and Digital Economy in Post-BEPS Times*, in S.A. ROCHA – A. CHRISTIANS, *Tax Sovereignty in the BEPS Era, Series on International Taxation*, 2017, p. 37). Tali autori sono scettici sulla reale influenza che il progetto sortirà sulla fiscalità internazionale, concludendo che “*To solve the problem and rescue societies from engineering the path to their collective fiscal destruction requires an abrupt departure from history: namely, developing institutions and processes for a comprehensive and globally inclusive multilateral tax regime*” (così A. CHRISTIANS, *BEPS and the Power to Tax*, in *Tax Sovereignty in the BEPS Era, Series on International Taxation*, cit., p. 3).

1.5.2. L'evoluzione della riflessione internazionale sul tema.

Alla luce di quanto finora illustrato, nella riflessione internazionale sulla fiscalità della *digital economy*, della quale l'OCSE si fa portavoce, possono quindi rintracciarsi tre diversi stadi.

Il primo stadio, sviluppatosi negli anni '90, è quello cauto e conservativo. In questa prima fase, l'OCSE infatti ha cominciato ad osservare il fenomeno soprattutto sotto il profilo dell'automazione delle funzioni, che lentamente ha iniziato a consentire una certa interazione economica con il *market country* attraverso una presenza più volatile della tradizionale impostazione *brick and mortar*, ma nella quale era ancora possibile rintracciare elementi di fissità, forzando la definizione di stabile organizzazione vigente. È in questa fase che si l'OCSE ha posto l'attenzione sulle apparecchiature automatiche (macchine da gioco e distributori automatici), integrandole nella definizione di stabile organizzazione. laddove l'impresa non residente ne sia responsabile rispetto all'installazione, al funzionamento, al controllo e alla manutenzione delle attrezzature¹⁴⁸. Tali apparecchi automatici sono stati esaminati anche ove utilizzati per scopi digitali ed è in questo contesto che l'OCSE ha chiarito che i *server* possano costituire stabili organizzazioni se effettivamente a disposizione dell'impresa e se utilizzati per svolgere attività non preparatorie o ausiliarie¹⁴⁹.

Si tratta, chiaramente, di un approccio *case by case* che affronta i sintomi, ma non le cause del problema. Non v'è chi non veda, peraltro, che tale interpretazione, pur formalmente corretta, sia tuttavia in controtendenza con la *ratio* della stabile organizzazione. Se è vero che detto istituto rappresenta una soglia minima legale che denoti un coinvolgimento economico significativo dell'impresa con lo Stato ospitante, davvero non si vede come un server, che è del resto un mero computer, possa esprimere tale partecipazione¹⁵⁰. La debolezza

¹⁴⁸ Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, par. 10, emendato il 23 luglio 1992. Per un commento, si veda A. SKAAR, *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Boston, 1991, p. 194.

¹⁴⁹ Commentario all'art. 5 del Modello OCSE, par. 42.2 e 42.9. cfr. A. COCKFIELD, W. HELLERSTEIN, R. MILLAR, C. WAERZEGGERS, *Taxing Global Digital Commerce*, Amsterdam, 2013, p. 127.

¹⁵⁰ E. E. LOPEZ, *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, in *Intertax*, 2015, p. 6. Nello stesso senso, R.

dell'impostazione si disvela con tutta evidenza anche se si considera che, da un lato, i server possono essere indifferentemente allocati ovunque (si pensi che Google ha di recente annunciato che intende allocare delle *data room* nel mare, in acque internazionali¹⁵¹) e, dall'altro, rappresentano una tecnologia che potrebbe presto divenire obsoleta (per esempio, essere soppiantata dalla *blockchain*, che non è un server, ma una rete di nodi dispersi ovunque e non rintracciabili)¹⁵².

Questo approccio ha quindi subito rivelato le sue debolezze.

Il secondo stadio della riflessione, come visto, è invece ancorato al tema dell'abuso. L'OCSE è infatti intervenuta sulla nozione di stabile organizzazione, soprattutto con l'Action 7 del progetto BEPS ed ha così affermato con vigore, anche a livello internazionale, l'esigenza di tutelare le norme convenzionali dai fenomeni elusivi perpetrati – anche – dalle imprese digitali.

Ma anche tale seconda fase si è rivelata non soddisfacente, disvelando chiaramente che le problematiche di fondo non concernevano affatto l'abuso, ma la struttura stessa delle norme impositive che, nell'ipotesi di business digitali, conferivano agli stati della fonte una potestà impositiva sempre più limitata.

La riflessione odierna rappresenta invece il terzo stadio, si è depurata sia degli approcci *case by case*, sia di quelli antielusivi, e si colloca unicamente sul piano della ripartizione internazionale dei redditi, mettendo in discussione in radice le norme convenzionali che la disciplinano e le stesse logiche che la orientano.

2. LA POSIZIONE DELL'UNIONE EUROPEA.

L'Unione Europea ha dichiaratamente aderito alle posizioni dell'OCSE sul progetto BEPS, emanando un'apposita raccomandazione¹⁵³ volta ad invitare gli Stati membri ad attuare ed integrare nei trattati convenzionali le nuove

DOERNBERG - L. HINNEKENS, *Electronic Commerce and International Taxation*, Amsterdam, 1999, p. 7, ove si legge che '*Servers can easily be located anywhere and their location is generally unknown and unimportant in a business transaction*'.

¹⁵¹ Si veda http://bits.blogs.nytimes.com/2008/09/07/googles-search-goes-out-to-sea/?_php=true&_type=blogs&_r=0.

¹⁵² Sulla proposta di assumere il sito web come indice di una stabile organizzazione nello Stato, si veda J.A. GÓMEZ REQUENA, S. MORENO GONZÁLEZ, *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, in *Intertax*, 2017, p. 732.

¹⁵³ Raccomandazione (EU) 2016/136 del 28 gennaio 2016.

disposizioni dell'articolo 5 del Modello OCSE, al fine di contrastare la prassi volta ad evitare "artificiosamente" lo status di stabile organizzazione, come illustrate nel *Final Report* dell'Action 7¹⁵⁴. Nondimeno, la riflessione europea si è spinta ben oltre, nei primi mesi del 2018¹⁵⁵.

Giova premettere che, in Europa, la diffusione delle tecnologie digitali è responsabile di quasi un terzo dell'aumento della produzione industriale complessiva¹⁵⁶. Si pensi che, nel 2006, una sola azienda digitale figurava tra le prime venti, e rappresentava solo il 7% della capitalizzazione del mercato; dieci anni dopo, nel 2017, nove delle prime venti aziende per capitalizzazione del mercato erano aziende tecnologiche, rappresentando il 54% del totale delle 20 aziende *leader* in termini di capitalizzazione del mercato¹⁵⁷. Tra il 2008 e il 2016 le entrate dei primi cinque dettaglianti del commercio elettronico è cresciuto mediamente del 32% l'anno. Nello stesso periodo le entrate dell'intero settore del commercio al dettaglio sono cresciute mediamente dell'1% l'anno¹⁵⁸.

Nel settembre 2017, uno studio del Parlamento europeo¹⁵⁹ ha peraltro stimato in 5 miliardi di euro l'ammontare della perdita di gettito europeo riferibile ai soli Google e Facebook, attribuibile all'inefficienza delle regole internazionali in materia di imposizione diretta¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Raccomandazione (EU) 2016/136 del 28 gennaio 2016: "*Member States are encouraged, in tax treaties which they conclude among themselves or with third countries, to implement and make use of the proposed new provision to Article 5 of the OECD Model Tax Convention in order to address artificial avoidance of permanent establishment status as drawn up in the final report on Action 7 of the Action Plan to address Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*".

Per un commento: E. TITO, G. GIUSTI, *La Commissione UE mette l'accento sull'Action 6 e sull'Action 7 del Progetto BEPS*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 1289.

¹⁵⁵ Tale riflessione prende in considerazione anche la precedente proposta su una *Common Consolidated Corporate Tax Base*, avanzata nel 2012 ma mai approvata. Cfr. R. DE LA FERIA - M. DEVERAUX, *Designing and Implementing a Destination-based Corporate Tax*, *Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper Series*, WP 14/07, 2014.

¹⁵⁶ COM(2016) 180 final.

¹⁵⁷ PWC, *Global Top 100 Companies by market capitalisation 2017*, in www.pwc.com.

¹⁵⁸ Basi dati Bloomberg e Eurostat consultate il 13 settembre 2017.

¹⁵⁹ P. TANG - H. BUSSINIK, *EU Tax revenue Loss from Google and Facebook*, disponibile su <https://static.financieel-management.nl/documents/16690/EU-Tax-Revenue-Loss-from-Google-and-Facebook.pdf>.

¹⁶⁰ Lo studio fa seguito ad un parere del medesimo Parlamento europeo, che proponeva di integrare la proposta di Direttiva sulla Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) estendendone l'ambito soggettivo anche alle imprese residenti in Stati terzi operanti nella UE attraverso una stabile organizzazione virtuale (COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Report on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*,

Su questi dati, ben si comprende come, in esito al già menzionato vertice di Tallin, la Commissione Europea, sollecitata dagli Stati Membri, abbia acceso i riflettori sul tema della fiscalità digitale con due interventi, dei quali il primo, espresso nella Comunicazione del 21 settembre 2017¹⁶¹, sembra assumere la funzione di una presa d'atto, mentre il secondo, del 21 marzo 2018, sembra assumere il ruolo di vero e proprio intervento risolutivo.

2.1. Le premesse dell'intervento.

Dall'intervento del 2017, emergono chiare la causa e la linea guida della presa di posizione europea. La ragione dell'intervento risiede nella consapevolezza che *“manca ancora una soluzione adeguata al problema crescente di garantire una tassazione equa dell'economia digitale, soprattutto a causa della mancanza di un consenso internazionale e della natura pluridimensionale di questa sfida”* e che *“i responsabili politici stentano a trovare soluzioni che permettano di garantire un'imposizione fiscale equa ed efficace, che stia al passo con la rapida trasformazione digitale dell'economia”*. Le fondamenta su cui riposano le soluzioni proposte si sostanziano, invece, nella duplice intenzione di *“fare applicare il principio secondo cui tutte le imprese che operano nell'UE devono pagare le tasse nel luogo in cui gli utili e il valore sono generati”* e di addivenire ad *“una tassazione equa ed efficace all'interno del mercato unico”*.

I dati su cui riposa la riflessione della Commissione dimostrano poi che, in Europa, i modelli di impresa che utilizzano prevalentemente beni strumentali immateriali (acquisiti o creati) sono soggetti ad un tasso di imposizione complessiva effettiva pari all'8,5%, due volte inferiore a quello (20,9%) riferito ai modelli di impresa che utilizzano prevalentemente beni strumentali materiali (immobili, macchinari, inventario)¹⁶². La percentuale diminuisce, fino ad azzerarsi, quando i gruppi adottano pratiche di pianificazione fiscale aggressiva. Nondimeno, la stessa Comunicazione sottolinea che questa differenza è dovuta

COM(2016)0683 - C8-0471/2016 - 2016/0336(CNS)), Committee on Economic and Monetary Affairs, 13 luglio 2017).

¹⁶¹ COMMISSIONE EUROPEA, *Un sistema fiscale equo ed efficace nell'unione europea per il mercato unico digitale*, Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al Consiglio, Bruxelles, 21 settembre 2017.

¹⁶² PWC, *Digital Tax Index*, 2017, in www.pwc.com.

principalmente alle caratteristiche dei modelli d'impresa digitali, che dipendono in larga misura dai beni immateriali e beneficiano di sgravi fiscali.

L'attenzione della Commissione sul tema dell'abuso è, come prevedibile, meno intensa. Ciò in quanto, a differenza di quello che accade in molti Stati extra-europei, i Membri dell'Unione conoscono e applicano da lungo tempo il principio del divieto di abuso del diritto, anche in materia di imposizione diretta. Peraltro, il diritto unionale non consente agli Stati di agevolare le imprese mediante misure, anche fiscali, di vantaggio, attesa la disciplina in materia di aiuti di Stato appositamente demandata ad evitare tali evenienze¹⁶³. Tuttavia, in parte contraddicendo le stesse premesse che si evincono dai dati sopra riportati, nel proporre delle soluzioni la Commissione si concentra sull'inidoneità dell'attuale sistema fiscale internazionale a rappresentare la nuova economia, riassumendo le questioni fondamentali nelle seguenti due:

“- Dove tassare? (legame) – come stabilire e proteggere i diritti di imposizione in un paese in cui le imprese possono fornire servizi attraverso il digitale con una presenza fisica ridotta o inesistente, anche se hanno una presenza commerciale; e

- Cosa tassare? (creazione di valore) – come attribuire i profitti nei nuovi modelli d'impresa digitali fondati su beni immateriali, dati e conoscenze”.

Emerge allora chiaro il tema-chiave delle riflessioni europee: si tratta del tema del *nexus*, che, per come attualmente strutturato, priva i *market countries*, ivi inclusi quelli europei, di un'importante quota di imposizione.

La Commissione conclude infatti affermando che *“Le norme in materia di stabile organizzazione servono a determinare la soglia di attività che deve essere svolta in un paese affinché l'impresa sia tassabile in quel paese, e si basano in gran parte sulle presenza fisica. Tuttavia, grazie alle tecnologie digitali, le imprese oggi possono avere una notevole presenza economica in una giurisdizione del mercato senza avere necessariamente una presenza fisica sostanziale. Sono quindi necessari indicatori alternativi della presenza economica*

¹⁶³ Nella comunicazione, si legge espressamente (pag. 3) che *“Nel settore degli aiuti di Stato, la Commissione ha svolto un'indagine generale sulle pratiche in materia di regimi o accordi fiscali (ruling) negli Stati membri e sta esaminando le decisioni e i regimi fiscali che concedono sgravi fiscali ad alcune aziende”.*

significativa per stabilire e proteggere i diritti di imposizione in relazione ai nuovi modelli d'impresa digitali"¹⁶⁴.

Pur prendendo atto di un necessario coordinamento internazionale, la Commissione suggerisce tuttavia alcune soluzioni *ad interim*, ricalcando, di fatto, le proposte le BEPS: una *equalisation levy* ("imposta di compensazione") sul fatturato delle aziende digitali, una ritenuta alla fonte sulle transazioni digitali e un prelievo sulle entrate generate dalla fornitura di servizi digitali.

Le riflessioni della Commissione sono state condivise e recepite dal Consiglio¹⁶⁵ che, non mancando di sottolineare che "*il concetto di stabile organizzazione, insieme alle regole relative ai prezzi di trasferimento e all'attribuzione degli utili, rimane uno dei principi essenziali della ripartizione globale dei diritti di imposizione sugli utili*" e che "*tale concetto, che pone l'accento sulla presenza fisica, è stato messo in discussione dall'ascesa dell'economia digitale, che fa affidamento sulla presenza digitale, portando in determinate situazioni a un disallineamento tra il luogo in cui gli utili sono imponibili e il luogo in cui il valore è creato*", ha tuttavia posto l'accento sul tema dell'equità, sottolineando "*la necessità di un regime fiscale efficace ed equo, adeguato all'era digitale*" e "*l'importanza di garantire che tutte le imprese versino la quota di tasse che spetta loro, nonché assicurare la parità di condizioni a livello mondiale*"¹⁶⁶.

L'Unione Europea è pronta a contribuire al lavoro dell'OCSE, elaborando

¹⁶⁴ Suggestisce inoltre l'approfondimento di una *Common Consolidated Corporate Tax Base* per affrontare il problema. La Commissione afferma sul punto, a pag. 10, che "*A livello di Unione, la proposta relativa ad una base imponibile comune per l'imposta sulle società getta le basi per affrontare queste importanti sfide. La Commissione continua a ritenere che la CCCTB fornisca un quadro a livello di Unione per una revisione delle norme in materia di stabile organizzazione e per una tassazione dei profitti dei grandi gruppi multinazionali mediante la tassazione unitaria basata su attività, lavoro e fatturato, che dovrebbe tenere meglio conto del luogo in cui viene creato il valore. La proposta attuale relativa alla CCCTB lascia un certo margine di manovra per esaminare altri miglioramenti onde garantire che le attività digitali vi siano effettivamente incluse. Sono già in corso discussioni a tale riguardo in seno al Consiglio sotto la presidenza estone e nel Parlamento europeo. La Commissione è disposta a collaborare con gli Stati membri per esaminare tali opzioni nel quadro dei negoziati in corso sulla CCCTB, per trovare un'impostazione per il mercato unico che sia ambiziosa e compatibile con la legislazione dell'Unione*".

¹⁶⁵ CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni del Consiglio sul tema "Rispondere alle sfide della tassazione degli utili dell'economia digitale"*, adottata dal Consiglio nella 3582^a sessione tenutasi il 5 dicembre 2017, atto n. 15445/17, Bruxelles, 5 dicembre 2017.

¹⁶⁶ Il tema dell'equità, evidenziato anche nella già citata Comunicazione della Commissione Europea, era già stato evidenziato dallo stesso Consiglio in un precedente intervento (*Conclusioni del Consiglio europeo del 19 ottobre 2017 – doc. EUCO 14/17*).

proposte in coerenza con le posizioni internazionali; qualora tuttavia non sia individuata una soluzione condivisa a livello internazionale, si dichiara pronta a procedere in via autonoma nell'introduzione di una normativa *ad hoc* europea, della cui autosufficienza è lecito sin d'ora dubitare.

2.2. Le proposte di direttiva.

Sulla scia delle intenzioni appena descritte, il 28 marzo 2018 la Commissione ha pubblicato un pacchetto di misure in materia di fiscalità dell'economia digitale e, in dettaglio, una comunicazione¹⁶⁷, una raccomandazione¹⁶⁸ e due proposte di direttiva volte a fornire una soluzione strutturale¹⁶⁹ (quantomeno negli auspici della Commissione) e una transitoria¹⁷⁰.

La soluzione strutturale mira ad allocare la fiscalità diretta delle imprese ove esse abbiano una presenza digitale significativa, prevedendo nuove norme in materia di attribuzione degli utili alle imprese e, se del caso, armonizzando la proposta nell'ambito delle riflessioni sulla *Common Consolidated Company Tax Base* europea.

La soluzione transitoria prende atto della circostanza che “*attuare una soluzione strutturale richiederà tempo*” e si basa, in via rimediatale, sull'introduzione di una misura temporanea che sostituisca le – diverse – misure nazionali *medio tempore introdotte* e che assuma la forma di una “*imposta sui servizi digitali*”.

Le due proposte saranno meglio descritte ed esaminate nel seguito, nei loro dettagli tecnici e profili problematici¹⁷¹.

¹⁶⁷ COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al Consiglio. È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia Digitale*, COM(2018) 146 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

¹⁶⁸ COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione del 21.3.2018 relativa alla tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*, C(2018) 1650 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

¹⁶⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*, COM(2018) 147 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

¹⁷⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*, COM(2018) 148 final, Bruxelles, 21 marzo 2018.

¹⁷¹ Per un commento alle due proposte, si rinvia a IBFD, *Taxation of the Digital Economy – the EU's outlook*, Whitepaper, 21 maggio 2018.

2.2.1. La soluzione strutturale: la presenza digitale significativa.

La soluzione strutturale è confluita nella proposta di direttiva che “*stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa*”.

La misura mira a ravvicinare le legislazioni degli stati membri¹⁷² proponendo l'adozione di una direttiva per l'introduzione, all'interno dei sistemi domestici, di un nuovo concetto di stabile organizzazione “digitale”¹⁷³.

Secondo la proposta, ciascuno degli Stati membri sarebbe tenuto ad aggiornare la nozione interna di stabile organizzazione al fine di espanderne la portata ai “servizi digitali” per i quali i fornitori sono in grado di prescindere dalla presenza fisica nel Paese in cui il servizio viene reso. La novellata nozione si applicherebbe alle sole società residenti negli Stati dell'Unione ovvero in Stati terzi con il quale lo Stato membro interessato non abbia stipulato una convenzione contro le doppie imposizioni¹⁷⁴; tale precisazione è chiaramente volta a prevenire ipotetici contrasti tra gli obblighi comunitari gravanti sugli Stati e gli obblighi internazionali gravanti sui medesimi Paesi in forza di convenzioni contro le doppie imposizioni.

¹⁷² La base giuridica è rinvenuta nell'art. 115 del TFUE, a norma del quale “*il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*”. Peraltro, nella materia delle imposte diverse dall'imposta sul volume d'affari (disciplinata dall'articolo 113 del TFUE) l'intervento normativo deve essere operato solo mediante direttive. Come osserva G. MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, Torino, 2013, p. 172, il ravvicinamento mediante direttive è la sola via perseguibile nei casi di discipline che già sul piano tecnico difficilmente avrebbero potuto trovare ingresso negli ordinamenti tramite quelle norme “comuni” tipiche dello strumento del regolamento, stante l'evidente necessità di dover tenere conto sia delle notevoli diversità esistenti negli ordinamenti giuridici nazionali, sia della complessità dei singoli sistemi tributari interni, dovendosi così lasciare liberi gli Stati membri di determinare essi stessi le modifiche da apportare alle loro legislazioni per renderle conformi al risultato perseguito dalle direttive.

¹⁷³ In apertura, la proposta comunque riconosce che una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB) costituirebbe la soluzione ottimale per garantire una tassazione societaria più equa ed efficiente nell'UE. Tuttavia la CCCTB, considerato il suo campo di applicazione attuale, non offrirebbe una soluzione strutturale ad alcune importanti sfide connesse alla tassazione delle imprese dell'economia digitale, in quanto la definizione di stabile organizzazione nella CCCTB deriva da quella attualmente applicata a livello internazionale. Inoltre, nella CCCTB le regole per l'attribuzione degli utili (la formula di ripartizione) potrebbero non tenere sufficientemente conto delle attività digitali di un'impresa. La Commissione si dice tuttavia pronta a lavorare con gli Stati membri e con il Parlamento per valutare come integrare nella CCCTB le disposizioni della proposta di direttiva.

¹⁷⁴ Art. 2.

L'aggiornamento della disposizione comporterebbe un ampliamento – e non una sostituzione – della nozione domestica di stabile organizzazione, sì da ricomprendervi anche la *presenza digitale significativa*, condizione che risulta integrata “*se l'attività svolta attraverso di essa consiste interamente o in parte nella fornitura di servizi digitali tramite un'interfaccia digitale*”¹⁷⁵.

Ai fini della proposta, un servizio digitale è un servizio fornito attraverso internet o una rete elettronica, la cui natura rende la prestazione essenzialmente automatizzata e richiede un intervento umano minimo. Questa definizione corrisponde a quella di “servizi prestati tramite mezzi elettronici” di cui all'articolo 7 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. Si guarda, dunque, alla mera *automazione* del servizio reso¹⁷⁶ e si chiarisce, in proposito, che sono inclusi i servizi che comportano un intervento umano minimo da parte del *fornitore*, a prescindere dal livello di intervento umano da parte dell'utente; circostanza che, è bene sottolinearlo sin d'ora, differenzia tale proposta da quella transitoria, che invece non ha riguardo ai servizi *automatici*, bensì a quelli rispetto ai quali il contributo degli utenti genera valore.

Al fine di escludere un nesso imponibile basato unicamente sul luogo di consumo, la mera vendita di beni o servizi agevolata dal ricorso a internet o a una rete elettronica non è considerata un servizio digitale, con la conseguenza che dovrebbe esulare da tale nozione il commercio elettronico indiretto. Nelle premesse, si chiarisce infatti che la fornitura di un accesso (dietro compenso) a un mercato digitale per l'acquisto e la vendita di autovetture è un servizio digitale, ma non è tale la vendita di un'automobile attraverso un sito internet.

La norme proposte per l'attribuzione degli utili a una presenza digitale

¹⁷⁵ Per una descrizione della proposta, si rinvia a F. GHISELLI, *Digital economy: l'UE in campo per tassare i colossi del web*, in *quotidiano ipsoa*, 22 marzo 2018; M. LEO, *Quale Tassazione Per L'economia Digitale*, in *Fisco*, 2018, p. 2007; L.A. SHEPPARD, *Digital Permanent Establishment and Digital Equalisation Taxes*, in *Bull. Int. Tax*, 2018, pubblicato on line in data 26 marzo 2018, Journals IBFD.

¹⁷⁶ Non dissimilmente da quanto previsto per la domestica imposta sulle transazioni digitali, di cui si dirà meglio al Capitolo IV.

significativa¹⁷⁷ sono basate sul quadro vigente applicabile alle stabili organizzazioni, con i dovuti aggiustamenti. Nell'analisi funzionale della presenza digitale significativa, le attività realizzate dall'impresa attraverso un'interfaccia digitale in relazione ai dati e agli utenti dovrebbero infatti essere considerate funzioni economicamente rilevanti per l'attribuzione della proprietà economica degli attivi e dei rischi alla presenza digitale significativa¹⁷⁸.

Nondimeno, si riconosce che, nei modelli d'impresa digitali, ciascuna delle attività economicamente rilevanti contribuisce in modo unico alla creazione di valore ed è parte integrante di tali modelli. Pertanto il metodo, di ripartizione dell'utile sarebbe considerato il più idoneo per attribuire gli utili alla presenza digitale significativa¹⁷⁹.

In dettaglio, gli utili attribuibili a detta stabile organizzazione *“sono quelli che la presenza digitale avrebbe realizzato se fosse stata un'impresa separata e indipendente che svolge attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe, in particolare nelle sue relazioni con altre parti dell'impresa, tenendo conto delle funzioni esercitate, degli attivi utilizzati e dei rischi assunti, attraverso un'interfaccia digitale”*¹⁸⁰, tenendo conto delle attività economiche svolte mediante un'interfaccia digitale, ivi incluse: (a) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento, l'analisi, la diffusione e la vendita di dati a livello di utente; (b) la raccolta, l'archiviazione, il trattamento e la visualizzazione dei contenuti generati dagli utenti, (c) la vendita di spazi pubblicitari online; (d) la messa a disposizione sul mercato digitale di contenuti creati da terzi; (e) la fornitura di qualsiasi servizio digitale non elencato alle lettere da a) a d). La proposta prevede quindi

¹⁷⁷ Per una panoramica dei modelli proposti, si rinvia a Y. BRAUNER, P. PISTONE, *International/OECD - Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, pubblicato online il 26 marzo 2018.

¹⁷⁸ Nella proposta, si illustra l'esempio dei social network, nei seguenti termini: *“Ad esempio, attraendo nuovi utenti verso un social network, l'insieme delle attività immateriali che sarebbero attribuibili all'impresa del social network svolge un ruolo chiave nel garantire esternalità positive di rete, vale a dire che gli utenti possano connettersi a numerosi altri utenti. L'ampliamento del network realizzato attraverso la presenza digitale significativa rafforza questo stesso insieme di attività immateriali. Tale insieme di attività immateriali sarebbe ulteriormente rafforzato dal trattamento di dati utente che consentano al social network di vendere a un prezzo maggiorato spazi pubblicitari personalizzati in funzione degli interessi degli utenti”*.

¹⁷⁹ I fattori di ripartizione potrebbero comprendere le spese sostenute per la ricerca, lo sviluppo e la commercializzazione (attribuibili alla presenza digitale significativa rispetto alle spese imputabili alla sede sociale e/o a qualsiasi altra presenza digitale significativa in altri Stati membri) nonché il numero di utenti in uno Stato membro e i dati raccolti per Stato membro.

¹⁸⁰ Art. 5.

l'individuazione di criteri di allocazione "aggiuntivi" specifici per i servizi digitali, quali l'esercizio di funzioni di sviluppo, miglioramento, manutenzione, protezione e sfruttamento relative a beni immateriali unici, il grado di coinvolgimento e interazione da parte degli utenti allo sviluppo della piattaforma, l'importo e la natura dei dati raccolti dagli utenti di una piattaforma digitale in uno Stato membro, il numero di utenti, la quantità di contenuti frutto dell'interazione degli utenti/consumatori (*user-generated contents*).

La norma opera al soddisfacimento disgiunto dei seguenti requisiti dimensionali, da calcolarsi sull'intero gruppo e non su singole entità (e a prescindere dalla redazione di bilanci consolidati):

- una soglia di ricavi superiori a 7 milioni di euro derivanti dalla prestazioni di servizi digitali (sia B2B che B2C) verso utenti situati nello Stato membro;
- un numero di utenti che fruiscono di servizi digitali superiori a 100.000;
- un numero di contratti commerciali (solo B2B) superiori a 3.000.

Il collegamento con il territorio dello Stato è rinvenuto:

- ai fini della fruizione dei servizi digitali, nell'utilizzo nello Stato di un dispositivo che consenta di accedere all'interfaccia digitale per la fornitura dei citati servizi elettronici, ivi localizzato in base all'indirizzo IP o ai dispositivi di geolocalizzazione;
- ai fini dei contratti commerciali, nella residenza del committente.

Tanto premesso, giova evidenziare che la descritta proposta desta più di una perplessità.

Le fondamenta logiche su cui riposa la proposta consistono nella circostanza che *"le attuali norme in materia di imposta sulle società si basano sul principio che gli utili dovrebbero essere tassati nel luogo in cui è creato il valore"*¹⁸¹, principio che, nella versione inglese della Direttiva, viene definito come *"generally agreed principle"*. Ambedue le considerazioni non appaiono

¹⁸¹ Il richiamo è chiaramente riferito alle norme del modello OCSE, come emerge dal prosieguo del periodo, ove si legge che *"Tuttavia tali norme sono state per la maggior parte concepite all'inizio del 20° secolo per settori tradizionali e definiscono ciò che dà luogo a un diritto a tassazione in un paese ("dove tassare") e quale percentuale del reddito delle società è imputata a un paese ("quanto tassare"), per lo più sulla base del fatto di avere una presenza fisica in tale paese e senza tenere conto del valore creato dalla partecipazione degli utenti in tale giurisdizione"*.

condivisibili, ove si consideri che¹⁸² sembra pacifico che nessun *generally agreed principle* è sotteso all'attuale ripartizione della potestà impositiva, che ha purissima natura convenzionale; peraltro, non sembra che le attuali norme internazionali guardino alla *creazione del valore* al fine di allocare nello stato della fonte la potestà impositiva, in quanto i criteri pattizi confluiti nelle convenzioni internazionali non recano, letteralmente, un riferimento a tale elemento¹⁸³, ma sono anzi espressione del diverso criterio *personalistico* volto ad attribuire alla stabile organizzazione una quota (de)limitata di reddito¹⁸⁴.

Alla luce di tale osservazione, quello che, in più punti della Direttiva¹⁸⁵, è definito come un intervento volto a “ripristinare” una assiomatica e precostituita giustizia distributiva internazionale, assume tutte le sembianze di una proposta di distribuzione dei redditi tra Stati a carattere chiaramente novativo, che presceglie una logica completamente diversa da quella sottesa alle scelte degli anni '20: privilegia infatti un'imposizione reale, fondata sul “beneficio” e sulla “fonte”, rispetto ad un'imposizione personale¹⁸⁶.

Ancora sulla *ratio* della posizione europea, deve osservarsi che essa, pur volendo – dichiaratamente – sollecitare ed arricchire la riflessione dell'OCSE, sembra trascurare le evoluzioni. Già sotto il profilo nominalistico, la Commissione ritorna al concetto di “*presenza digitale significativa*” che l'OCSE

¹⁸² Il punto è ampiamente sviluppato nel capitolo che precede.

¹⁸³ Così anche G. FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018.

¹⁸⁴ La stessa direttiva riconosce che il suo fine è quello di “*proteggere i diritti di imposizione degli Stati membri in relazione ai nuovi modelli d'impresa digitali*” (pag. 4), così lasciando intendere che la soluzione mira a novare i criteri di ripartizione della potestà impositiva. Infatti, essa “*raccomanda agli Stati membri di riprodurre le disposizioni della presente direttiva nelle convenzioni in materia di doppia imposizione concluse con paesi terzi, in quanto, qualora viga una convenzione in materia di doppia imposizione tra uno Stato membro e una giurisdizione non appartenente all'Unione, le norme della convenzione potrebbero prevalere sulle disposizioni proposte concernenti una presenza digitale significativa*” (pag. 4).

¹⁸⁵ A pag. 5 della proposta di Direttiva, si legge che “*sono necessarie norme uniformi per garantire che tali imprese paghino le imposte nel luogo in cui realizzano gli utili*”; e ancora, a pag. 1 si legge che “*Il fatto di applicare all'economia digitale le norme attuali in materia di imposta sulle società ha portato a un disallineamento tra il luogo in cui gli utili sono tassati e il luogo in cui è creato il valore*”; e ancora, a pag. 3, che “*È necessario definire nuovi indicatori della presenza digitale significativa per stabilire e proteggere i diritti di imposizione degli Stati membri in relazione ai nuovi modelli d'impresa digitali*”.

¹⁸⁶ Come osserva G. FRANSONI, *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018, gli esperti economici avevano affermato chiaramente che il criterio del beneficio doveva considerarsi recessivo rispetto a quello dell'*ability to pay*, tant'è che avevano espressamente affermato che “*the entire exchange theory has been supplanted in modern times by the faculty theory or the theory of the ability to pay*” (Rapporto del 5 aprile 1923, pag. 18).

aveva, invece, abbandonato in esito ai commenti ricevuti al *discussion draft* del 2014; tuttavia, la presa d'atto dell'OCSE non era casuale: il concetto di “*presenza digitale significativa*”, in quanto volto a regolamentare unicamente le imprese tese alla digitalizzazione, creava un pericoloso effetto *ring-fencing* e rischiava di compromettere la neutralità del sistema tributario nel suo complesso, introducendo un elemento di differenziazione per le sole imprese che scelgono di digitalizzare il loro *modus operandi*. Non v'è chi non abbia accolto con favore tale presa di posizione, che dimostra chiaramente che la Commissione paventa l'inadeguatezza di un'unica definizione di stabile organizzazione, valida cioè sia per l'economia tradizionale sia per quella digitale, stante la netta diversità del modello di gestione e realizzazione dei diversi business, ed abbia quindi privilegiato un intervento *ad hoc*, volto a produrre un riequilibrio tra tra soggetti *digitali* e *tradizionali*, attualmente discriminatorio a sfavore dei secondo¹⁸⁷. Tuttavia, non sembra affatto trascurabile, anche alla luce dei commenti ricevuti, la preoccupazione dell'OCSE, non condivisa dalla Commissione, di trattare allo stesso modo tutti i soggetti economici, ove si accetta la conclusione che l'*economia digitale* non è affatto un settore dell'economia, ma un suo modo di atteggiarsi.

Né sembra che la misura offra “*certezza giuridica ai contribuenti*”¹⁸⁸, contrariamente alle sue stesse intenzioni, ma anzi presuppone meccanismi di *compliance* estremamente complessi. Si consideri il caso di¹⁸⁹ un gruppo statunitense che fornisce servizi digitali in uno Stato europeo attraverso le società statunitensi Alfa e Beta e la società irlandese Gamma, ove Alfa percepisca ricavi per 6.600.000 euro, Beta per 300.000 euro e Gamma per 150.000 euro. Poiché i ricavi a livello di gruppo superano la soglia di 7 milioni, tutte e tre le società estere integrerebbero il primo requisito per la sussistenza di una stabile organizzazione “digitale”, con la conseguenza che ciascuna di esse sarebbe tenuta a monitorare: (a) i ricavi “qualificati” conseguiti, (b) il numero degli utenti, (c) il numero dei contratti conclusi con imprese. E ciò per ciascuno dei “28 meno 1”

¹⁸⁷ Per tutti F. GHISELLI, *Digital economy: l'UE in campo per tassare i colossi del web*, in *quotidiano ipsoa*, 22 marzo 2018.

¹⁸⁸ Pag. 5 della direttiva.

¹⁸⁹ L'esempio è tratto da C. MONTINARI, A. SANDALO, *Nuova digital tax: dall'UE proposta ambiziosa*, in *quotidiano ipsoa*, 26 marzo 2018.

Paesi membri della UE.

Tali criticità, aggiunte alla consapevolezza che un siffatto intervento richiede un consenso internazionale e non solo europeo, rendono la proposta fortemente opinabile.

2.2.2. La soluzione transitoria. La digital service tax.

La soluzione transitoria è invece analizzata nella direttiva “*relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali*”, volta a uniformare, nell'Unione Europea, le misure introdotte. Ciò in quanto “*la situazione attuale viene percepita come iniqua. Per quanto in 10 Stati membri siano in atto misure unilaterali volte a risolvere il problema in maniera limitata, questa tendenza si sta intensificando e le misure adottate sono molto differenti in termini di ambito di applicazione e di principi sottostanti. L'adozione unilaterale di misure non coordinate di questo tipo da parte degli Stati membri rischia di frammentare ulteriormente il mercato unico e di creare distorsioni della concorrenza, ostacolando così l'emergere di nuove soluzioni digitali e la competitività dell'Unione nel suo insieme*”.

Si tratta di un intervento dichiaratamente rimediabile, introdotto nella consapevolezza che la migliore soluzione non può prescindere da un dialogo internazionale, ma comunque volto a tamponare, entro i confini unionali, la problematica¹⁹⁰. Tuttavia, trovando essa applicazione anche nei confronti delle società residenti, non si vede come essa possa rappresentare il *rimedio* di una *soluzione* che chiaramente investe le sole società non residenti¹⁹¹.

L'imposta disegnata dalla direttiva sarebbe “a termine”, in quanto destinata

¹⁹⁰ Si legge nelle premesse che “*La Commissione ha riconosciuto che l'approccio ideale consisterebbe nel trovare soluzioni multilaterali e internazionali per tassare l'economia digitale, considerata la portata globale di questa sfida. La Commissione lavora a stretto contatto con l'OCSE per sostenere l'elaborazione di una soluzione internazionale. Tuttavia, i progressi a livello internazionale sono difficoltosi, a causa della natura complessa del problema e della vasta gamma di problemi da affrontare, e raggiungere un consenso internazionale potrebbe richiedere tempo. Per questo motivo la Commissione ha deciso di agire e propone oggi di adeguare le norme attuali sulla tassazione delle imprese a livello dell'Unione per renderle consone alle caratteristiche delle imprese digitali e di raccomandare agli Stati membri di applicare questa soluzione globale alle rispettive convenzioni in materia di doppia tassazione con le giurisdizioni dei paesi terzi*”.

¹⁹¹ Cfr. J. BECKER - J. ENGLISCH, “*EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal*”, in Kluwer International Tax Blog del 16 marzo 2018.

ad essere soppiantata dalla soluzione definitiva, quando quest'ultima entrerà in vigore: per dirla con la Commissione, essa *“affronta a titolo provvisorio il problema dell'inadeguatezza delle attuali norme in materia di imposta sulle società per l'economia digitale”*.

Gli obiettivi generali sono chiaramente delineati nella proposta, che è espressamente finalizzata a:

- proteggere l'integrità del mercato unico e garantirne il corretto funzionamento;
- garantire la sostenibilità delle finanze pubbliche all'interno dell'Unione ed evitare un'erosione delle basi imponibili nazionali;
- garantire che sia preservata l'equità sociale e che vi siano condizioni di concorrenza eque per tutte le imprese che operano nell'Unione; nonché
- contrastare la pianificazione fiscale aggressiva e colmare le lacune attuali nelle norme internazionali che rendono possibile ad alcune imprese digitali l'elusione fiscale nei paesi in cui operano e creano valore.

A tal fine, la Commissione suggerisce l'introduzione di un'imposta indiretta. Richiama infatti, quale sua base giuridica, l'articolo 113 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che permette al Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale europeo, *“di adottare le disposizioni che riguardano l'armonizzazione della legislazione degli Stati membri relativa ad altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza”* derivanti dal fatto che molti stati abbiano introdotto in via autonoma misure di settore¹⁹². Sul punto, si è tuttavia osservato che detta frammentazione di per sé non giustifica l'azione legislativa ai sensi dell'art. 113 TFUE, in quanto è la naturale conseguenza dell'esercizio da parte degli Stati membri della loro sovranità fiscale nazionale. Inoltre, la portata territoriale delle imposte indirette attualmente previste in alcuni Stati membri (che restano liberi di procedere in tal senso) è ispirata al principio di destinazione che tende ad evitare qualsiasi

¹⁹² Pag. 6.

distorsione, così non legittimando l'azione legislativa ai sensi dell'art. 113 TFUE.

Venendo al contenuto della proposta, essa ha ad oggetto un'imposta sui servizi digitali, applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di tali servizi. Si tratta di un'imposta sui ricavi lordi¹⁹³, quindi non decrementati dei costi afferenti, derivanti dai soli servizi digitali "qualificati", *i.e.* i servizi di collocazione di contenuti pubblicitari¹⁹⁴, i servizi di trasmissione dei dati degli utenti (a condizione che tali dati siano raccolti in virtù dell'attività interattiva degli utenti e non attraverso metodi di rilevazione automatica) e i servizi di concessione onerosa dell'accesso a piattaforme digitali¹⁹⁵, ad esclusione dei servizi diretti dalla piattaforma agli utenti¹⁹⁶.

Anche in tal caso, sono previste soglie di rilevanza. Si intende infatti per «soggetto passivo» un'entità che soddisfa entrambe le condizioni seguenti, da verificare in aggregato sull'intero gruppo di riferimento dell'impresa:

(a) l'importo totale dei ricavi a livello mondiale dichiarati per l'esercizio finanziario pertinente supera 750 000 000 di euro¹⁹⁷;

(b) l'importo totale dei ricavi imponibili ottenuti nell'Unione durante l'esercizio finanziario pertinente supera 50 000 000 euro¹⁹⁸.

Si tratta, quindi, di un'imposta che grava sulle grandissime imprese che operano in misura rilevante nel mercato europeo.

La territorialità dell'imposta è radicata nel luogo in cui si trovano gli utenti, "a prescindere dal fatto che tali utenti abbiano contribuito finanziariamente a generare tali ricavi". Questa impostazione si fonda sul principio secondo cui è la partecipazione dell'utente alle attività digitali dell'impresa che "genera il valore per l'impresa stessa"¹⁹⁹, che non sempre comporta un pagamento da parte

¹⁹³ Art. 3.

¹⁹⁴ Si pensi a Google, Facebook, ecc.. Tale condizione si realizza a prescindere dal fatto che l'interfaccia digitale sia di proprietà dell'entità responsabile per la collocazione della pubblicità. Quando l'entità che colloca la pubblicità non possiede l'interfaccia digitale, si considera che tale entità, e non il proprietario dell'interfaccia, fornisca un servizio digitale qualificato.

¹⁹⁵ Come Air-Bnb e Uber.

¹⁹⁶ Si pensi allo *streaming* e a Netflix, Now-tv, ecc.

¹⁹⁷ Una precedente proposta prevedeva soglie più basse di ricavi, ma rischiava di estromettere dall'alveo di applicazione dell'imposta tutti gli operatori europei e di includervi solo quelli extra-UE, soprattutto statunitensi. Cfr. J. BECKER - J. ENGLISCH, "EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal", in Kluwer International Tax Blog del 16 marzo 2018.

¹⁹⁸ Art. 4.

¹⁹⁹ Pag. 12.

dell'utente (si pensi agli utenti che visualizzano un annuncio pubblicitario su un'interfaccia digitale) o che può comportare un pagamento solo da parte di alcuni utenti (ad esempio, le interfacce digitali multilaterali dove solo alcuni utenti devono pagare per accedere all'interfaccia, mentre altri possono accedervi gratuitamente). Di conseguenza, *“è lo Stato membro in cui si trova l'utente quello con diritti di imposizione per l'ISD, indipendentemente dal fatto che l'utente abbia contribuito finanziariamente alla generazione di ricavi per l'impresa”*²⁰⁰.

Sono previste disposizioni speciali per stabilire quando si ritiene che un utente si trovi in uno Stato membro. In particolare, l'imposta è dovuta secondo criteri di allocazione proporzionale, basati sui seguenti fatti:

- per i servizi di concessione di spazi pubblicitari, sulla visualizzazione di una pubblicità su un dispositivo di un utente localizzato in un Paese membro;
- per i servizi di vendita di *user data*, sulla localizzazione del dispositivo dal quale l'utente ha trasmesso i dati oggetto di vendita;
- per i servizi di concessione dell'accesso a piattaforme o mercati digitali, sul numero di utenti che concludono una transazione o hanno aperto un account tramite un device localizzato in un Paese membro.

L'imposta si applica sui ricavi lordi aggregati annuali, con aliquota del 3%, e viene versata dalle imprese previa apposita dichiarazione. La proposta chiarisce che non si tratta di un'imposta applicata con rivalsa su ogni singola transazione, ma che viene calcolata sulla base dell'importo annuale aggregato. Inoltre, è chiarito che l'imposta è “cumulativa”, ovvero trova applicazione **per ciascuno stadio** del processo di produzione. Tali caratteristiche la differenziano nettamente dall'imposta sul valore aggiunto²⁰¹.

Giova soffermarsi sui presupposti oggettivi e soggettivi della nuova imposta.

²⁰⁰ Pag. 12.

²⁰¹ Così anche C. MONTINARI, A. SANDALO, *Nuova digital tax: dall'UE proposta ambiziosa*, in *quotidiano ipsoa*, 26 marzo 2018. Come osservato da F. GHISELLI, *Digital economy: l'UE in campo per tassare i colossi del web*, in *quotidiano ipsoa*, 22 marzo 2018, la posizione resa nota il 21 marzo 2018 sembra non tenere conto dell'accordo raggiunto tra la Commissione e l'Europarlamento nei giorni scorsi, che lascerebbe aperta la possibilità di prevedere una riscossione alternativa dell'imposta, quella centralizzata, strumentale alla configurazione della web tax come imposta comunitaria e, quindi, senza ripartizione tra gli Stati membri. Una risorsa propria che dovrebbe essere messa a bilancio nel 2020. La scelta potrebbe anche essere positiva se le maggiori entrate fossero utilizzate per un progetto comune di politiche sociali, vera ragione che ha spinto i governi dei singoli Paesi a volere la web tax.

Come detto, essa colpisce l'aggregato di servizi (e non ciascuno di essi), ivi inclusi quelli rivolti ai consumatori. Inoltre, essa enuclea nel novero delle prestazioni imponibili i soli servizi digitali caratterizzati dalla creazione di valore da parte degli utenti, così collegandosi chiaramente all'altra proposta, che in tale creazione del valore rinviene un elemento di collegamento dei redditi con il territorio dello Stato. In quest'ottica va collocata la scelta di:

- escludere dal novero dei servizi imponibili le a le forniture di prodotti digitali (come appunto i software) per le quali si ritiene che “*la creazione di valore [...] consista nei beni o servizi forniti, mentre l'interfaccia digitale viene usata semplicemente come mezzo di comunicazione*”, sia i servizi internet di contenuti digitali, per i quali “*è meno certa la misura in cui la partecipazione degli utenti è fondamentale per la creazione di valore per l'impresa*”;

- assoggettare ad imposizione i soli servizi consistenti nella collocazione su un'interfaccia digitale di pubblicità mirata agli utenti di tale interfaccia, nella trasmissione di dati raccolti sugli utenti e generati dalle attività degli utenti sulle interfacce digitali e nella messa a disposizione degli utenti di interfacce digitali multilaterali (cd. servizi di intermediazione), che permettono agli utenti di interconnettersi con altri utenti e di interagire con essi al fine di agevolare le corrispondenti cessioni di beni o prestazioni di servizi direttamente tra gli utenti.

Coerentemente con tale *ratio*, i medesimi utenti diventano elemento di collegamento territoriale del tributo con lo Stato impositore.

Tale caratteristica consente di trarre conclusioni sul presupposto che l'imposta intende colpire, che non è il *mero* consumo o la *mera* fornitura di servizi, bensì quel valore appostato dagli utenti²⁰². In quest'ottica, l'applicazione dell'imposta, con aliquota del 3% sull'aggregato dei servizi, sembra quindi il frutto di una doppia presunzione: nell'*an*, si presume (forse, ragionevolmente) che l'apporto degli utenti collocati nel *market country* abbia consentito la creazione di ricavi in quel medesimo *market country*; nel *quantum*, si presume invece (meno ragionevolmente) che tale apporto “valga” il 3% dei medesimi ricavi.

Potrebbe allora ricostruirsi il tributo in termini di imposta su un “valore

²⁰² Così, anche A. PERSIANI, *Digital tax italiana e digital tax europea: siamo sulla stessa rotta?*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2018, in <http://www.dimt.it>

della produzione” che, non dissimilmente dalla domestica IRAP²⁰³, assoggetta ad imposizione un presupposto che può ben coesistere, senza sovrapposizioni, con il – diverso – presupposto rappresentato dai redditi.

Nondimeno, la nuova imposta europea sui servizi digitali “qualificati” non ha mancato d’incontrare, prima ancora della pubblicazione ufficiale e sulla base delle bozze ufficiose circolate prima della sua pubblicazione, critiche da parte della dottrina.

In primo luogo, e di fatto, l’imposta sembra presentare profili sostanzialmente discriminatori, in quanto i requisiti soggettivi delineati appaiono limitarne il perimetro di applicazione a un novero estremamente ristretto di soggetti, principalmente rappresentati da operatori over-the-top statunitensi²⁰⁴. Tale fattore dipende dalla circostanza che la creazione del valore non è di per sé idonea a far sorgere il presupposto impositivo, essendo quest’ultimo delimitato anche da soglie diverse, in particolare legate al fatturato delle imprese.

In secondo luogo, la limitazione oggettiva ai servizi digitali “qualificati”, appare frustrare le esigenze “perequative” dell’imposta, in quanto relevantissimi operatori della digital economy ne resterebbero esclusi. Si pensi, per tutti, ai servizi di *streaming*, rispetto ai quali non solo non si rinviene a monte il presupposto impositivo, ma non si comprende perché si assuma che tali servizi non si avvalgano di un contributo fattivo degli utenti, ove si consideri che anche in detti casi l’offerta viene modulata in funzione dei gusti e delle preferenze dell’utente medesimo. O ancora, si pensi al commercio elettronico indiretto, che pure si espone alle medesime considerazioni critiche.

Ancora, i criteri di applicazione territoriale dell’imposta apparirebbero gravemente indeterminati e di difficile individuazione e attuazione pratica ed anzi agevolerebbero i controlli nei confronti dei soggetti residenti rispetto a quelli da effettuarsi nei confronti dei soggetti non residenti, soprattutto se localizzati in Paesi non appartenenti all’Unione Europea. Di conseguenza, le differenze esistenti nel carico fiscale complessivo delle imprese non sono significativamente

²⁰³ Circostanza che, in paesi come l’Italia, imporrebbe di indagare se quel medesimo presupposto sia già assoggettato ad imposizione proprio dall’IRAP.

²⁰⁴ C. MONTINARI, A. SANDALO, *Nuova digital tax: dall’UE proposta ambiziosa*, in *quotidiano ipsoa*, 26 marzo 2018.

“livellate” (l'unico effetto, se del caso, potrebbe derivare dalla sua eventuale deducibilità dalla base imponibile delle società residenti). Resta peraltro intonso il vantaggio competitivo per le imprese localizzate in paradisi fiscali e difficilmente accertabili²⁰⁵.

2.3. Criticità e *ratio* delle posizioni europee.

Come emerge dai lavori della Commissione, anche l'Europa muove dalla premessa che sarebbe necessario che la ricchezza sia tassata nello Stato ove ha luogo la creazione del valore. Non si limita, infatti, a condividere le soluzioni antielusive proposte dal BEPS, ma si spinge a proporre altre che superano dette soluzioni e si agganciano all'Action 1 e alle proposte ivi enucleate. Si unisce così al coro di chi auspica un intervento globale a livello OCSE per una revisione del concetto di stabile organizzazione, al fine di aggiornare una definizione che resta ancorata alla presenza fisica dell'impresa non residente²⁰⁶; siamo infatti di fronte ad un'ulteriore posizione che tende a rivisitare il significato stesso del concetto di “creazione del valore” ai fini della tassazione internazionale della ricchezza, ancorata alla partecipazione degli utenti alla creazione della ricchezza, posizione tuttavia ben lontana dal trovare un consenso internazionale²⁰⁷, che invece ancora difende un'impostazione legata a concetti di “valore” connessi al prezzo delle

²⁰⁵ J. BECKER - J. ENGLISCH, “*EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal*”, in Kluwer International Tax Blog del 16 marzo 2018. L'autore osserva che “*Originally, the Commission planned to introduce a (direct) corporate income tax where the untaxed income of large internet firms would have been estimated based on their EU revenues. In order to avoid a clash with existing double taxation agreements (DTAs), the Commission now chose to go for a specific (indirect) tax on both foreign and domestic firms that falls out of the substantive scope of tax treaties. This desired effect comes, however, at the cost of giving up the original intention to “equalize”*”. Le originarie intenzioni sembravano mirare quindi all'introduzione di un'imposta su un asserito “sovraprofitto”.

²⁰⁶ A. TOMASSINI, *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 169; A. TOMASSINI, A. SANDALO, *L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 1395. Si tratta chiaramente dell'adesione a posizioni maturate in sede OCSE. Si confronti, OCSE, *BEPS Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Final Report 2015*, cit. par. 276-291, pp. 107-113. Si rinvia a M. OLBERT - C. SPENGLER, *International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?*, in *World Tax J.*, 2017, pag. 3 ss.; D.W. BLUM, *Permanent establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative - The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bull. Int. Tax.*, 2015, p. 314 ss.

²⁰⁷ W. SCHÖN, “*Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalised Economy*”, in *Bull. Int. Tax.*, 2018, pubblicato on line il 6 marzo 2018, Journals IBFD; J. HEY, *Taxation Where Value is Created' and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative*, in *Bull. Int. Tax.*, 2018, pubblicato on line il 25 marzo 2018.

transazioni.

La posizione europea si espone, quindi, alle medesime osservazioni avanzate nei confronti della simile posizione dell'OCSE e dimostra, ancora una volta, la volontà di alcuni Paesi – nella specie, quelli europei – di rivisitare i criteri di allocazione della potestà impositiva e abbracciare un rivisitato criterio del beneficio, così allontanandosi inevitabilmente dal principio della personalità dell'imposizione e, di fatto, “oggettivizzando” il reddito²⁰⁸.

I profili di criticità sono, principalmente, ancorati a due osservazioni. La prima, generale, impone di indagare in che misura fattori economici e sociali di assoluta novità, *in primis* la partecipazione degli utenti alla creazione del valore di beni e servizi, possa assurgere ad elemento qualificante ai fini della territorialità dell'imposizione e, in particolare, in che modo tale valore aggiunto possa essere identificato e misurato. Non v'è chi non veda che tale impostazione possa risolversi in una associazione, non sempre vera, tra utenti e consumatori²⁰⁹, di talché individuare il luogo di creazione del valore nel luogo del consumo si risolverebbe in una scelta arbitraria²¹⁰. La seconda, strettamente ancorata alla discussione in materia di economia digitale, impone di affrontare il tema del *ring-fencing*, ampiamente dibattuto in sede OCSE. Il rischio è infatti quello di introdurre un sistema impositivo che troverà applicazione per le sole *digital companies*, accettando quindi un disallineamento sistematico difficilmente compatibile con i principi di equità e razionalità del sistema²¹¹.

Le considerazioni su espone si riferiscono alla proposta di modificare i criteri di collegamento tradizionali, proposta dichiaratamente inattuabile al momento. Ma anche la seconda proposta, in merito all'imposta sui servizi digitali, che del resto si autodefinisce transitoria e rimediabile, si presta a molteplici considerazioni.

La proposta risponde alla necessità di introdurre un tributo dichiaratamente

²⁰⁸ A. TOMASSINI, A. SANDALO, *L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 1395.

²⁰⁹ Come evidenziato nel Capitolo I, tali due categorie non coincidono necessariamente, soprattutto nei modelli multilaterali di *business*.

²¹⁰ S.C. MORSE, *Value Creation: A Standard in Search of a Process*, in *Bull. Int. Tax.*, 2018, pubblicato on line il 25 marzo 2018,.

²¹¹ E. KEMMEREN, *Should the Taxation of the Digital Economy Really Be Different?*, in *Eur. Tax.*, n. 2018, p. 73.

“perequativo”, sul modello della *equalisation levy* proposta dall'OCSE. Nondimeno l'effetto perequativo sarebbe, di fatto, nullo, per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, attesa la sua applicazione soprattutto ad operatori stranieri, l'imposta sembra atteggiarsi come una forma di *dazio europeo*²¹², gravante sulla fornitura, nel mercato unionale, di servizi digitali; infatti, come evidenziato dai primi commentatori²¹³, si applicherebbe potenzialmente ad un centinaio d'impresе, per la maggior parte statunitensi.

Non può non rilevarsi²¹⁴, in proposito, che queste criticità erano state segnalate dalla stessa OCSE. Come visto, l'Action 1 mette in guardia sul rischio che una siffatta imposta possa porsi in contrasto con gli accordi internazionali (*in primis*, il GATT, *General Agreement on Tariffs and Trade*, e il GATS, *General Agreements on Trade in Services*, che prevedono regole particolarmente stringenti in merito all'applicazione di simili forme di tassazione al commercio di beni e servizi).

Inoltre, essa prende dichiaratamente le mosse da un presunto "disallineamento" tra creazione del valore e luogo d'imposizione, assumendo come “creazione del valore” quella determinata dalla partecipazione degli utenti.

Il tema della creazione di valore è noto nelle teorie economiche da lungo tempo e, ad oggi, prevale l'impostazione secondo cui il valore di un bene o di un servizio risiede nell'atteggiamento del consumatore che compra quel bene o servizio. Se un bene o un servizio possono essere prodotti a un costo che non supera la valutazione del consumatore (e in assenza di esternalità), si ha un mercato e il bene viene scambiato a un certo prezzo. In condizioni di concorrenza perfetta, questo prezzo equivale sia alla disponibilità marginale a pagare, ossia alla valutazione del bene o servizio da parte del consumatore marginale, sia al costo marginale di produzione. Da questa prospettiva, l'offerta senza domanda non può – concettualmente – creare valore.

²¹² A. TOMASSINI, A. SANDALO, *L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 1395.

²¹³ J. BECKER - J. ENGLISCH, *EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal*, in *Kluwer International Tax Blog* del 16 marzo 2018. L.A. SHEPPARD, *Digital Permanent Establishment and Digital Equalisation Taxes*, in *Bull. Int. Tax*, 2018, pubblicato on line in data 26 marzo 2018, Journals IBFD.

²¹⁴ In tal senso anche G. FRANSONI, *Prime considerazioni sulla web tax ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*, in *Riv. Dir. Trib. (supplemento online)*, 19 settembre 2017.

Il sistema fiscale internazionale, tuttavia, utilizza il termine "creazione di valore" in un senso fondamentalmente diverso. Il valore di un bene o servizio è pari al suo prezzo di vendita, e il valore è interamente creato dal fornitore per produrlo. Il luogo della creazione di valore è quindi il luogo in cui avviene la produzione. Secondo questa logica, si può dunque presumere che i consumatori contribuiscano alla creazione di valore solo se partecipano al processo di produzione.

Nel significato inteso dalla Commissione, non si guarda alla produzione e alla pubblicazione di contenuti della piattaforma (ad es. la pubblicazione di video su YouTube) in quanto, condivisibilmente, siccome dette piattaforme ritraggono entrate vendendo spazi pubblicitari, è piuttosto la semplice presenza dei consumatori a renderle appetibili per gli inserzionisti (e quindi per il fornitore del servizio pubblicitario), non il caricamento o lo streaming di video clip di per sé.

Tuttavia, nemmeno può dirsi che la partecipazione dell'utente sia *in ogni caso* creatrice di un valore e, peraltro, che tale valore sia proporzionato ai ricavi prodotti nel Paese in cui l'utente si trova e pari (*sic!*) al 3% di detti ricavi. Manca, quindi, un coerente collegamento tra il presupposto del tributo e la sua base imponibile²¹⁵.

Da altra prospettiva, potrebbe ritenersi che la Commissione abbia voluto assoggettare ad imposizione l'apporto di valore degli utenti supponendo che tale apporto si risolva nella produzione di dati. Ciononostante, una tale visione comunque non collima con la scelta della Commissione di assoggettare ad imposizione solo alcuni settori, quali quelli della *sharing economy* e dell'*online advertising*²¹⁶.

²¹⁵ Secondo J. BECKER - J. ENGLISCH, *EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal*, cit., nemmeno può dirsi che i consumatori creino valore semplicemente a causa degli effetti di rete. Tali effetti sono infatti onnipresenti nella moderna economia e non limitati alle sole attività online (ma semmai meramente acuiti in tali settori). Accettare questo approccio significherebbe non limitare i nuovi interventi ai soli apporti degli utenti online ma estenderli, per esempio, ad altri casi in cui pure gli utenti sono coinvolti nel circuito produttivo: si pensi all'esposizione di un cartellone pubblicitario in un luogo affollato in cui, quindi, tutti possono visualizzarlo.

Peraltro, se la Commissione avesse accettato tale impostazione, avrebbe dovuto ragionevolmente estendere l'imposta ad altri servizi digitali, come quelli ricompresi nel commercio elettronico indiretto, che fa della rete (si pensi alle recensioni) il suo punto di forza.

²¹⁶ J. BECKER - J. ENGLISCH, *EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal*, cit..

Da ultimo, non può non osservarsi che le due proposte, nella struttura, si rivolgono a servizi diversi e colpiscono finanche capacità contributive diverse: l'una, quella definitiva, è riferita a tutti i servizi *automatizzati*; l'altra, quella transitoria, è invece riferita ai servizi che implicano *un apporto di valore da parte degli utenti*. La conclusione va da sé: non è affatto chiaro il motivo per cui l'Europa abbia affidato la soluzione rimediale ad un tributo che sembra completamente estraneo alla logica e alla struttura della misura prevista come definitiva.

Ad ogni modo, nonostante tutte le menzionate critiche, non può non sottacersi che, seppure ad uno stato embrionale, la Commissione sembra aprire un tema di cui ancora molto si discuterà: il tema dell'individuazione di un valore che non è il reddito, ma che può ben assurgere a presupposto impositivo di un tributo, a condizione che sia conforme a logiche di capacità contributiva domestiche e rispettoso dei vincoli internazionali.

CAPITOLO IV

LE MISURE UNILATERALI INTRODOTTE DAGLI STATI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'Italia. – 2.1. L'approccio strutturale o antielusivo. Le misure proposte e quelle introdotte. – 2.1.1. La prima “*web tax*”. Struttura, *ratio* e incoerenza di fondo. – 2.1.2. Stabile organizzazione e utilizzo dell'infrastruttura di rete. – 2.1.3. Stabile organizzazione e presenza continuativa di attività *online*. – 2.1.4. La stabile organizzazione occulta. – 2.1.5. La modifica alla nozione domestica di stabile organizzazione. – 2.2. L'approccio procedimentale. Le misure introdotte. – 2.2.1. La presunzione di stabile organizzazione nel settore dei giochi e delle scommesse. – 2.2.2. La *cooperative compliance* e la c.d. *web tax* transitoria. – 2.3. L'imposta sulle transazioni digitali. – 2.3.1. Breve descrizione del tributo. – 2.3.2. La *ratio* e la struttura del tributo. – 2.3.3. Imposta sulle transazioni digitali e *digital service tax europea*. – 3. La Gran Bretagna e la *diverted profit tax*. – 3.1. Premessa. – 3.2. La struttura della DPT: fattispecie, base imponibile e aliquota. – 3.3. La natura e la funzione della DPT. Un tentativo definitorio. – 4. La Francia. – 5. L'Ungheria. – 5.1. La proposta di introduzione di una *bit tax*. – 5.2. L'imposta sulla pubblicità *online*. – 6. La Spagna. – 7. L'India. – 7.1. La ritenuta sulle transazioni telematiche (c.d. *equalization levy*). – 7.2. La *digital presence* ai fini delle imposte dirette. – 8. Israele. – 9. Gli Stati Uniti. – 10. Conclusioni e confronto. – 10.1. L'imposizione reddituale: interventi sostanziali e misure procedurali. – 10.2. Le altre forme impositive: dazi, imposte sui servizi e prelievi su nuovi apporti di valore.

1. PREMESSA.

Le riflessioni sulla fiscalità dell'economia digitale sono attualmente in pieno vigore, il BEPS di fatto non ha risolto ancora tutte le questioni problematiche poste all'attenzione dei Paesi e la stessa convenzione multilaterale non contempla misure dirette a risolvere tutte le tematiche descritte nell'*Action 1*. I tentennamenti dell'OCSE hanno peraltro indotto l'Unione Europea a prendere una posizione chiara sul punto e a proporre soluzioni di medio e lungo periodo.

Nondimeno, nelle more della riflessione internazionale, alcuni legislatori domestici hanno introdotto, o tentato di introdurre, norme interne volte a regolamentare detta problematica.

Alcune norme sono strutturalmente demandate ad operare nell'ambito dell'imposizione diretta, con funzione assai incerta, “a cavallo” tra l'intento di contrastare l'abuso e l'effetto – vano? – di modificare le regole di allocazione della potestà impositiva.

Senonché, molte di queste misure, proposte o attuate, si sono rivelate

inidonee a scalfire la fitta rete di accordi internazionali, destinati, in quasi tutti gli ordinamenti, a prevalere sulle disposizioni domestiche. È probabilmente questa la consapevolezza che ha indotto i Paesi a mutare prospettiva e a concentrare l'attenzione sull'introduzione di misure in materia di imposizione indiretta, maggiormente (ma non totalmente) svincolate dagli obblighi internazionali.

La tabella che segue mostra una sintesi di alcune misure introdotte nei vari Stati fino al marzo 2018¹:

Stato	Misura proposta o introdotta	Imposta	Breve descrizione
IMPOSTE INDIRETTE (ESCLUSA IVA)			
<i>Gli Stati dell'Unione Europea²</i>			
Ungheria	Introdotta (2014)	Imposta sulla pubblicità ³	L'imposta è riscossa su qualsiasi attività pubblicitaria, anche <i>online</i> . Grava su qualunque soggetto che: <ul style="list-style-type: none"> - fornisce servizi pubblicitari e realizza ricavi da tali attività; - compra servizi pubblicitari da un fornitore che non versa in proprio l'imposta.
Ungheria	Proposta (2014)	<i>Bit tax</i> ⁴	L'imposta è dovuta dagli <i>internet service providers</i> sul numero di <i>bits</i> trasmessi dai rispettivi clienti.
Regno Unito	Proposta (2019)	Ritenuta sui servizi di intermediazione e fornitura di pubblicità <i>online</i>	L'imposta, dichiaratamente provvisoria, è riscossa mediante ritenuta alla fonte sui ricavi che le imprese generano dalla fornitura di servizi digitali nel mercato del Regno Unito. L'imposta verrebbe riscossa sui ricavi ottenuti attraverso l'intermediazione e la fornitura di pubblicità <i>online</i> . Sono inoltre previste soglie minime di ricavi al fine di delimitare il novero dei soggetti passivi.

¹ Le informazioni riportate in tabella sono tratte da COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence and 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) 147 final} - {COM(2018) 148 final} - {SWD(2018) 82 final}, Bruxelles, 21 marzo 2018, nonché da M. PENNESI, *Comparative Overview The so called "Web Tax" in other jurisdictions*, 5 ottobre 2015, in <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/10/05/OCD177-1530.pdf>.

² Si include il Regno Unito.

³ Meglio descritta al successivo par. 5.2.

⁴ Meglio descritta al successivo par. 5.1.

Italia	Introdotta (2019)	Imposta sulle transazioni digitali ⁵	L'imposta grava con aliquota del 3% sui corrispettivi dei servizi digitali effettuati tramite mezzi elettronici, ed è applicata solo sulle transazioni B2B.
Spagna	Introdotta (2014)	« Goole tax » ⁶	Per tutelare gli introiti degli editori, gli Stati impongono ai motori di ricerca <i>online</i> e agli aggregatori di notizie il pagamento di un compenso per la pubblicazione dei contenuti editoriali sui rispettivi siti.
Francia	Proposta/ introdotta (2013-2016)	Imposta sulla raccolta dei dati/imposta sui contenuti audiovisivi accessibili dalle piattaforme ⁷	Nel 2013, è stata proposta un'imposta sulla raccolta dei dati effettuata dalle imprese presso utenti francesi. Nel 2016, è stata estesa l'imposta già prevista per le forniture fisiche di «videogrammi» anche alle piattaforme che consentono la visualizzazione di contenuti audiovisivi traendo ricavi dalla pubblicità.
Gli Stati Terzi			
Stati Uniti, Canada e Brasile	Introdotta (2015-2016)	Imposta sull'accesso a contenuti digitali e servizi di <i>streaming</i>	In alcuni Stati federali ⁸ , sono stati introdotti prelievi sul consumo di <i>beni digitali</i> , da intendersi come servizi di elaborazione dati online, <i>download</i> di contenuti, servizi di <i>streaming</i> , ecc.
India	Introdotta (2016)	Imposta sulla pubblicità <i>online</i> fornita dai non residenti ⁹	Il "contributo di perequazione" indiano grava sui servizi elettronici che includono la fornitura di pubblicità online, di spazi pubblicitari digitali o qualsiasi altra struttura o servizio accessorio. L'imposta non si applica se il prestatore di servizi è un non residente che ha una stabile organizzazione in India cui è attribuibile quel reddito.
Argentina	Introdotta (2015)	Ritenuta sui contenuti digitali	L'imposta, riscossa mediante ritenuta con aliquota del del 3 %, è applicata dagli intermediari finanziari sui pagamenti effettuati tramite carta di credito o di debito da consumatori argentini in favore di società non argentine che forniscono accesso on - line a film, programmi TV, giochi, musica, video ed altri contenuti digitali similari . Le misure sono dichiaratamente dirette a proteggere il Peso argentino, cercando di arginare i flussi di valuta in uscita.

⁵ Meglio descritta al successivo par. 2.3.

⁶ Meglio descritta al successivo par. 6.

⁷ Meglio descritta al successivo par. 4.

⁸ Negli USA, gli Stati che hanno introdotto tale imposta sono 27 e l'aliquota varia dall'1% al 7%.

⁹ Meglio descritta al successivo par. 7.1.

Israele	Proposta (2015)	Imposta sulla pubblicità	È in discussione una proposta di legge volta ad introdurre una royalty pari al 7 % degli introiti pubblicitari dei motori di ricerca che generano link a materiale coperto dal diritto d'autore pubblicato su siti israeliani
Cina	Introdotta (2015)	Imposta sulla pubblicità	Le imprese pubblicitarie sono soggette al c.d. Cultural Business Development Levy, pari al 3 % degli introiti derivanti dalle attività effettuate tramite siti <i>web</i> cinesi.
IMPOSTE DIRETTE E STRATEGIE DI CONTRASTO AL <i>PROFIT SHIFTING</i>			
<i>Gli Stati dell'Unione Europea</i>			
Regno Unito	Introdotta (2015)	<i>Diverted Profits Tax</i> ¹⁰	L'imposta si applica sui profitti « dirottati » dalle imprese che si avvalgono di strutture prive di sostanza economica o volte ad evitare una presenza tassabile in Gran Bretagna
Italia	Introdotta (2017)	Web tax transitoria ¹¹	La misura introduce una procedura di cooperazione tra le grandi imprese e l'Amministrazione Finanziaria italiana, per la definizione dei debiti tributari dovuti in relazione alla "eventuale stabile organizzazione presente nel territorio dello stato".
Slovacchia	Introdotta (2017)	Imposte sui redditi derivanti dall'intermediazione tramite siti Web e piattaforme online	L'imposta è applicata con aliquota del 21% sul reddito delle "piattaforme digitali", non residenti in Slovacchia, nonostante l'assenza di una sede fissa in detto Paese. La legislazione definisce le piattaforme digitali in senso molto ampio come "piattaforme hardware o software necessarie per la creazione di applicazioni e la loro gestione".
<i>Gli Stati Terzi</i>			
Israele	Introdotta (2016)	Test di presenza economica significativa per le imprese non residenti ¹²	Una circolare interpretativa chiarisce che il reddito di società straniera ritratto dalla vendita di beni o dalla fornitura di servizi via Internet può essere attribuito a una "stabile organizzazione digitale".
Australia	Introdotta (2017)	<i>Diverted profits tax</i>	Imposta adottata sul modello di quella britannica sopra descritta.
India	Introdotta (2018)	Nuova presenza economica significativa ¹³	Il ministro delle finanze dell'India ha proposto di introdurre il concetto di "presenza economica significativa" al fine di assoggettare ad imposizione in India i redditi dei non residenti che svolgono attività <i>online</i> .

¹⁰ Meglio descritta al successivo par. 3.

¹¹ Meglio descritta al successivo par. 2.2.2.

¹² Meglio descritta al successivo par. 8.

¹³ Meglio descritta al successivo par. 7.2.

Stati Uniti	Introdotta (2018)	<i>Base Erosion and Anti Abuse Tax</i> ¹⁴	L'imposta si applica ai contribuenti che effettuino <i>base eroding payments</i> superiori al 3% dell'ammontare totale delle deduzioni rilevanti ai fini dell'imposta sul reddito; per <i>base eroding payments</i> devono intendersi le spese sostenute verso parti correlate estere, ivi inclusi gli importi corrisposti a dette parti correlate in relazione all'acquisizione di beni ammortizzabili, le <i>royalties</i> e le <i>management fees</i> , con esclusione di taluni pagamenti quali quelli connessi all'acquisizione dei beni oggetto dell'attività (c.d. costo del venduto)
Turchia	Proposta (2015)	Stabile organizzazione virtuale	La proposta è volta ad introdurre un nuovo criterio di collegamento, sotto forma di "ufficio digitale". Sulla base di tale nuovo criterio di collegamento, i social network non residenti, pur in assenza di una presenza fisica in territorio turco, sarebbero tenuti al pagamento delle imposte sui redditi, nonchè a registrarsi e a versare l'imposta sui consumi in Turchia.
Cina	Proposta (2014)	Stabile organizzazione virtuale	Si dibatte in Cina circa l'opportunità di introdurre il concetto di stabile organizzazione virtuale, da identificare con il sito web attraverso il quale l'impresa svolge la propria attività.

Nel prosieguo, si analizzeranno alcune delle più importanti misure riepilogate nella tabella che precede, introdotte o proposte dai singoli Stati. Come si noterà, esse condividono l'intenzione, dichiarata o implicita, di colpire l'economia digitale in senso lato, identificata nella maggior parte dei casi – ma non sempre – nei cosiddetti "colossi del web". Molte di esse sono dichiaratamente settoriali e, il più delle volte, si rivolgono al mercato della pubblicità *online*, assunto a simbolo della problematica.

Come si avrà modo di notare, si tratta di misure che, il più delle volte, difficilmente si coordinano con gli obblighi che detti Stati hanno assunto sottoscrivendo le convenzioni contro le doppie imposizioni e che, non di rado, si palesano come tentativi più o meno riusciti di *aggirare* gli obblighi o i divieti imposti dalle medesime convenzioni.

L'Italia non è estranea al dibattito ed anzi assume un ruolo chiave nella misura in cui ha, da lungo tempo, proposto e/o attuato misure atte ad implementare le raccomandazioni dell'OCSE, sia nell'ambito delle imposte dirette

¹⁴ Meglio descritta al successivo par. 9.

che indirette.

2. L'ITALIA.

2.1. L'approccio strutturale o antielusivo. Le misure proposte e quelle introdotte.

2.1.1. La prima "web tax". Struttura, ratio e incoerenza di fondo.

Il primissimo tentativo (invero fallito) di introdurre una specifica regolamentazione fiscale riferita all'economia digitale si è avuto, in Italia, con l'art. 1, comma 33, della l. n. 147/2013, che ha introdotto non una nuova imposta, bensì talune modifiche alla disciplina IVA.

La menzionata norma introdusse al d.P.R. n. 633/1972 l'art. 17-bis, rubricato *acquisto di pubblicità online*, che disponeva quanto segue:

"1. 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.

2. 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".

In buona sostanza, la nuova norma imponeva ai committenti professionali italiani di servizi pubblicitari *online* di acquistare tali servizi solo da prestatori titolari di una partita IVA italiana, con obbligo di effettuare i pagamenti di tali servizi esclusivamente mediante mezzi tracciabili. Il medesimo obbligo si estendeva ai servizi di *search advertising*, ove i *link* sponsorizzati fossero visualizzabili sul territorio italiano.

L'inadeguatezza della misura apparve subito chiara.

In primo luogo detta norma, pur introducendo un obbligo diretto in capo ai committenti domestici dei servizi di pubblicità on line (*i.e.* l'obbligo di acquistare

i servizi da chi fosse titolare di una partita IVA) ed indiretto in capo ai soggetti non residenti (*i.e.* l'obbligo di dotarsi di una partita IVA italiana), non interveniva sulle disposizioni in tema di territorialità, che rimanevano pienamente vigenti (in particolare, l'art. 7-ter del d.P.R. n. 633/1972), le quali considerano dette operazioni territorialmente rilevanti in Italia – ove il committente soggetto passivo sia stabilito in Italia – a prescindere dalla nazionalità del committente estero, nonché dalla sua eventuale identificazione in territorio italiano. Né veniva introdotta alcuna deroga esplicita all'art. 17, comma 2, del d.P.R. n. 633/1972, che prevede il *reverse charge* come meccanismo applicativo dell'imposta in tali ipotesi.

Così strutturata, la nuova norma introduceva quindi un obbligo – la cui violazione, peraltro, non era sanzionata – formale “puro”, sia in capo ai committenti italiani sia, indirettamente, in capo ai prestatori stranieri, obbligo che di fatto si risolveva unicamente in un ostacolo alla circolazione dei servizi. Peraltro, la non saggia scelta di intervenire nella materia dell'IVA, materia che esula dal dominio dei legislatori interni essendo pienamente informata a principi comunitari, ha spinto la Commissione Europea ad intervenire prontamente, per segnalare la contrarietà delle nuove norme al principio della libertà di circolazione dei servizi in ambito comunitario¹⁵. Le aspre critiche¹⁶ e i chiarissimi rischi di incompatibilità della nuova norma con gli obblighi internazionali hanno indotto il legislatore a rinviarne l'entrata in vigore e poi ad abrogarla definitivamente¹⁷.

Si è trattato, insomma, di una norma unanimemente incoerente, superflua e completamente disallineata rispetto al sistema, quello dell'IVA, in cui è stata

¹⁵ Cfr. indagine aperta della Commissione Europea e protocollata con il No. CHAP(2014)00001. A ciò si aggiunga che la *web tax* non solo si scontrava anche con le norme relative alla territorialità dell'IVA destinate ad entrare in vigore il 1° gennaio 2015, nonché con l'introduzione del sistema di riscossione del MOSS, volto proprio ad evitare che per tali servizi i prestatori fossero gravati dall'onere di aprire una partita IVA in ogni Stato in cui si trovano i committenti clienti finali. Cfr. G. SEPIO, S. D'ORSOGNA, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in *Fisco*, 2017, p. 3020.

¹⁶ Cfr., per tutti, A. TOMASSINI, G. IASELLI, *Web tax” in cerca d'autore*, in *Fisc. Int.*, 2014, pag. 297-301; V. PERRONE, G. SEPIO, R. LUPI, *Stabile organizzazione, “vendita a distanza” e commercio elettronico*, in *Dialoghi Trib.*, 2013, p. 666.

¹⁷ L'applicazione di tale disposizione era stata rinviata al 1° luglio 2014 dall'art. 1, comma 1, del d.l. 30 dicembre 2013, n. 151, non convertito in legge (Comunicato 1° marzo 2014, pubblicato nella G.U. 1° marzo 2014, n. 50). Successivamente, il suddetto comma 33 della l. n. 147/2013 è stato a sua volta abrogato dall'art. 2, comma 1, lett. a), del d.l. 6 marzo 2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 maggio 2014, n. 68.

inserita. In proposito, sembra corretto osservare che tale incoerenza è probabilmente dipesa soprattutto dal fatto che l'intervento normativo si è rivelato del tutto svincolato dalle intenzioni sottese alla sua introduzione.

Le intenzioni del legislatore dell'epoca erano infatti mirate non già ad intervenire sull'imposta sui consumi, bensì ad obbligare i grandi prestatori di servizi pubblicitari *online* a “tracciarsi” in Italia (non a caso, la misura è stata più volte ribattezzata *Google tax*). Si legge a chiare lettere nella relazione illustrativa alla proposta che

“la modifica del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, mira a tassare i profitti di società estere, derivanti dalla fornitura di servizi online sul territorio dello Stato a soggetti passivi [...] la ratio è di contrastare l'evasione fiscale tipica delle transazioni online, intese sia come commercio elettronico diretto che indiretto che, come è ormai noto, sfuggono al regime di tassazione dei Paesi dove, in effetti, vengono fruiti i beni e/o servizi venduti e sui quali, quindi, si producono ricavi”

La contraddizione era *in re ipsa*: il legislatore, al fine dichiarato di *tassare i profitti di società estere derivanti dalla fornitura di servizi online sul territorio dello stato*, ha introdotto una disposizione che obbligava i prestatori di servizi a “dichiarare la loro esistenza” in Italia ai (diversi) fini dell'IVA, con un inverso divieto, per i committenti italiani (quindi già “tracciati” nel Paese), di interloquire economicamente con i prestatori stranieri che non adempissero ai loro obblighi di auto-segnalazione in Italia. Tale incoerenza di fondo non poteva che generare un intervento normativo altrettanto illogico, sì da indurre in legislatore ad abrogarlo prima ancora della sua effettiva entrata in vigore.

Ma non si tratta del solo elemento di irragionevolezza che emerge dalle intenzioni del legislatore. Dalle parole della relazione illustrativa, si rinviene infatti – ancora più a monte – la traccia di un ulteriore equivoco che permea tale intervento e, come si dirà oltre, percorre trasversalmente tutte le successive proposte di legge: l'intenzione di *tassare i profitti di società estere, derivanti dalla fornitura di servizi online sul territorio dello Stato a soggetti passivi* sembra sottendere l'errata consapevolezza che il mercato del consumo possa assurgere, per ciò solo, ad elemento di collegamento territoriale ai fini dell'imposizione diretta (si noti che il termine “*profitti*”, contestualizzato nell'intero *corpus* della

relazione, sembra utilizzato in senso atecnico e piuttosto riferito al concetto di “redditi”). Come visto, è invalsa in dottrina l’opinione secondo la quale nulla osta all’allocazione della potestà impositiva nel luogo in cui si consumano i beni e servizi; tuttavia, quest’ultima via non è certamente perseguibile unilateralmente, scontrandosi, *rebus sic stantibus*, con la rete di accordi internazionali italiano che invece presuppone l’esistenza di un diverso e ben definito criterio di collegamento, *i.e.* la stabile organizzazione, affinché uno Stato possa avocare la potestà impositiva sui profitti di un’impresa multinazionale¹⁸: stabile organizzazione che, *de iure condito*, non guarda al consumo.

A questo primo tentativo, fallito sul nascere, hanno fatto seguito altre proposte, più allineate rispetto al fine ultimo, *i.e.* quello di intervenire sui profili reddituali del fenomeno.

2.1.2. Stabile organizzazione e utilizzo dell’infrastruttura di rete.

Già durante la discussione parlamentare relativa alla *web tax* di cui al paragrafo che precede, si sono avanzate proposte ben più calzanti, quantomeno rispetto alla reale *intentio* legislativa, che invece mirava ad intervenire direttamente sul tema della avocazione dei redditi a tassazione in Italia.

In quegli anni, è stata infatti avanzata la prima proposta di modifica dell’art. 162 del TUIR finalizzata ad aggiungere, al comma 5-*bis*, una nuova fattispecie di stabile organizzazione, integrata mediante “*l’utilizzo abituale della rete nazionale, sia essa fissa, mobile o satellitare, per trasmettere dati da elaboratori elettronici, localizzati anche al di fuori del territorio nazionale, verso indirizzi IP italiani, al fine di fornire servizi online, ivi inclusi quelli consistenti in tutte le azioni poste in essere al fine di attribuire maggiore visibilità sulla rete internet al fruitore del*

¹⁸ Si ricordi che, quando sono state poste le basi per la ripartizione della potestà impositiva, il quadro era composto da alcuni Stati (in particolare il Regno Unito) che osservavano il principio secondo cui le imprese straniere erano soggette a tassazione (anche) nello Stato estero in relazione ai “*profits derived from the exercise of trade ...the principal test of carrying a trade being the conclusion of contracts in that country*”. In Europa (Germania, Francia, Spagna, Austria) si era invece affermato un criterio fondato sulla nozione di stabile organizzazione, secondo una definizione pressappoco corrispondente a quella di stabile organizzazione “materiale”. Nondimeno, alcuni Stati – in particolare gli Stati Uniti – adottavano quale criterio di collegamento dei redditi d’impresa il luogo del consumo, che tuttavia non fu prescelto, in quanto troppo “espansivo”. Cfr. Cfr. M.B. CARROLL, *Taxation of foreign and national enterprises: methods of allocating taxable income*, League of Nations, 1933, richiamato da Fransoni, *La stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, cit.

servizio”¹⁹. Si legge nella relazione all'emendamento che

“con l'avvento delle nuove tecnologie, imprese straniere che prestano stabilmente servizi in Italia non hanno la necessità di avvalersi, sul territorio nazionale, di una stabile organizzazione in senso tradizionale, che sia costituita, cioè, da una sede fisica sia essa un ufficio, una succursale o altro [...] Le imprese hanno invece di una sede fisica, la necessità di utilizzare, in forma stabile, strumenti di comunicazione elettronica che sfruttano in forma abituale la rete nazionale, sia essa fissa, mobile o satellitare per trasmettere dati diretti ad IP italiani [...] Il concetto di stabile organizzazione è quindi per la prestazione di servizi online, radicalmente mutato, sicché si rende necessario adeguare alla realtà fattuale della prestazione di servizi online la definizione di stabile organizzazione contenuta nell'art. 162 T.U.I.R.”.

Il tentativo, mai andato in porto, svela ancora una volta le reali intenzioni del legislatore dell'epoca: quelle di avocare presso il territorio italiano la tassazione dei profitti derivanti dai servizi prestati mediante mezzi elettronici, identificando nell'infrastruttura di rete un nuovo elemento di collegamento territoriale. Si è trattato, tuttavia, di un tentativo (mai confluito in legge) che, seppure coerente con le intenzioni ad esso sottese, palesava alcune criticità sotto il profilo giuridico, ancora una volta legate ai vincoli internazionali.

Da un lato, la proposta non considerava che l'infrastruttura tecnologica, seppur fruibile da tali imprese, è del tutto estranea alla sfera giuridica del fornitore di pubblicità, esulando completamente dal suo dominio, così scontrandosi con la sussistenza di una *disponibilità* che invece la disciplina in materia di stabile organizzazione postula. Dall'altro, non era affatto chiaro quale fosse la funzione assunta dall'utilizzo della rete nella dinamica imprenditoriale dell'impresa. La proposta, infatti, attribuiva alla rete la funzione di mezzo utile *“al fine di fornire servizi online”* ed includeva *“quelli consistenti in tutte le azioni poste in essere al fine di attribuire maggiore visibilità sulla rete internet al fruitore del servizio”*

¹⁹ Emendamento n. 1.642, a firma E. Carbone; *“All'art. 162 TUIR, dopo il comma 5, è inserito il comma 5-bis: “Nonostante le disposizioni dei commi precedenti, costituisce stabile organizzazione l'utilizzo abituale della rete nazionale, sia essa fissa, mobile o satellitare, per trasmettere dati da elaboratori elettronici, localizzati anche al di fuori del territorio nazionale, verso indirizzi IP italiani, al fine di fornire servizi online, ivi inclusi quelli consistenti in tutte le azioni poste in essere al fine di attribuire maggiore visibilità sulla rete internet al fruitore del servizio, compresi banner o finestre di pop-up visualizzati nelle pagine web, indicizzazione e visualizzazione di link sponsorizzati sui motori di ricerca, annunci pubblicitari trasmessi via email, visualizzati all'interno di social network o per mezzo di applicazioni su dispositivi mobili”.*

come i banner visualizzati sulle pagine web. Volendo allora tentare una non semplice ricostruzione della logica che permeava la proposta, sembra che la *ratio* ad essa sottesa mirasse a valorizzare l'apporto ai servizi *online* generato dal contributo degli utenti che visualizzano i banner pubblicitari, così incrementando il valore del servizio prestato. Sembra dunque che possa rinvenirsi una similitudine tra tale proposta e quella che, attualmente, è allo studio dell'OCSE e che rinvia negli utenti dei servizi un elemento di collegamento territoriale con lo Stato impositore.

Ad ogni modo, si trattava di una proposta che non affrontava le problematiche afferenti all'economia digitale *tout court*, ma aveva riguardo – così come la coeva proposta avanzata ai fini dell'IVA e poi approvata – ad un tipico settore, *i.e.* ai soli servizi pubblicitari prestati per mezzo della rete²⁰.

Tale emendamento segna, comunque, la prima e più chiara manifestazione espressa delle intenzioni del legislatore di intervenire al fine di assoggettare ad imposizione in Italia i redditi prodotti dalle multinazionali digitali.

2.1.3. *Stabile organizzazione e presenza continuativa di attività online.*

Sul medesimo *fil rouge* si muovono le motivazioni sottese alle successive proposte, che non mutano il *merito* della questione (vertono infatti sulla tematica della stabile organizzazione), ma il *metodo* della soluzione.

A partire dal 2015, dopo il fallimento delle due proposte descritte *retro* – l'una approvata e subito abrogata, l'altra arenatasi allo stadio di proposta – il tema dell'economia digitale è nuovamente tornato al centro del dibattito politico con la proposta di legge presentata presso la Camera dei Deputati recante “*Modifiche al testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e al decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, per il contrasto dell'elusione fiscale nelle transazioni eseguite per via telematica*”²¹.

Anche questa seconda proposta tendeva a modificare l'art. 162 del TUIR,

²⁰ Chiarissima sul punto è la relazione all'emendamento, che espressamente menziona i servizi di *advertising*.

²¹ Proposta di legge n. 3076 d'iniziativa dei deputati Quintarelli, Sottanelli, Bruno Bossio, Melilla, Rabino, presentata alla camera dei deputati il 27 aprile 2015.

che definisce la stabile organizzazione, introducendo una presunzione di legge assoluta, a norma della quale si dovrebbe considerare in ogni caso sussistente una stabile organizzazione in Italia – a prescindere, cioè, dall'integrazione dei requisiti propri della stabile organizzazione – *“qualora si realizzi una presenza continuativa di attività on line riconducibili all'impresa non residente, per un periodo non inferiore a sei mesi, tale da generare nel medesimo periodo flussi di pagamenti a suo favore, comunque motivati, in misura complessivamente non inferiore a 5 milioni di euro. Nei casi in cui siano superate le soglie di cui al presente articolo, spetta agli intermediari finanziari che hanno disposto i pagamenti effettuare relativa segnalazione all'amministrazione finanziaria, con modalità da definire con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze”*.

Al fine di indurre il soggetto non residente a dichiarare spontaneamente l'esistenza di una stabile organizzazione in applicazione della norma appena menzionata, gli intermediari bancari avrebbero dovuto *“operare, all'atto del pagamento, una ritenuta a titolo d'imposta del 25 per cento sull'importo da corrispondere”* ai soggetti non residenti che integrassero i predetti requisiti. Tale ritenuta non avrebbe trovato applicazione in tutti i casi in cui i medesimi non residenti avessero avuto in Italia una stabile organizzazione ai sensi dell'art. 162 TUIR (circostanza da cui emerge chiara la funzione *“incentivante”* dello strumento)²².

Per garantire l'eliminazione della doppia imposizione internazionale, veniva richiamata espressamente l'applicazione delle *“norme convenzionali in materia di credito di imposta”*²³.

La novellata nozione di stabile organizzazione avrebbe trovato applicazione solo nei confronti di società residenti in Paesi non legati all'Italia da accordi contro le doppie imposizioni²⁴. È infatti noto che in tutte le convenzioni internazionali concluse dall'Italia con gli Stati esteri esiste una ben delineata

²² Persiani, *Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2016, p. 175.

²³ Tale proposta sembra allinearsi ad una delle soluzioni espresse dall'OCSE nel *final report*, descritta nel capitolo che precede. L'OCSE, infatti, proponeva di introdurre una ritenuta ad ausilio della riscossione delle imposte dovute dalle stabili organizzazioni e, peraltro, suggeriva di affidare la riscossione agli intermediari bancari. Tuttavia, la stessa Organizzazione ha reso noto che nessuno degli Stati ha di fatto introdotto una siffatta soluzione.

²⁴ A. PERSIANI, *Digital tax: melius re perpensa, il Governo fa marcia indietro*, 2015, in www.dmti.it.

definizione di stabile organizzazione che non contempla l'ipotesi appena descritta e che è destinata a prevalere sulla definizione interna²⁵.

Inoltre – e qui sia consentito il richiamo a quanto si illustrerà rispetto alla *diverted profits tax* inglese – la struttura della norma, non diversamente da quanto accaduto con le precedenti proposte, era del tutto disallineata rispetto alle intenzioni generali della riforma, che aveva il dichiarato intento di prevenire l'*elusione* delle imposte sui redditi, nella forma di stabili organizzazioni occulte, non già di ampliare sotto il profilo strutturale la definizione di stabile organizzazione. Nondimeno, una norma antielusiva specifica si sarebbe rivelata probabilmente superflua, attesa la recente introduzione della norma anti-abuso generale di cui all'art. 10-*bis* della l.n. 212/2000, la cui portata applicativa è sufficientemente capiente per ricomprendere *tutte* le ipotesi di abuso, ivi incluse quelle menzionate dalla proposta.

E l'ampliamento strutturale della definizione era, nella specie, manifesto. La nuova nozione di stabile organizzazione era infatti ancorata a due soli presupposti: l'una una riferita all'ammontare dei ricavi, l'altra alla durata delle attività online svolte dall'impresa. Si tratta, a ben vedere, di una nozione che di fatto non combaciava in alcun modo con quella prevista dal menzionato art. 162, il quale invece richiede una presenza materiale o personale dell'impresa nel territorio, affinché possa ritenersi integrata una stabile organizzazione.

È inoltre interessante notare come tale nozione di stabile organizzazione, al pari di quella inglese, si riferiva ad un livello minimo di vendite sul territorio italiano. Ritorna quindi il tema del *market country*, più volte menzionato anche dall'*Action Plan* del BEPS: tema che, tuttavia, non può assumere rilevanza ai fini della ripartizione territoriale dei poteri impositivi, attesa la sua voluta espunzione dagli accordi contro le doppie imposizioni fin dalle determinazioni degli anni '20 del '900 da cui tali accordi originano.

Da ultimo, appare criticabile anche il sistema di ritenute alla fonte come ivi strutturato, ove si considerino tali redditi quali redditi di impresa. Anche in tal caso, la previsione si sarebbe scontrata con gli accordi contro le doppie

²⁵ Cfr. G. MOLINARO, *La tassazione della ricchezza derivante dall'economia digitale*, in *Fisco*, 2015, p. 39; D. STEVANATO, *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015, p. 10695.

imposizioni, prescindendo integralmente dalla presenza di una stabile organizzazione nel significato inteso da tali accordi. Tale ritenuta sarebbe stata infatti parametrata sul reddito dell'impresa estera, come conferma la circostanza che, espressa nella relazione di accompagnamento, che *«la ritenuta del 25% tiene conto del fatto che, laddove [le imprese non residenti] avessero in Italia una stabile organizzazione, potendo calcolare la base imponibile sulla base di costi e ricavi, l'imposta da pagare, seppur con la più alta aliquota del 27,5%, sarebbe più bassa. Resta inteso che questa misura, anche per motivi di compatibilità con le convenzioni dell'OCSE, dovrebbe comunque restare una previsione di chiusura del sistema, applicabile in casi residuali.»*. Evidentemente, la stessa proposta confermava indirettamente la qualificazione dei redditi assoggettati a ritenuta, disvelando essa stessa le – invero manifeste – criticità che le nuove disposizioni avrebbero comportato rispetto all'applicazione dei principi internazionali²⁶.

Per concludere sul tema, può in generale osservarsi che, seppure la proposta appena illustrata, a differenza della precedente, ha il merito di aver tentato di introdurre un meccanismo operante nel corretto settore che si assume problematico (la precedente, al contrario, interveniva nella materia dell'IVA, pur sottendendo le intenzioni di colpire l'imposizione diretta), la sua struttura destava comunque molteplici dubbi, ancora una volta a causa di un'incoerenza di fondo.

Più in dettaglio, nella relazione illustrativa si palesava l'intenzione di introdurre una norma con funzione antielusiva, che colpisse le stabili organizzazioni occulte delle imprese operanti nel settore dell'economia digitale e, segnatamente, le imprese non residenti che effettuano vendite *online*. Sul punto, la relazione illustrativa alla proposta era infatti chiarissima nel suo *incipit*, ove precisava *per tabulas* che:

“Considerato che la potestà impositiva dello Stato è limitata solo entro il suo ambito territoriale, per affrontare fenomeni elusivi on line

²⁶ A. PERSIANI, *Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2016, p. 175. Si rinvia al medesimo articolo anche per l'analisi delle altre disposizioni che la proposta intendeva introdurre, con specifico riferimento alla ritenuta da applicarsi ai *«compensi pagati da operatori nazionali a fronte dell'acquisto di licenze software successivamente distribuite sul mercato italiano»* nonché su quella da operarsi sui redditi delle persone fisiche *«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»*.

occorre adottare una nuova prospettiva”.

Nondimeno, lo strumento di fatto proposto aveva carattere strutturale, non presupponeva alcun aggiramento – come invece dovrebbe uno strumento antielusivo – delle norme vigenti ma si spingeva ad estendere il presupposto applicativo dell’art. 162 cit.. Tant’è che le conclusioni della relazione illustrativa avevano tutt’altro tenore:

“In conclusione, il soggetto straniero che svolge attività nel nostro Paese, sia sotto forma individuale, sia tramite impresa, deve essere tassato in Italia se nel nostro territorio abbia una stabile organizzazione, anche occulta.

Il requisito della territorialità (e quindi l’obbligo dell’imposizione) deve sussistere dunque, in tali casi, per presunzione, in caso di superamento di determinate soglie temporali e di volume di affari, per tutti i compensi corrisposti da soggetti residenti nel territorio dello Stato.

La proposta di legge, oltre a modificare la definizione di stabile organizzazione, in linea con l’evoluzione del concetto sia in sede di OCSE che di Unione europea, dispone dunque che, pur in assenza di una stabile organizzazione formale nel territorio italiano, i redditi conseguiti, laddove vi sia una prova di permanenza digitale, siano da considerare come imponibili nello Stato in cui la prestazione è effettuata, anziché in quello di residenza. Tale modus operandi risponde, infatti, a delle esigenze antielusive e di cautela fiscale in quanto se il reddito relativo alla prestazione resa via web fosse assoggettato a tassazione soltanto nello Stato di residenza del prestatore sarebbe facile (come avviene oggi) effettuare un risparmio di imposta localizzando i redditi in uno Stato caratterizzato da una bassa pressione fiscale”.

Siamo nuovamente di fronte ad un intervento permeato di “ibridismo”, presente – come visto – anche nella riflessione internazionale, che confondeva e sovrapponeva la funzione delle norme anti-abuso con quella delle norme che disegnano il perimetro del presupposto (territoriale) impositivo. Anche tale tentativo, tuttavia, non è mai divenuto legge.

2.1.4. La stabile organizzazione occulta.

Anche il successivo disegno di legge proposto al Senato dall’on.le Mucchetti il 14 settembre 2016, recante “*misure in materia fiscale per la concorrenza nell’economia digitale*”, prendeva le mosse da osservazioni non dissimili rispetto a quelle che hanno fatto da sfondo alle precedenti, come

emergeva con chiarezza dalla sua relazione accompagnatoria:

“Le pratiche di ottimizzazione fiscale delle maggiori multinazionali, specialmente di quelle dei servizi in formatici e digitali, fanno sempre più leva sull’arbitraggio tra le normative nazionali, spiazzando i governi, in particolare quelli dell’Unione europea. [...] La questione è ben nota fra gli specialisti di diritto tributario internazionale tanto che se ne è di recente occupata anche l’OCSE (cfr. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. Action 1, Final Report 2015, presentato il 5 ottobre 2015) [...] Le conclusioni cui giunge l’OCSE, senza prendere posizione definitiva sul tema, suggeriscono agli Stati che intendono anticiparne le mosse di farlo nel rispetto dei relativi impegni convenzionali e mediante adozione di misure che vi si adattino («adaptation to ensure consistency with existing international legal commitments». Action 1, Executive Summary»).

Le norme applicabili in un contesto tributario internazionale richiedono, infatti, che le imprese residenti di un Paese (per ipotesi: l’Irlanda) siano tassabili nel Paese in cui realizzano anche abbondanti profitti (per ipotesi: l’Italia) solo a condizione di avere vi impiantato una «stabile organizzazione» ovvero una sede materiale fissa. Ne consegue che, ove la stabile organizzazione non ci sia, l’Italia non ha il diritto di tassare i profitti derivanti da ricavi realizzati sul suo suolo. Essi saranno tassati in Irlanda. E questo Paese avrà il duplice – e ingiustificato – beneficio di mantenere saldamente legata al suo territorio un’attività con caratteri mondiali e di percepire entrate fiscali a fronte di redditi realizzati altrove, magari basse in termini di aliquote reali ma altissime in cifra assoluta. Una tale modalità di individuazione del Paese, al quale compete la tassazione di un certo profitto, era giustificata al tempo in cui le attività si potevano svolgere in altri Paesi solo costruendovi fabbriche, catene di negozi e palazzi per uffici con legioni di dipendenti. Ma ha ancora senso oggi? Per le attività di quella che si usa chiamare old economy probabilmente sì. Per le attività digitali dematerializzate, certamente no. Occorre, quindi, superare o almeno aggiornare il concetto di stabile organizzazione”.

Da tali premesse, emergeva con chiarezza l’intenzione della novella proposta: *“superare o almeno aggiornare il concetto di stabile organizzazione”*. Nondimeno, la palese confusione di concetti emergeva chiara dalla parte della relazione che descriveva più compiutamente le norme e, segnatamente, l’art. 2:

“L’articolo 2 ha lo scopo di fornire una clausola antielusiva mirata qualora si verificano situazioni che lasciano presagire l’esistenza di una stabile organizzazione in Italia dell’operatore non residente abilmente dissimulata. Lo stesso documento OCSE del 5 ottobre 2015 lascia intendere la frequenza e pericolosità delle manipolazioni poste in essere da operatori

internazionali con lo scopo di sfuggire alle catalogazioni delle fattispecie idonee, oggi, a dare luogo a stabili organizzazioni nel senso tradizionale che questa locuzione ha storicamente assunto. La formulazione dell'articolo 162-bis che viene introdotto nel testo unico delle imposte sui redditi (di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986) ha proprio lo scopo di sottolineare la stabilità, la ricorrenza e la dimensione economica della presenza dell'operatore estero pur nell'accortezza che questi manifesta nell'evitare l'emersione di spazi fisici cui ricondurre l'esistenza delle stabile organizzazione”.

Nell'estratto di relazione appena trascritto, si disvelava ancora una volta il grave equivoco che ha permeato le proposte finora illustrate. Le intenzioni, chiarissime, che si leggono nella relazione accompagnatoria miravano ad intervenire in ampliamento della nozione di stabile organizzazione, recependone la lamentata inadeguatezza; ciononostante, le norme in cui confluivano tali intenzioni erano altrettanto chiaramente costruite come norme anti-abuso, che non avevano affatto la funzione di ampliare il presupposto dell'imposta, bensì di colpire le pratiche artificiose che mirano all'aggiramento di detto presupposto.

L'art. 2 citato nella relazione proponeva infatti di introdurre, nel TUIR, una nuova disposizione, *i.e.* l'art. 162-bis, emblematicamente rubricato *stabile organizzazione occulta* e recante la seguente formulazione:

“1. Independentemente dalla presenza di mezzi materiali fissi, si considera esistente una stabile organizzazione occulta qualora vengano svolte nel territorio dello Stato, in via continuativa, attività digitali pienamente dematerializzate da parte di soggetti non residenti.

2. L'esistenza di una stabile organizzazione occulta 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 cinquecentomila unità;

b) percepisca nel medesimo periodo un ammontare complessivo non inferiore a un milione di euro.

3. Le attività digitali pienamente dematerializzate di cui al comma 1 sono individuate con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate.

4. Per la determinazione del reddito della stabile organizzazione occulta si applica l'articolo 41 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. La competenza per l'accertamento è attribuita ad apposito ufficio costituito presso la sede centrale dell'Agenzia delle entrate”.

Emerge *ictu oculi* che la proposta non intendeva colpire il noto fenomeno

della stabile organizzazione occulta, in perfetta contraddizione con il suo testuale significato. Nella prassi e nella giurisprudenza²⁷ interne, la nozione di stabile organizzazione occulta è stata oggetto di molteplici interpretazioni ma è sempre stata riferita a fattispecie di società non residenti che, pur integrando di fatto i presupposti di cui all'art. 162 del Tuir, li *occultassero* mediante apposite strutture economiche (tipicamente, mediante l'insediamento di una controllata sul territorio italiano) e non ne dichiarassero l'esistenza ai fini dell'imposizione diretta. Il più noto precedente di legittimità sul punto risale ai primi anni 2000, quando la Corte di Cassazione²⁸ ha delineato le caratteristiche fondamentali per l'esistenza di una stabile organizzazione occulta, individuate, in buona sostanza, nell'ingerenza della gestione della controllante estera negli affari della controllata italiana sì da poter considerare quest'ultima un mero *schermo* giuridico, privo di rischi e di iniziativa, con la conseguenza che i redditi prodotti da quest'ultima devono imputarsi direttamente alla controllante e alla sua stabile organizzazione italiana. Si tratta, in altre parole, di una fattispecie in cui la società non residente ha integrato tutti i requisiti di cui all'art. 162 del TUIR e quindi di una "ordinaria" stabile organizzazione ma che, ciononostante, ha omesso di dichiararne l'esistenza confidando nell'*occultamento* di tale stabile organizzazione all'interno della sua controllata.

Diversamente, la disposizione appena trascritta non sottendeva l'occultamento di una stabile organizzazione nel senso inteso dall'art. 162 del TUIR, ma anzi ne prescindeva espressamente (l'*incipit* della disposizione chiariva infatti che essa trova applicazione "*indipendentemente dalla presenza di mezzi materiali fissi*"), con evidente richiamo alla stabile organizzazione materiale di cui all'art. 162 TUIR). Introduceva, piuttosto, un nuovo criterio di localizzazione del reddito in Italia, ancorato ai seguenti requisiti:

- lo svolgimento da parte di un'impresa, nel territorio dello Stato, in via continuativa, di attività digitali pienamente dematerializzate da parte di soggetti

²⁷ Si rinvia a M. PROIETTI, *Stabile organizzazione occulta ed imposte dirette: profili critici in punto di soggettività tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2012, p. 653. Rispetto al tema qui in discussione, si veda D. AVOLIO, *Il modello di "impresa globale": effetti sulle contestazioni di esteroinvestizione e stabile organizzazione "occulta"*, in *Fisco*, 2017, p. 550.

²⁸ Si tratta delle note sentenze *Philip Morris*. Sul punto, si rinvia a A. VANNI, *La stabile organizzazione. gli orientamenti della giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, p. 653.

non residenti, attività da individuare mediante provvedimento del direttore dell'Agenzia delle Entrate;

- la sua presenza sul circuito digitale attraverso l'effettuazione di un numero di transazioni superiore, in un singolo semestre, a cinquecentomila unità;
- la percezione, nel medesimo periodo di imposta, di ricavi di ammontare complessivo non inferiore a un milione di euro.

Così costruita, la disposizione prestava il fianco alle critiche già richiamate rispetto alle proposte precedenti, in quanto si poneva in aperto contrasto con le convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia, che non prevedono in alcun modo che tali requisiti autorizzino lo Stato italiano ad avocare presso di sé la giurisdizione tributaria.

Ma non basta. In aggiunta a tale evidente problematica, la norma di fatto rimetteva all'Agenzia delle Entrate l'individuazione delle *attività digitali pienamente dematerializzate*, elemento fondamentale della fattispecie²⁹. Se infatti il presupposto della norma è il possesso dei redditi, la riconduzione di quei redditi al novero delle *attività pienamente dematerializzate* assurge a presupposto dell'imposizione in Italia di quella ricchezza. In tale accezione, la nozione di *attività digitali pienamente dematerializzate* diventa quindi un elemento fondamentale della fattispecie, ciononostante rimessa alla determinazione di un provvedimento amministrativo. Non v'è chi non veda che una siffatta scelta si ponesse in aperto contrasto con l'art. 23 della Costituzione e con la riserva di legge ivi prevista³⁰.

Peraltro, come illustrato nel primo capitolo, non è agevole individuare le imprese che svolgono attività pienamente dematerializzate, atteso che, a seguito della diffusione e dello sviluppo delle tecnologie ICT, tutte le attività (o, quantomeno, gran parte di esse) possono svolgersi mediante mezzi elettronici e tutte le imprese possono servirsi dei mezzi elettronici per dematerializzare alcune fasi della propria attività. La proposta, insomma, sottintende che quello delle

²⁹ Allo stesso modo, resta completamente indefinito il riferimento alla "*presenza sul circuito digitale*" che pure si legge nella disposizione. Riecheggia, comunque, in tale riferimento, la rievocazione della prima proposta sul tema (già commentata *retro*) che individuava come "stabile organizzazione" l'utilizzo della struttura di rete italiana.

³⁰ Cfr. CONFINDUSTRIA DIGITALE, *Osservazioni di confindustria digitale su disegno di legge n. 2526 recante misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale*, 24 maggio 2017, in www.senato.it.

attività dematerializzate sia un settore economico; tale ricostruzione è tuttavia criticabile in quanto la dematerializzazione non afferisce ad una certa tipologia di impresa, bensì ad un *modo* di atteggiarsi del fare impresa.

Così interpretata, la norma prestava inoltre il fianco ad un'ulteriore critica. Ove infatti si ritenga che essa si riferisca a specifiche tipologie di attività, non può non ritenersi che si ponga in violazione degli artt. 53 e 3 della Costituzione, che non consentono discriminazioni in ragione della tipologia di attività esercitata dall'impresa³¹ (come del resto confermato dalla recente sentenza della Corte Costituzionale³² che ha dichiarato l'incostituzionalità della c.d. *robin hood tax* proprio perché costruita come maggiorazione di aliquota che, prescindendo dal concetto numerario del reddito, aggravava il carico impositivo di alcune imprese per il sol fatto che queste svolgessero specifiche *tipologie* di attività in determinati settori economici)³³.

2.1.5. La modifica alla nozione domestica di stabile organizzazione.

Nel solco delle su descritte proposte, il legislatore italiano ha da ultimo introdotto, legge di Bilancio 2018, due misure destinate a disciplinare la materia dell'economia digitale; l'elemento di novità risiede, tuttavia, nel fatto che la novella riposa su soluzioni internazionali cui l'OCSE è – parzialmente – addivenuta, confluite nell'apposita Convenzione Multilaterale che l'Italia ha sottoscritto. La novella dialoga chiaramente con tale Convenzione e, in molti punti, intende recepirla nell'ordinamento domestico; in altri punti, invece, supera le determinazioni ivi assunte e tende ad introdurre, unilateralmente, soluzioni interne a problematiche ancora in discussione nel panorama internazionale.

In primo luogo, l'art. 1, comma 1010, della Legge di Bilancio ha integrato la c.d. *positive list*, i.e. la lista delle ipotesi che costituiscono *prima facie* una stabile organizzazione materiale. Il legislatore ha infatti inserito nel dettato normativo la

³¹ Nello stesso senso, CONFINDUSTRIA DIGITALE, *op. ult. cit.*.

³² Corte Cost., sent. 11 febbraio 2015, n. 10.

³³ Parimenti criticabile era la scelta di rimettere agli intermediari finanziari l'obbligo di riscuotere le imposte dovute mediante una *ritenuta a titolo di imposta del 26% sull'importo da corrispondere*". Invero, l'applicazione della ritenuta a titolo di imposta, come noto, si risolveva in un prelievo secco sui ricavi e non consente la deduzione dei costi che a quei ricavi afferiscono, con la conclusione che, anche sotto tale profilo, potrebbe implicare la violazione del principio di capacità contributiva.

lettera *f-bis*) al comma 2 dell'art. 162 cit., a norma della quale si ha stabile organizzazione nelle ipotesi in cui si ravvisi *“una significativa e continuativa presenza economica nel territorio dello Stato costruita in modo tale da non fare risultare una sua consistenza fisica nel territorio dello stesso”*. Contestualmente, la novella ha abrogato il comma 5 dell'articolo 162, il quale disponeva che *“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”* non costituiva *ex se* una stabile organizzazione³⁴.

Ad oggi, non vi è unanimità di vedute sulla corretta interpretazione della novella normativa, ma la sua *ratio* sembra chiaramente orientata a finalità anti-abuso.

Sin dalla relazione illustrativa alla proposta poi confluita in legge, si chiarisce che *“si vuole poi fornire una clausola antielusiva mirata, qualora si verificano situazioni che fanno presagire l'esistenza di una stabile organizzazione in Italia dell'operatore non residente abilmente dissimulata. Lo stesso documento Ocse del 5 ottobre 2015 lascia intendere quanto frequenti e pericolose possano essere le manipolazioni effettuate da imprese digitali per evitare che le loro modalità operative possano essere qualificate come requisiti oggi idonei a dare luogo a stabili organizzazioni nel senso tradizionale. La formulazione della lettera g) [i.e. l'attuale lett. f-bis], aggiunta al comma 2 dell'articolo 162, ha proprio lo scopo di individuare nella stabilità, nella ricorrenza e nella dimensione economica dell'attività dell'operatore digitale non residente gli elementi in presenza dei quali sussiste una stabile organizzazione del medesimo, nonostante le accortezze che questi possa avere adottato. Si tratta, quindi, di una disposizione di carattere antielusivo che, come tale, non contrasta con la disciplina convenzionale mirando, anzi, al suo pieno rispetto. Sarà, del resto, compito dell'amministrazione finanziaria motivare – come richiesto dalla*

³⁴ Tale ultima disposizione, secondo le interpretazioni della dottrina e della prassi, escludeva la sussistenza di una stabile organizzazione nelle ipotesi di sito internet italiano, *server* utilizzato per svolgere attività preparatorie o ausiliarie *internet service provider* che operasse come agente indipendente. Non è tuttavia escluso che il nuovo impianto normativo possa condurre alla configurazione di una stabile organizzazione anche nel caso del sito *web* e del *server* se ricorreranno le condizioni previste dalla nuova lettera *f-bis*).

giurisprudenza europea – la strumentalità della costruzione atta a non far emergere la consistenza fisica dell'attività dell'operatore non residente”.

Ma anche negli altri lavori parlamentari³⁵, si legge che il riferimento agli elementi della stabilità, della ricorrenza e della dimensione economica dell'attività hanno la finalità dichiarata di impedire, ad opera dei contribuenti, manipolazioni che impediscano la qualificazione di "stabile organizzazione". Si rinviene, inoltre, un indice di compatibilità della norma con i trattati europei e internazionali nella sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea C-6/16 del 7 settembre 2017³⁶, la quale avrebbe *"ritenuto, nella sostanza, compatibile con i Trattati una disposizione che, pur differenziandosi dalle loro prescrizioni, sia volta a contrastare fenomeni di frode o di abuso di diritto"* e si citano i passaggi della pronuncia nella quale la Corte ha affermato che:

- *"una presunzione generale di frode e di abuso non può giustificare né un provvedimento fiscale che pregiudichi gli obiettivi di una direttiva, né un provvedimento fiscale che pregiudichi l'esercizio di una libertà fondamentale garantita dal Trattato"* (punto 31);.

- *"per verificare se un'operazione persegue un obiettivo di frode o di abuso, le autorità nazionali competenti (...) devono procedere, caso per caso, a un esame complessivo dell'operazione interessata. L'introduzione di un provvedimento fiscale di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di contribuenti dall'agevolazione fiscale, senza che l'amministrazione finanziaria sia tenuta a fornire il benché minimo principio di prova o di indizio di frode e abuso, eccederebbe quanto necessario per evitare le frodi e gli abusi"* (punto n. 32).

Da questa prospettiva, la norma sembrerebbe assumere la funzione di clausola anti-abuso speciale, che non vuole introdurre *ex novo* una nozione di stabile organizzazione, ma proteggere dall'elusione la nozione già esistente, tuttora ancorata a criteri di materialità e fissità. Così interpretata, la norma non ha nulla di innovativo, ove si consideri l'esistenza, nell'ordinamento domestico, della norma generale che vieta l'abuso del diritto, nonché il rafforzamento della nozione di stabile organizzazione operata dalla medesima legge di bilancio, di cui

³⁵ Dossier n. 560/2, Atto Senato n. 2960.

³⁶ Citata anche nella relazione illustrativa alla proposta.

subito si dirà.

Da altra prospettiva, tuttavia, non v'è chi non veda che tale disposizione sia, invece, volta a recepire le indicazioni dell'*Action 1* del BEPS e che sia quindi volta al superamento dell'impostazione *fisica* della stabile organizzazione³⁷. In questa diversa prospettiva, tuttavia, la disposizione deve considerarsi, nella maggior parte dei possibili casi che ricadono nel suo alveo di applicazione, *inutiliter data*. Essa infatti è destinata a cedere rispetto a tutte le convenzioni contro le doppie imposizioni, che non contemplano una disposizione di tal fatta, ivi incluse le convenzioni modificate dalla Convenzione multilaterale, che nemmeno introduce un siffatto criterio di collegamento. Si tratterebbe, dunque, del più chiaro esempio di come le norme domestiche siano, unilateralmente, inadeguate a modificare un sistema di ripartizione delle norme impositive tuttora vigente e ancorato a logiche, prima ancora che a disposizioni analitiche, tutt'affatto diverse da quelle sottese alla (e introdotte dalla) menzionata novella.

Le ulteriori modifiche alla nozione di stabile organizzazione sono invece in linea non solo con le raccomandazioni del BEPS, ma anche con le nuove disposizioni recate dalla Convenzione multilaterale.

La prima modifica consente di passare da un disconoscimento *automatico* della sussistenza di una stabile a una valutazione di tipo casistico, in quanto, a seguito della novella, le ipotesi ricomprese nella *negative list*³⁸ escludono la sussistenza di una stabile solo *se e nella misura in cui* le attività ivi elencate siano di carattere preparatorio o ausiliario, rispetto all'attività in concreto svolta dal soggetto non residente. Si tratta di un tema che da tempo sollecita le riflessioni

³⁷ L. CORSO - G. ODETTO, *La nuova nozione di stabile organizzazione*, in *Le Novità della legge di bilancio 2018 e del DL collegato (Quaderni Eutekne, 2017)*, pag. 170; D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 265.

³⁸ Si tratta, in particolare, delle seguenti attività:

- l'uso di una installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa (lett. a));
- la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna (lett. b));
- la disponibilità di beni o merci appartenenti all'impresa immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa (lett. c));
- la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa (lett. d));
- la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività (lett. e)); - la disponibilità di una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività appena menzionate (lett. f)).

della dottrina³⁹ e che, da ultimo, è stato normativamente risolto dal legislatore.

La seconda modifica introduce una chiara norma antielusiva speciale. Si tratta della c.d. *anti-fragmentation rule*, volta ad evitare che l'impresa estera frammenti la propria attività sul territorio nazionale al fine di ricadere nelle ipotesi della *negative list*. L'esclusione non può infatti invocarsi quando l'attività complessiva svolta dall'impresa o da più imprese del gruppo, che abbiano o meno una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, nel complesso superino la soglia del carattere "preparatorio o ausiliario". Si tratta di una novella che evidentemente replica, nel sistema domestico, le previsioni dell'art. 13 della Convenzione multilaterale⁴⁰.

Come visto, tali ultime disposizioni sono perfettamente in linea con le modifiche introdotte al Commentario al modello OCSE⁴¹; in assenza di modifiche, le variazioni della Convenzione avrebbero ceduto il passo alla più favorevole normativa italiana, in ossequio all'art. 169 del TUIR. Diversamente, le modifiche all'art. 162 del T.U.I.R., in presenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni più favorevole, sarebbero sempre disapplicate⁴².

Una menzione particolare merita invece la terza modifica, che investe la nozione di stabile organizzazione personale. Questa modifica recepisce quanto previsto in ambito OCSE con l'Action 7 in materia di stabile organizzazione "personale" ed è sostanzialmente in linea con quanto previsto dalla Convenzione multilaterale all'art. 12; tuttavia, l'Italia ha espresso una riserva per la disapplicazione integrale di tale ultima norma, al momento della ratifica della Convenzione. V'è quindi da chiedersi se la norma domestica stia ad indicare un

³⁹ Cfr. A.M. GAFFURI, *Le ipotesi negative di stabile organizzazione. Spunti problematici e sviluppi interpretativi*, in *Dir. prat. trib.*, 2015, pag. 209.

⁴⁰ Cfr. il nuovo par. 79 del Commentario OCSE all'art. 5.

⁴¹ Sulle quali si rinvia al precedente Capitolo III. Si noti che il nuovo par. 60 del Commentario all'art. 5 del Modello OCSE chiarisce che un'attività avente carattere "preparatorio" dovrebbe, di regola, precedere l'attività *core* della società estera e durare poco tempo. Allo stesso modo, un'attività "ausiliaria" dovrebbe supportare e non essere parte del business della società estera (a questi fini, si fa riferimento alla "*essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole*"); inoltre, sempre secondo l'OCSE, parrebbe inverosimile che un'attività "ausiliaria" comporti un impiego consistente di assets o dipendenti. Sul punto, cfr. D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, cit.

⁴² A norma del quale le disposizioni domestiche "*si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione*". Sul punto, si veda D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, cit., p. 265. Sul tema anche da ultimo cfr. S. MAYR, *Alcune misure anti-BEPS ed i trattati contro le doppie imposizioni*, in *Boll. trib.*, 2016, p. 342.

ripensamento del legislatore interno che, se del caso, potrebbe confluire nella modifica dei trattati contro le doppie imposizioni⁴³; in caso contrario, atteso il contrasto tra la norma interna e quelle internazionali più favorevoli, queste ultime saranno destinate a prevalere.

La nuova disposizione⁴⁴ prevede che è integrata la stabile organizzazione personale se:

- un soggetto (residente o meno) agisca nel territorio dello Stato per conto di un'impresa non residente e abitualmente concluda contratti o operi ai fini della conclusione di contratti⁴⁵ senza modifiche sostanziali da parte dell'impresa;

- detti contratti siano conclusi in nome dell'impresa oppure siano relativi al trasferimento della proprietà, o alla concessione del diritto di utilizzo, di beni dell'impresa o che l'impresa ha il diritto di utilizzare oppure siano relativi alla fornitura di servizi da parte dell'impresa.

Non risulta integrata l'ipotesi della stabile organizzazione laddove l'attività svolta dall'agente dipendente sia limitata allo svolgimento delle attività preparatorie o ausiliarie, cui si è già detto.

Come osservato⁴⁶, la norma di fatto “abbassa” la soglia di rilevanza per l'integrazione della stabile organizzazione personale; nondimeno, si tratta di un'opera già svolta dalla Corte di Cassazione sin dal noto caso Philip Morris, quando già aveva interpretato in maniera “ampia” i requisiti della stabile organizzazione personale.

Ancora in analogia a quanto recato all'art. 12 della Convenzione multilaterale, il neo introdotto comma 7 dell'art. 162 del T.U.I.R. ridefinisce il requisito di indipendenza e ora prevede che, quando un soggetto opera esclusivamente (o quasi esclusivamente) per conto di una o più imprese alle quali è strettamente correlato, tale soggetto perde, ai fini di specie, la caratteristica dell'indipendenza.

La modifica fa seguito ai noti casi, italiani⁴⁷ e non, nei quali le autorità

⁴³ Così D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, cit.

⁴⁴ Art. 162, comma 6.

⁴⁵ Tipicamente, convinca la terza parte a stipulare contratti con l'impresa proponente.

⁴⁶ Cfr. D. AVOLIO, *La nuova definizione di stabile organizzazione*, cit.

⁴⁷ In Italia, uno dei più noti casi ha visto coinvolto *Google*. In particolare, la *Google Italy srl*, costituita nel 2002 e detenuta per il tramite della statunitense *Google International Llc*, dal

fiscali hanno contestato la sussistenza di una stabile organizzazione personale alle imprese che si avvalevano, nel territorio degli Stati, di un commissionario che avesse variamente contribuito alla regolare conclusione dei contratti nei *market countries*.

Le novelle da ultimo evidenziate, seppur parzialmente ispirate dal dibattito in materia di economia digitale, sembrano di più ampio respiro. Nondimeno, si tratta di previsioni che potrebbero, semmai, riportare in Italia l'imposizione di servizi a basso valore aggiunto, ma non certo avocare nel territorio dello Stato l'imposizione delle attività derivanti dal *core business* delle menzionate imprese.

2.2. L'approccio procedimentale. Le misure introdotte.

marzo 2004 suo socio unico, è una società di consulenza e assistenza nelle attività di supporto alla vendita, nel settore del marketing e in relazione ad attività pubblicitarie e promozionali svolte in Italia dalla consociata irlandese, *Google Ireland Ltd*. Tuttavia, secondo gli accertamenti svolti dalla Guardia di Finanza, la controllata italiana è stata ritenuta una stabile organizzazione “*occulta*” o comunque “*non formalmente costituita*” in quanto i dipendenti di *Google Italy*, come hanno raccontato peraltro clienti di società con un budget abbastanza rilevante, avrebbero svolto funzioni di “*sales e marketing*”. Da quanto è emerso anche in base all'analisi “*della struttura societaria worldwide*” dell'intero gruppo, tutto l'iter di formazione e sottoscrizione dei contratti di vendita di spazi pubblicitari sarebbe stato svolto “*materialmente sempre dai dipendenti italiani*”, che svolgevano tutte le trattative, redigevano il contratto “*standard*” e lo inviavano “*sostanzialmente formato*” al cliente che, dopo averlo sottoscritto, lo rinviava via fax nella sede di *Google Italy* che, a sua volta, lo inviava via *web* alla sede di *Google Ireland Ltd*, previo controllo preliminare “*di carattere esclusivamente formale*”, veniva sottoscritto dal Procuratore della società di Dublino, quale parte venditrice. Si è quindi concluso che la società irlandese operava in Italia in maniera “*stabile e durevole*”, per mezzo di personale dipendente dalla filiale italiana che operava come “*agente dipendente*” da Dublino. Nel verbale di contestazione si legge quanto segue: “*In tal senso è possibile affermare che (...) Google Ireland Ltd, per il tramite e attraverso personale formalmente dipendente della legal entity domestica del Gruppo, opera in Italia attraverso una stabile organizzazione non dichiarata, qualificabile come personale (dependent agent) e “non formalmente costituita”.*”

Nella lunga relazione della Guardia di Finanza, si descrive in dettaglio il *tax planning* del gruppo Google, ivi incluso il *double irish with dutch sandwich* già descritto nel paragrafo che precede. Si enfatizza il ruolo di *Google Ireland Ltd* quale centro di raccolta di ricavi con i clienti di Europa, Medio Oriente, Africa, Asia e Paesi dell'area del Pacifico. Si conclude che “*la particolare pianificazione fiscale aggressiva del Gruppo, sfruttando sinergicamente la strutturazione societaria (e le rappresentazioni economico gestionali che ne derivano) e le discrasie dei regimi fiscali nazionali e internazionali, consente di sottrarre (drenare) materia imponibile all'imposizione nazionale delle singole società, convogliando, attraverso una serie di step intermedi, i ricavi ottenuti dagli inserzionisti ubicati in vari Paesi verso uno Stato a fiscalità “zero” (Bermuda). Anelli imprescindibili di questa pianificazione sono il contratto tra le singole legal entity nazionali e Google Ireland Ltd, il royalty agreement in essere tra la medesima società irlandese, la consociata olandese e la comune controllante, la rappresentazione contabile che ne deriva e il conseguente sfruttamento ad arte delle norme convenzionali*” (F. BRUNATI, *Google, ecco come ha fatto a evadere 270 milioni di tasse in Italia secondo la Finanza*, in <https://it.businessinsider.com/google-ecco-come-fa-a-non-pagare-piu-di-200-milioni-di-tasse-in-italia/>). Si tratta di un chiaro esempio di come le indagini dei *source states*, quale è l'Italia, siano senz'altro influenzate dalla pianificazione fiscale aggressiva delle società, anche ove tale pianificazione sia chiaramente volta a sottrarre materia imponibile agli *origin states*.

2.2.1. La presunzione di stabile organizzazione nel settore dei giochi e delle scommesse.

La riflessione qui riepilogata si è intersecata nel 2016 con quella finalizzata al riordino del settore dei giochi e delle scommesse, previsto nella legge delega n. 23/2014. Con la legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di Stabilità 2016), ha infatti introdotto alcune disposizioni di natura fiscale (art. 1, commi 927-931) che regolano il trattamento fiscale delle prestazioni rese nel settore dei giochi e delle scommesse *online*.

Si tratta invero di un intervento che, pur non avendo rilevanza determinante rispetto alle intenzioni di riformare l'intero settore dei giochi e delle scommesse⁴⁸, ha tuttavia una valenza assai significativa ove contestualizzato nella riflessione finora illustrata⁴⁹.

Con l'introduzione della succitata disciplina fiscale, il legislatore ha inteso arginare il fenomeno, ampiamente diffuso in Italia, del servizio di gioco per conto terzi, *i.e.* di ipotesi in cui i *bookmaker* esteri adducevano di non avere alcuna stabile organizzazione in Italia e gli intermediari residenti assumevano di non avere alcun ruolo nella gestione della scommessa, limitandosi unicamente a raccogliere le scommesse, raccogliere le somme giocate e pagare i premi per conto dei gestori esteri (cui venivano trasmessi i dati). Si tratta di un intervento che si pone a valle di un filone giurisprudenziale di merito che già aveva individuato ed affrontato la problematica, deponendo – nella maggior parte dei casi – nel senso della riferibilità delle scommesse al soggetto estero, con conseguente individuazione di una stabile organizzazione in Italia.

Secondo le nuove disposizioni, “*qualora uno o più soggetti residenti, operanti nell'ambito di un'unica rete di vendita, svolgano, per conto di soggetti esteri non residenti o comunque sulla base di contratti di*

⁴⁸ Si tratta di un “*timido intervento*” di dettaglio, decontestualizzato rispetto alla più ampia riforma cui invece ambiva la delega. Così G. LA VALVA, *Profili procedurali e sanzionatori del gioco online*, in *Rass. Trib.*, 2016, p. 380.

⁴⁹ Come si legge nella relazione illustrativa alla proposta, con la procedura di regolarizzazione discalare di cui alla legge 23 dicembre 2014, n. 190, non è stata riconosciuta la legittimità ad operare in Italia di quei soggetti che offrono scommesse tramite i cosiddetti “Centro di Trasmissione Dati” (o “CTD”), che svolgono attività di intermediazione nella raccolta di scommesse, in quanto non titolari di apposita concessione amministrativa. Nondimeno, con la l. n. 88 del 7 luglio 2009, è stata prevista una disciplina organica e articolata in materia di gioco pubblico a distanza, che disciplina il *contratto di gioco* stipulato tra giocatore e concessionario e che disciplina della raccolta di gioco da remoto.

ricevitoria o intermediazione con i soggetti terzi, le attività tipiche del gestore, anche sotto forma di centro trasmissione dati, quali, ad esempio, raccolta scommesse, raccolta delle somme puntate, pagamento dei premi, e mettano a disposizione dei fruitori finali del servizio strumenti per effettuare la giocata, quali le apparecchiature telematiche e i locali presso cui scommettere, e allorché i flussi finanziari, relativi alle suddette attività ed intercorsi tra i gestori e il soggetto non residente, superino, nell'arco di sei mesi, 500.000 euro, l'Agenzia delle entrate [...] convoca in contraddittorio i gestori e il soggetto estero, i quali possono fornire prova contraria circa la presenza in Italia di una stabile organizzazione, ai sensi dell'articolo 162 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917".

La norma introduce quindi una presunzione di stabile organizzazione in tale specifico settore, al ricorrere di due condizioni:

- *“uno o più soggetti residenti, operanti nell'ambito di un'unica rete di vendita, svolgano, per conto di soggetti esteri non residenti o comunque sulla base di contratti di ricevitoria o intermediazione con i soggetti terzi, le attività tipiche del gestore, anche sotto forma di centro trasmissione dati”;*
- *“i flussi finanziari, relativi alle suddette attività ed intercorsi tra i gestori e il soggetto non residente, superino, nell'arco di sei mesi, 500.000 euro”.*

La presunzione di stabile organizzazione non è esplicitamente prevista dalla norma, ma si ricava *a contrario* dalla medesima disposizione, nella parte in cui prevede che, al ricorrere di tali condizioni, l'Agenzia delle Entrate *“convoca in contraddittorio i gestori e il soggetto estero, i quali possono fornire prova contraria circa la presenza in Italia di una stabile organizzazione, ai sensi dell'articolo 162 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917”.* La previsione della possibilità di offrire una prova contraria si lega, con tutta evidenza, alla correlativa possibilità, per l'Agenzia, di *presumere*, nella specie *iuris tantum*, la sussistenza di una stabile organizzazione ove i flussi finanziari intercorsi in sei mesi tra il soggetto residente ed il *bookmaker* superino la prevista soglia di 500.000 euro.

Il richiamo all'art. 162 del TUIR non consente di dubitare della funzione della norma: non si tratta di una disposizione che intende ampliare la nozione di stabile organizzazione prevista ai fini delle imposte sui redditi ma, piuttosto, di alleviare gli oneri probatori ordinariamente posti a carico dell'Agenzia delle entrate che, grazie alla nuova disposizione, può avvalersi di una presunzione relativa, con conseguente ribaltamento dell'*onus probandi* in capo al contribuente. E la presunzione, a sua volta, individua dei casi-tipo che generano il ragionevole sospetto che l'assetto di rapporti prescelto dalle parti nasconda una stabile organizzazione non dichiarata.

In ogni caso, il richiamo integrale all'art. 162 citato porta con sé le limitazioni che quella stessa disposizione prevede. Per fare solo un esempio, laddove l'attività svolta dal gestore si risolva in un'attività di sponsorizzazione del *bookmaker* ovvero di assistenza ai giocatori, sarà integrata una tipica fattispecie di "*attività preparatoria o ausiliaria*" che esclude la sussistenza di una stabile organizzazione in Italia⁵⁰. Allo stesso modo, dovranno applicarsi le ordinarie regole previste per i soggetti che operino in Italia disponendo unicamente di un sito *web* (che non è, si per sé, indice di stabile organizzazione) ovvero di un *server* italiano (che invece può identificare una stabile organizzazione ove sia sfruttato in maniera essenziale nello svolgimento di attività non preparatorie o ausiliarie).

In tale ottica, assume inoltre un diverso valore semantico l'individuazione di un volume minimo di transazioni. Mentre nelle precedenti proposte tale soglia somigliava ad un autonomo criterio di collegamento tra il soggetto non residente e il *market country*, in questa disposizione essa assurge a mero *indice* significativo di una presenza della società non residente in Italia, indice che può – come può non – sottendere una reale presenza fiscale di quella società in Italia, da verificare tuttavia applicando le ordinarie norme in tema di stabile organizzazione.

L'accertamento di una stabile organizzazione fa seguito ad un procedimento

⁵⁰ G. LA VALVA, *Profili procedurali e sanzionatori del gioco online*, cit. Secondo l'autore, "*Tale sembra essere anche l'impostazione seguita dal legislatore fiscale che al comma 927 dell'art. 1 della legge di Stabilità ha previsto che l'atto di mettere a disposizione dei fruitori finali del servizio strumenti per effettuare la giocata, quali le apparecchiature telematiche e i locali presso cui scommettere, non costituisce ex se condizione sufficiente per configurare la presunzione di stabile organizzazione. L'uso della congiunzione "e" lascia agevolmente intendere che tale circostanza sia invero concorrente rispetto agli altri presupposti previsti dalla citata disposizione*".

di contraddittorio preventivo della durata massima di novanta giorni. Una volta accertata la presenza fiscale in Italia della società non residente, scatta l'obbligo, per gli intermediari finanziari, di operare una ritenuta a titolo d'acconto pari al 25% degli importi delle transazioni destinati al beneficiario non residente, con obbligo di successivo versamento entro il sedicesimo giorno del mese successivo a quello di effettuazione del pagamento⁵¹. La ritenuta – a differenza di quanto previsto dalle proposte esaminate in precedenza – è effettuata *a titolo di acconto*, con la conseguenza che resta garantita la possibilità, per il soggetto inciso, di far concorrere quei ricavi alla base imponibile e decurtarli, così, dei costi afferenti.

Al di là delle peculiarità che connotano il settore dei giochi e delle scommesse, sembra evidente che il legislatore ha scelto tale settore come banco di prova di un meccanismo di accertamento che, nelle proposte che precedono, è invece generalizzato. Le operazioni che ricadono nell'alveo applicativo della disposizione sono infatti, con tutta evidenza, una declinazione dell'economia digitale, in quanto si svolgono unicamente in rete su apposite piattaforme *online* e vengono frequentemente effettuate da operatori non residenti, talora stabiliti in Paesi a fiscalità privilegiata, che non hanno – ovvero, in certi casi, occultano – una presenza materiale o personale in Italia.

Non a caso, la disciplina qui illustrata eredita e collaziona dei tratti caratterizzanti delle precedenti proposte e, in parte, ne risolve le criticità. Per fare un esempio, abbandona l'idea di introdurre una nuova nozione di stabile organizzazione e rimodula la soglia di prestazioni rendendola *indice* della presenza di una stabile organizzazione, e non elemento costitutivo della medesima. Alcuni autori⁵² hanno infatti ribattezzato l'intervento normativo come *diverted profits tax* italiana, anche in ragione del fatto che i due regimi, forse non casualmente, prevedono un prelievo pari al 25%. Tuttavia, sebbene ispirate dalla medesima *intentio*, le due misure sembrano strutturalmente diverse: si nota subito che la DPT inglese è misura generale, mentre quella italiana si applica ad un unico, specifico settore; inoltre, la DPT inglese non è nominalmente un'imposta

⁵¹ Legge di Stabilità 2016, art. 1, Comma 930.

⁵² G. LA VALVA, *Profili procedurali e sanzionatori del gioco online*, cit; nello stesso senso, M. PENNESI, M. GAZZO, *Nei giochi la presunzione di stabile organizzazione*, in *IlSole24Ore*, 1° luglio 2016.

sui redditi e, anche a volerla qualificare in tale accezione, si atteggia a maggiorazione dell'aliquota prevista dalla *corporation tax* inglese, mentre la disciplina italiana vuole espressamente intervenire su un piano procedimentale, limitandosi ad introdurre una presunzione di stabile organizzazione che, ove non smentita, determina l'ordinaria applicazione delle imposte dirette sui redditi imputabili a detta stabile organizzazione.

2.2.2. La cooperative compliance e la c.d. web tax transitoria.

Nel medesimo contesto sopra delineato va collocato l'articolo 1-bis del d.l. n. 50 del 24 aprile 2017.

La nuova disposizione ha introdotto, per le società non residenti di cui all'art. 73, comma 1, lett. d) del TUIR, una specifica procedura di cooperazione con il Fisco italiano. Più in dettaglio, la norma si rivolge alle società non residenti che appartengono a gruppi multinazionali con ricavi superiori a 1 miliardo di euro e che effettuano cessioni di beni e prestazioni di servizi in Italia per un ammontare superiore a 50 milioni di euro avvalendosi di società residenti o di stabili organizzazioni appartenenti al medesimo gruppo. Tali società, possono infatti accedere ad una specifica procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata per la definizione dei debiti tributari dovuti in relazione alla “*eventuale stabile organizzazione presente nel territorio dello stato*”⁵³.

Detti soggetti, ove ravvisino la possibilità che l'attività esercitata nel territorio dello Stato costituisca o abbia costituito in passato una stabile organizzazione, possono interloquire con l'Agenzia delle Entrate e verificare in contraddittorio (i) l'esistenza di detta stabile organizzazione e (ii) l'ammontare di redditi ad essa imputabile. Il contraddittorio preventivo viene avviato su istanza del contribuente e si svolge secondo le modalità previste dalla c.d. *cooperative compliance*⁵⁴.

⁵³ Per un approfondimento tecnico, si rinvia a ASSONIME, *Prime considerazioni sulla web tax “transitoria”*, circolare n. 21/2017.

⁵⁴ Il regime di *cooperative compliance* tra amministrazione finanziaria e contribuente previsto dal decreto legislativo 128/2015 consente di individuare, monitorare e gestire congiuntamente il rischio di natura fiscale. In particolare, obiettivo della *cooperative compliance* è quello di fornire certezza del diritto in relazione ai rischi fiscali dell'impresa, attraverso un rapporto di reciproco affidamento e di fiducia tra fisco e contribuente. Per un approfondimento, si rinvia a B. FERRONI, *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi*

La norma consente una gestione flessibile del contraddittorio, sia nella fase che precede l'emissione dell'invito al pagamento, sia in quella che fa seguito a tale emissione. In seguito alle modifiche introdotte con la l. n. 190/2014, infatti, l'art. 5 del D.Lgs. n. 218/1997 non contempla più la possibilità di aderire direttamente all'invito, ma ha la funzione di fornire specifici elementi per avviare il contraddittorio finalizzato all'adesione, da formalizzare poi attraverso uno specifico atto⁵⁵.

Nel caso in cui constati la sussistenza di una stabile organizzazione in Italia, l'Agenzia delle entrate invia alla società un invito a definire, in contraddittorio, i debiti tributari di tale stabile organizzazione per i periodi d'imposta per i quali siano scaduti i termini di presentazione delle dichiarazioni. In caso di versamento delle imposte dovute, sono irrogate le sanzioni amministrative di cui all'articolo 2, comma 5, del D.Lgs. n. 218 del 1997 (accertamento con adesione) ridotte alla metà; inoltre, in tali ipotesi il reato di omessa dichiarazione non è punibile. I soggetti nei confronti dei quali sia stata constatata l'esistenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato e che abbiano estinto i debiti tributari, a prescindere dall'ammontare del volume d'affari o dei ricavi della stabile organizzazione, possono inoltre accedere al regime dell'adempimento collaborativo al ricorrere degli altri requisiti previsti dal d.lgs. n. 128 del 2015 (come la sussistenza del c.d. *tax control framework*).

Nel caso in cui non sia invece sottoscritto l'avviso di accertamento o non siano versate le somme dovute⁵⁶, i benefici penali e amministrativi (riduzione delle sanzioni) non spettano e l'Agenzia delle entrate provvede all'accertamento

imprese, in *Fisco*, 2017, p. 25. Si veda anche la circolare ASSONIME, *Prime disposizioni attuative del nuovo regime di cooperative compliance*, n. 14 del 2016.

⁵⁵ La Legge n. 190/2014 ha infatti abrogato i commi 1-bis e seguenti dell'art. 5 del D.Lgs. n. 218/1997, che regolavano l'adesione agli inviti e la connessa riduzione delle sanzioni a un sesto dei minimi edittali. L'applicazione di questa norma è stata invece fatta salva dall'art. 2, comma 2, lett. a), del d.l. n. 153/2015 ai fini della prima voluntary disclosure e dall'art. 5-octies, comma 1, lett. e), del D.L. n. 167/1990, consentendo così l'immediata definizione (con annessa riduzione delle sanzioni ad un sesto dei minimi edittali) sulla base di quanto prospettato negli inviti. Come si legge in Sepio, Dorsogna, *la web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in *fisco*, 2017, p. 3020, da un punto di vista pratico, sarà inoltre interessante verificare se l'Agenzia ed i contribuenti riterranno di avvalersi di questa possibilità o se preferiranno concentrare il contraddittorio nella fase preliminare, ratificandone i risultati alla data prestabilita nell'invito, attraverso la redazione di un pedissequo atto di adesione o di un verbale negativo.

⁵⁶ Il richiamo al solo art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 218/1997 sembra escludere la possibilità di accedere a rateazioni. Cfr G. SEPIO, M. D'ORSOGNA, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in *Fisco*, 2017, p. 437.

delle maggiori imposte, interessi e sanzioni entro il 31 dicembre dell'anno successivo a quello di notificazione dell'invito o di redazione dell'atto di adesione (anche in deroga ai termini di decadenza ordinari ex artt. 43 del D.P.R. n. 600/1973 e 57 del D.P.R. n. 633/1972). In questo caso, sembra doversi ritenere che venga meno anche la possibilità di accesso agevolato al regime di *cooperative compliance*, la quale è a sua volta prevista come ulteriore beneficio conseguente al perfezionamento della procedura. Di contro, la norma non contempla l'ipotesi in cui, a seguito della procedura di contraddittorio, non si ravvisino i requisiti di una stabile organizzazione, ma è ragionevole ritenere che, anche in tale circostanza, sia redatto apposito verbale che dia atto di tale circostanza; anche in questo caso, tuttavia, non sembra che la società possa accedere in via semplificata al regime dell'adempimento collaborativo, il quale sembra presupporre il perfezionamento della procedura e il rinvenimento di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato⁵⁷.

La norma descritta non opera ove siano già stati effettuati accessi, ispezioni o verifiche o ove il contribuente abbia avuto formale conoscenza di procedimenti tributari amministrativi o penali a suo carico, a voler valorizzare la necessaria spontaneità della *disclosure* che rende meritevoli i conseguenti benefici sanzionatori e penali. Inoltre, tale procedura è *successiva*, si applica cioè rispetto ai periodi di imposta già esauriti e, quindi, rispetto alle attività di impresa già svolte; in ogni caso, l'adesione a tale regime non esclude la possibilità di ricorrere alla procedura di cui all'art. 31-ter del d.P.R. n. 600/1973 (c.d. *ruling internazionale*) per verificare *preventivamente* la sussistenza dei requisiti che configurino una stabile organizzazione in Italia.

La procedura non è specificamente rivolta alle imprese operanti nell'economia digitale ma fa chiaramente seguito alla medesima discussione parlamentare da cui sono originate le precedenti disposizioni finora descritte. Non a caso, essa è stata denominata nel corso dei lavori preparatori "*web tax transitoria*", non mancando di sottolineare che essa è *essenzialmente* rivolta alle

⁵⁷ G. SEPIO, M. D'ORSOGNA, *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, cit.

multinazionali del *web*. Lo stesso ufficio parlamentare di Bilancio⁵⁸ commenta che

“La norma è stata presentata come una imposizione sulle imprese digitali (web tax) ma in realtà si configura come un più generale strumento antielusione e antiabuso indirizzato alle imprese multinazionali, senza discriminare tra imprese digitali e non digitali. Nella sostanza la nuova norma non introduce una specifica imposta, ma una soluzione su base volontaria di adesione delle imprese multinazionali al sistema fiscale italiano, attraverso una localizzazione palese della loro attività economica e la costituzione di una stabile organizzazione come presupposto per la loro tassazione alla fonte”.

Riecheggia inoltre, nel tenore letterale della norma, un richiamo implicito al tema della stabile organizzazione occulta, protagonista palese delle precedenti proposte legislative. Il primo comma della nuova norma si rivolge infatti alle *“società e gli enti di cui alla lettera d) del comma 1 dell’art. 73 del Testo Unico delle imposte sui redditi [...] che effettuino cessioni di beni e prestazioni di servizi nel territorio dello Stato [...] avvalendosi del supporto dei soggetti di cui alla lettera a) del medesimo comma 1 dell’art. 73 o di stabili organizzazioni in Italia di società di cui alla citata lettera d), appartenenti al medesimo gruppo societario”*; così costruita, la disposizione sembra descrivere proprio il caso in cui i non residenti *occultino* la propria stabile organizzazione “all’interno” di soggetti diversi, appartenenti al medesimo gruppo, stabiliti nel territorio dello Stato, del tutto simile a quei casi esaminati dalla prassi e dalla giurisprudenza che hanno, per l’appunto, coniato la fattispecie della stabile organizzazione occulta.

Si tratta senz’altro di un mutamento radicale di approccio, ma – contrariamente a quanto affermato nel commento trascritto – non sembra che esso sia ispirato da logiche antiabuso. La nuova norma, infatti, abbandona chiaramente la scelta di introdurre una nuova e diversa nozione di stabile organizzazione ed affronta il tema dal punto di vista procedimentale, mirando alla *tax compliance* e inducendo di fatto le imprese multinazionali – *in primis* quelle “digitali” – a collaborare con l’Amministrazione finanziaria italiana per far emergere nuove basi imponibili. Non a caso, la nuova *web tax* combina caratteristiche di altri

⁵⁸ UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO, *Interventi antielusione e imprese digitali: le misure nella recente “Manovrina”*, Flash n. 5, 1° agosto 2017.

istituti già previsti dall'ordinamento italiano, come la *voluntary disclosure*, la *cooperative compliance* e l'accertamento con adesione, costruendo un apposito procedimento istruttorio mirato a sollecitare l'auto-dichiarazione delle stabili organizzazioni da parte delle società non residenti.

Le criticità relative a tale disposizione, in ogni caso, permangono.

Una prima criticità emerge ove si presupponga – come appare ormai chiaro in nel panorama internazionale – che l'attuale costruzione della figura della stabile organizzazione sia inadeguata a rappresentare il *modus operandi* delle imprese digitali. In tale ottica, infatti, tali imprese non avranno alcunché da dichiarare al fisco italiano, operando mediante strutture economiche non sussumibili nell'art. 162 del TUIR e, quindi, inidonee a configurare una stabile organizzazione in Italia. Del resto, il dibattito da cui scaturisce la disposizione qui in commento dimostra che il legislatore domestico è ben consapevole di ciò, tant'è che ha tentato inizialmente di intervenire con una misura strutturale mirata ad ampliare la nozione di stabile organizzazione con proposte, tuttavia, in contrasto con il reticolato di accordi internazionali contro le doppie imposizioni.

Ad ogni modo, tale procedura può ben prestarsi ad essere utilizzata nei casi-limite in cui il confine tra la presenza e l'insussistenza di una stabile organizzazione in Italia è labile; ad ogni modo, non sembra che uno strumento puramente domestico possa servire a tale scopo. Si ricordi, infatti, che la stabile organizzazione attribuisce all'Italia il potere di assoggettare ad imposizione redditi prodotti da una società non residente, sicché di fatto sottrae potere impositivo allo Stato in cui detta società risiede: la corretta ricostruzione di una stabile organizzazione in situazioni critiche sarebbe forse da rimettere al dialogo tra gli Stati interessati, sfruttando semmai gli strumenti forniti dalle convenzioni stesse, *in primis* la *mutual agreement procedure*⁵⁹, e non – come nel caso di specie – alle determinazioni del solo Stato della fonte⁶⁰.

2.3. L'imposta sulle transazioni digitali.

⁵⁹ Si tratta della procedura che può essere avviata dalle imprese per coinvolgere gli Stati nell'interpretazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni. Si veda P. VALENTE, *Procedure amichevoli, procedure arbitrali e rapporti fisco-contribuente*, in *Fisco*, 2017, p. 451.

⁶⁰ Sul tema, si veda A. TOMASSINI, *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corriere Tributario* n. 3 del 2018, pag. 169.

2.3.1. Breve descrizione del tributo.

In tutt'altra prospettiva si pone invece l'imposta sulle transazioni digitali, parimenti introdotta con la Legge di bilancio 2018.

I commi da 1011 a 1019 dell'art. 1 della Legge di bilancio 2018⁶¹ hanno infatti istituito l'imposta sulle transazioni digitali, che dovrebbe entrare in vigore l'anno successivo a quello della pubblicazione in G.U. del decreto attuativo, deputato a meglio delimitarne l'oggetto. L'imposta sembra, ad oggi, l'ultimo e più vigoroso tentativo di intervenire sulla materia della *digital economy* e rappresenta un chiaro cambio di rotta rispetto al passato.

La nuova imposta grava sulle transazioni digitali relative a prestazioni di servizi effettuate tramite mezzi elettronici, *i.e.* 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, rese nei confronti di soggetti commerciali o professionali o loro stabili organizzazioni residenti in Italia. L'oggetto dell'imposta – e qui già una prima criticità – è definito in modo estremamente generico (“*transazioni digitali relative a prestazioni i servizi effettuate tramite mezzi elettronici*”); il decreto del Ministero dell'Economia di prossima emanazione dovrà definire in maggiore dettaglio quali siano le prestazioni di servizi che ricadono nell'alveo applicativo della citata norma.

L'imposta si applica con un'aliquota del 3% ed ha come base imponibile il “*valore delle transazioni*”, da intendersi come corrispettivo dovuto per le prestazioni, al netto dell'imposta sul valore aggiunto.

I soggetti passivi sono tutti coloro che, residenti o non residenti in Italia, effettuino più di tremila prestazioni di servizi digitali ed è riscossa per ciascun servizio reso, mediante ritenuta d'imposta con obbligo di rivalsa, salvo il caso che il soggetto che effettua l'operazione dichiari di non superare il menzionato limite. Da tale previsione sembra evincersi che l'imposta gravi su una platea particolarmente ampia⁶², atteso il richiamo ai sostenuti di imposta di cui all'art. 23

⁶¹ L. n. 205 del 27 dicembre 2017.

⁶² Sono invece esclusi da tale imposta:

- le imprese agricole;

del d.P.R. n. 600/1973. Tuttavia, va evidenziato⁶³ che tale ultima norma, a sua volta, richiama i soggetti di cui all'art. 73, comma 1, del TUIR includendo, quindi, non solo i soggetti che svolgono attività commerciale, ma anche gli enti pubblici o privati che non svolgono attività commerciale, gli OICR e i *trust*, nonché le società semplici, le associazioni e le persone fisiche che esercitano attività di impresa, arti o professioni, nonché i liquidatori e i condomini. Nondimeno, il riferimento alla procedura di fatturazione potrebbe essere interpretata come un riferimento ai soli soggetti che svolgono attività di impresa, arti o professioni ai sensi della normativa in materia di imposta sul valore aggiunto. Si tratta, quindi, di un'imposta indiretta che grava sulle sole prestazioni di servizi elettronici B2B: ne restano escluse le transazioni B2C e le operazioni relative al c.d. commercio elettronico indiretto, che utilizza la rete per movimentare beni fisici.

I profili applicativi del tributo non sono dettagliati, ma rimessi al decreto di prossima emanazione, che dovrà prevedere anche eventuali casi di esonero; nondimeno, ai fini dell'accertamento, delle sanzioni, della riscossione e del contenzioso, è fatto espresso rinvio alle norme previste in materia di imposta sul valore aggiunto.

2.3.2. La ratio e la struttura del tributo.

L'imposta è disciplinata nei suoi tratti essenziali, e nemmeno in tutti. Infatti, pur riuscendo a superare alcune criticità delle precedenti proposte, permangono

-
- i soggetti che abbiano aderito al regime forfetario per i contribuenti minimi introdotto dall'articolo 1, commi 54-89 della legge di stabilità 2015 (legge 23 dicembre 2014, n. 190);
 - chi abbia aderito alle agevolazioni per l'imprenditoria giovanile ed i lavoratori in mobilità previste dall'articolo 27 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98.

Tale eccezione parrebbe *prima facie* operare in un'unica direzione, ovvero quando siano rese a tali soggetti, e non viceversa. Così CONFINDUSTRIA, *Nota di aggiornamento 10 gennaio 2018*, "Legge di bilancio 2018 - Misure fiscali d'interesse per le imprese - Prime osservazioni aggiornate alla pubblicazione del testo definitivo", pag. 103.

Ad ogni modo, è stato osservato che Invero anche su questi esoneri sussistono delle perplessità in punto di potenziali effetti discriminatori, posto che tra i soggetti di cui all'art. 23, comma 1, D.P.R. n. 600/1973, cui la norma fa rinvio, vi sono altri soggetti di piccole dimensioni che invece potrebbero restare incisi dal tributo. Così TOMASSINI A., *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corriere Tributario* n. 3 del 2018, pag. 169.

⁶³ CONFINDUSTRIA, *Nota di aggiornamento 10 gennaio 2018*, "Legge di bilancio 2018 - Misure fiscali d'interesse per le imprese - Prime osservazioni aggiornate alla pubblicazione del testo definitivo", pag. 103.

numerose perplessità.

Quanto alla *ratio*, la norma sembra, a prima vista, volta a recepire le proposte dell'OCSE volte ad introdurre una *equalisation levy* per le imprese digitali, prospettata sin dal *discussion draft* del 2014. Rappresenta, inoltre, l'evoluzione domestica della dichiarazione politica di alcuni ministri europei al recente G7 di Tallin, ivi incluso quello italiano⁶⁴. Nondimeno, attesa l'applicazione della medesima anche ai non residenti, sembra che essa si discosti dal modello di *imposta compensativa*, quantomeno laddove si intenda quale *compensazione* quella tra i non residenti e i residenti⁶⁵.

Potrebbe, comunque conservare un effetto compensativo di altra natura, e cioè quello di colpire le imprese che, operando con strutture digitali, conservano un vantaggio concorrenziale. Si tratta di un tema ampiamente dibattuto anche a livello internazionale, nel quale è ripetutamente posto l'accento sulla tendenza monopolistica della *digital economy* e sull'altissima volatilità di alcuni mercati interamente digitali, non mancando di rilevare che la componente fiscale assume un ruolo non secondario a tal fine. Senonché, a ben vedere, la struttura del tributo non sembra sottendere l'intento di ripristinare l'equilibrio concorrenziale, ma anzi potrebbe sortire effetti contrari.

In proposito, si noti che le disposizioni normative prevedono che l'imposta è dovuta da soggetti residenti e non residenti, indipendentemente dal luogo di conclusione della transazione, e ancorano la territorialità alla residenza del committente. Sembra che tale scelta sia volta a prevenire il rischio di discriminazione: un'imposta gravante solo sui non residenti sarebbe potuta risultare incompatibile con gli obblighi comunitari e internazionali⁶⁶. Nondimeno, si tratta di una scelta che rischia di creare uno svantaggio competitivo "inverso": potrebbe infatti determinare una discriminazione in sfavore delle imprese

⁶⁴ Descritta al precedente Capitolo III.

⁶⁵ E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, p. 1507.

⁶⁶ La proposta originaria prevedeva infatti di limitare la sua applicazione alle sole prestazioni effettuate da soggetti non residenti, infatti *nella relazione illustrativa alla proposta originaria si legge che "L'imposta, inoltre, non si applica nei rapporti fra soggetti che producono reddito di impresa sul territorio nazionale (B2B), ivi inclusi i soggetti non residenti ma con stabile organizzazione in Italia (visto che anche queste producono, tecnicamente parlando, reddito d'impresa)";* la scelta è stata abbandonata, per sottrarre il tributo da critiche concernenti la discriminazione tra soggetti residenti e non residenti.

residenti, sicuramente dotate di una posizione concorrenziale più debole rispetto alle note imprese straniere e sottoposte (anche) all'imposizione diretta italiana⁶⁷. Infatti i ricavi delle imprese digitali residenti sono sottoposti non solo al nuovo tributo, ma anche alle altre imposte dirette con le aliquote vigenti in Italia, con un onere di imposta effettivo più elevato. Al contrario, per le multinazionali non residenti la misura non risolve, ma nemmeno lambisce, la problematica dell'erosione dei loro redditi, rischiando finanche di incrementare il loro vantaggio concorrenziale.

In quest'ottica, deve altresì essere evidenziata la possibilità (non vietata, né probabilmente vietabile⁶⁸) di traslare l'imposta sui committenti, che acuisce le disparità concorrenziali, soprattutto per le imprese italiane, che vedono incrementato il costo d'accesso ai canali digitali, costo che certamente non è compensato dalla possibile deduzione della medesima ai fini delle imposte dirette.

D'altra parte, lo stesso ufficio parlamentare di bilancio afferma che il livello relativamente contenuto dell'aliquota di imposta sembra costituire un compromesso tra la necessità di contrastare l'elusione fiscale e l'intento di non penalizzare eccessivamente le imprese residenti⁶⁹. Si continua, quindi, a proporre strumenti latamente "antielusivi" che, tuttavia, sortiscono effetti inconferenti con loro stesse premesse e rischiano, finanche, di sortire effetti controproducenti rispetto alle intenzioni che le orientano.

Desti inoltre perplessità la scelta della soglia introdotta, che non sembra aver riguardo al valore delle transazioni, ma unicamente al loro numero. Si tratta di un parametro che, sebbene volto ad escludere da imposizione i soggetti che prestano servizi in maniera occasionale, rischierebbe di essere poco efficace, in

⁶⁷ M. MISCALI, *Web tax all'italiana: è la scelta giusta?*, in *quotidiano ipsoa*, 27 gennaio 2018. Lo stesso ufficio parlamentare di bilancio italiano, nel comunicato stampa del 29 dicembre 2017, ha evidenziato che società residenti che, stando così le cose, si troveranno a dovere pagare tale nuovo tributo - per certi versi assimilabile all'IVA, con tutto ciò che ne potrebbe conseguire in termini di eventuali censure comunitarie, quale "duplicato" dell'IVA - in aggiunta alla ordinaria tassazione diretta, senza la concessione di alcun credito d'imposta, come inizialmente previsto. Paradossalmente, nel nostro ordinamento si verrebbe a creare una situazione diametralmente opposta a quella verificatasi nell'ordinamento britannico ed indiano, dove a seguito dell'introduzione delle relative *web tax*, si è sostenuto l'illegittima introduzione di un vantaggio a favore delle imprese residenti.

⁶⁸ Era proprio questa una delle criticità della Robin Hood Tax italiana, segnalata anche dall'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, nella relazione per il 2008 al Parlamento della Repubblica circa l'attuazione dell'imposta.

⁶⁹ UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO, comunicato stampa del 29 dicembre 2017.

quanto privo di un indicatore di rilevanza economica delle transazioni. In ipotesi, prestatori che effettuano molte operazioni di scarsa entità ricadrebbero nell'applicazione del tributo, mentre prestatori che effettuano un numero contenuto di prestazioni per somme ingenti ne rimarrebbero esclusi⁷⁰.

Non è agevole individuare la capacità contributiva colpita dal tributo. Non aiuta il testo della norma, che si limita ad individuare l'oggetto dell'imposta e i soggetti passivi, non esprimendosi esplicitamente sull'indice di capacità contributiva colpito; non aiuta nemmeno la relazione illustrativa, che assiomaticamente afferma che "*Le attività digitali, comunque, meritano una nuova attenzione, perché costituiscono una manifestazione di capacità contributiva*". Tentando quindi di ricondurre tale tributo ad un prelievo già conosciuto, sembra che essa – come detto – esuli dal contesto delle imposte sul reddito; il tributo è calcolato infatti sul corrispettivo che, espressamente, viene assunto a base imponibile del tributo al lordo dei costi, ed è, quindi, del tutto inidoneo a colpire il reddito, da intendersi come risultato netto dell'attività di impresa. Allo stesso modo, non può definirsi un'imposta sul fatturato, nella misura in cui essa si aggiunge al corrispettivo praticato, e non incide quindi in diminuzione del medesimo. Parimenti inidonea sembra la sua ricostruzione in termini di imposta sui sovrapprofitti, al pari delle note *windfall taxes*, in quanto il presupposto sembra del tutto inidoneo ad isolare un ipotetico sovrapprofito, prescindendo completamente dalla marginalità dei settori colpiti⁷¹. Il tributo

⁷⁰ Così CONFINDUSTRIA, *op. ult. cit.*, p. 104. Nello stesso senso, D. AVOLIO, D. PEZZELLA, *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in *Fisco*, 2018, p. 525. Non si tratta, tuttavia, di un'imposta applicata mediante una ritenuta sul prezzo, decurtato dell'onere impositivo, in quanto il prezzo viene aumentato di quella imposta e quest'ultima versata all'erario dal sostituto.

⁷¹ Un'imposta di tal fatta è la *crude oil windfall profit tax* statunitense, nonché le imposte di guerra italiane. Cfr. A. COVA, *Economia, lavoro e istituzioni nell'Italia del Novecento*, Milano, 2002, p. 347 ss. e di L. EINAUDI, *La guerra ed il sistema tributario italiano*, Bari, 1927.

Le imposte sui sovrapprofitti di guerra si applicavano sugli utili prodotti da commercianti, industriali ed intermediari, per la parte eccedente il reddito ordinario. Si procedeva alla determinazione sia del reddito complessivo sia del reddito ordinario di ciascun soggetto passivo: e solo il differenziale tra questi due valori era assoggettato alla imposizione straordinaria, con aliquote progressive. Per la determinazione del reddito ordinario il contribuente poteva scegliere tra la media del reddito realizzato in un periodo base prebellico e una presunzione di redditività del capitale investito pari all'8% (durante entrambe le guerre).

Pur – ovviamente e per fortuna – nella totale diversità di contesto, l'approccio dovrebbe essere lo stesso anche in caso di aggravii impositivi che volessero riferirsi a sovrapprofitti contingenti, mentre è di tutta evidenza che l'imposta introdotta è lontanissima da qualsiasi idea di "differenziale" tra reddito complessivo e reddito ordinario.

assomiglia piuttosto ad un'accisa, un'imposta sulla fornitura di servizi, rivolta ad una determinata categoria di transazioni e ribaltabile economicamente sui committenti⁷².

L'imposta colpisce l'intero volume d'affari e non ha più abbinata la concessione di un credito di imposta (come invece inizialmente proposto). Il diretto corollario, seppur non menzionato dalla normativa, sembrerebbe quantomeno la possibilità di dedurre tale imposta da quelle dirette, in applicazione dell'art. 99 del TUIR⁷³.

Un ulteriore interrogativo riguarda poi l'oggetto dell'imposta. La normativa primaria, infatti, rimette al decreto ministeriale la definizione, in dettaglio, dei servizi elettronici, limitandosi a descriverli in maniera assolutamente vaga. La disposizione normativa si limita a menzionare la macro-categoria, peraltro dettagliandola con clausole del tutto generiche (si pensi al riferimento al "*minimo intervento umano*"⁷⁴), e demanda alla normativa secondaria il dettaglio dei servizi inclusi nell'alveo dell'imposizione, nonché dei casi di esclusione. Tale scelta in sé legittima più di un sospetto sulla violazione dell'art. 23 della Costituzione che demanda alle fonti primarie l'individuazione degli elementi essenziali del tributo, ivi incluso il loro oggetto⁷⁵, che non sembra scusabile alla luce della circostanza

⁷² Non è, tuttavia, peregrina l'ipotesi che il presupposto sia invece il consumo di quei medesimi servizi, circostanza che troverebbe conferma sia nella sua rilevanza territoriale, assunta nel luogo in cui si trova il destinatario del servizio; come infatti menzionato nel Capitolo II, la disciplina territoriale è una declinazione del presupposto del tributo.

⁷³ A. TOMASSINI, *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corriere Tributario* n. 3 del 2018, pag. 169. Si sottolinea il rischio che sia considerato un duplicato dell'IVA (sul "consumo" del servizio digitale), rischio tuttavia fugabile attesa la settorialità, e non l'applicazione generalizzata, del tributo. Non essendo una imposta sul reddito, dovrebbe invece "resistere" rispetto alle convenzioni internazionali.

⁷⁴ M. MISCALI, *Web tax all'italiana: è la scelta giusta?*, in *quotidiano ipsoa*, 27 gennaio 2018.

⁷⁵ E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, p. 1507. È stato tuttavia evidenziato (A. BISIOLI, A. ZULLO, *Web tax: una lettura in chiave comunitaria*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 1032) che, ai fini di specie, di grande ausilio a tal fine potrebbe risultare la disciplina in materia di IVA, soprattutto comunitaria. In particolare, L'art. 7, paragrafo 1, del Reg. UE 282/2011, emanato in applicazione della Direttiva IVA n. 2006/112, contiene una definizione dei servizi in parola del tutto coincidente con quella adottata ai fini della *web tax* italiana; un'identificazione ancor più dettagliata dei servizi prestati tramite mezzi elettronici è poi rinvenibile nel paragrafo 2 dell'art. 7 del Reg. 282/2011 citato, laddove si prevede un elenco non esaustivo di tali tipi di servizi: fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti; servizi che veicolano o supportano la presenza di un'azienda o di un privato su una rete elettronica, quali un sito o una pagina web; servizi automaticamente generati da un computer attraverso Internet o una rete elettronica, in risposta a dati specifici immessi dal

che “l’individuazione di tali attività [...] risulta meno semplice e intuitiva di quanto di possa immaginare”⁷⁶: si tratta di una difficoltà che, come impone la costituzione, deve essere affrontata e risolta da una fonte primaria, e non da un decreto ministeriale. In ogni caso, essa colpisce le sole prestazioni di servizi *business to business* e, sebbene le prestazioni di servizi rientranti nel presupposto debbano essere individuate dall’emanando decreto ministeriale di attuazione, la locuzione normativa sembra richiamare quella dell’art. 7 del Regolamento 282/2011/UE in materia di IVA, che include tra i servizi prestati tramite mezzi elettronici la fornitura di prodotti digitali in generale, compresi software, loro modifiche e aggiornamenti, nonché le offerte forfetarie di servizi internet nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e

destinatario; concessione, a titolo oneroso, del diritto di mettere in vendita un bene o un servizio su un sito Internet che operi come mercato on line, in cui i potenziali acquirenti fanno offerte attraverso un procedimento automatizzato e in cui le parti sono avvertite di una vendita attraverso posta elettronica generata automaticamente da un computer; offerte forfetarie di servizi Internet (Internet Service Packages, ISP), nelle quali la componente delle telecomunicazioni costituisce un elemento accessorio e subordinato (vale a dire, il forfait va oltre il semplice accesso a Internet e comprende altri elementi, quali pagine con contenuto che danno accesso alle notizie di attualità, alle informazioni meteorologiche o turistiche, spazi di gioco, hosting di siti, accessi a dibattiti on-line, ecc.). L’Allegato II alla medesima Direttiva enumera poi le cinque seguenti fattispecie: i) fornitura di siti web e webhosting, la gestione a distanza di programmi e attrezzature; ii) fornitura di software e relativo aggiornamento; iii) fornitura di immagini, testi e informazioni e messa a disposizione di basi di dati; iv) fornitura di musica, film, giochi, compresi i giochi di sorte e d’azzardo, programmi o manifestazioni politici, culturali, artistici, sportivi, scientifici o di intrattenimento; v) fornitura di prestazioni di insegnamento a distanza. Inoltre, l’Allegato I del Regolamento stesso, che, nel riprendere le cinque fattispecie elencate dall’Allegato II della Direttiva IVA, ne fornisce esempi più dettagliati

Ancora on riferimento alla nozione di servizi elettronici, il VAT Committee ha precisato che essa poggia su quattro presupposti, tutti di pari dignità e tutti necessari al fine di integrare la nozione stessa (In tal senso, *Working Paper 843 of the VAT Committee of 12 February 2015*, TAXUD c. 1(2015)694775, p. 3.): (i) i servizi devono essere resi via Internet o rete elettronica; inoltre, la natura di tali servizi è tale per cui (ii) sono essenzialmente automatizzati, (iii) richiedono un intervento umano minimo e (iv) sono impossibili da assicurare in assenza della tecnologia dell’informazione. Quanto all’intervento umano, il VAT Committee ha precisato che, per stabilire se lo stesso assuma o meno connotazione “minima”, occorre innanzitutto avere riguardo al lato del fornitore e non a quello del committente/consumatore (*Working Paper 896 of the VAT Committee of 9 February 2016*, TAXUD.c.1(2016)922288, p. 3, nonché *Working Paper 882 of the VAT Committee of 28 September 2015*, TAXUD c. 1(2015)4459580, p. 5.): in linea di principio, dunque, se un servizio richiede un intervento umano rilevante da parte del fornitore, tale servizio non rientra tra quelli prestati mediante mezzi elettronici. Il VAT Committee ha tuttavia ritenuto che talune attività di pre- e post- vendita svolte dal fornitore (quali installazione iniziale del sistema utilizzato per la fornitura del servizio, manutenzione e riparazione in caso di problemi legati al suo funzionamento) non eccedono l’intervento umano “minimo” (*Working Paper 843 of the VAT Committee of 12 February 2015*, TAXUD c. 1(2015)694775, p. 5).

Tuttavia, non sembra che la possibilità di integrare la definizione in via interpretative possa sopperire alla lacuna normative, atteso il chiaro disposto dell’art. 23 Cost., che rimette tale compito alle fonti primarie.

⁷⁶ Così si esprime la relazione illustrativa alla proposta di legge.

subordinato⁷⁷.

Da ultimo, l'imposta non sembra scevra di profili discriminatori, che la rendono potenzialmente contraria agli artt. 3 e 53 della Costituzione, sotto – almeno – due ordini di profili.

In primo luogo, la scelta di rivolgere l'imposta alle sole prestazioni B2B, determinata chiaramente⁷⁸ da ragioni di semplificazione, crea un'incomprensibile discriminazione interna ai settori colpiti, giacché – appunto – le imprese che operano “a monte” della catena distributiva sono gravate di un tributo che, invece, non colpisce i prestatori che operano nei diretti confronti dei consumatori. Da tale prospettiva, potrebbe lamentarsi una violazione delle norme costituzionali poste a tutela della concorrenza, rinvenibili negli artt. 41 e 117, secondo comma, lettera e), Cost.

In secondo luogo, i medesimi equilibri concorrenziali sembrano parimenti violati ove si considerino i settori, globalmente intesi, nei quali il tributo insiste. Come già rilevato⁷⁹, l'economia digitale attiene al *modo* di svolgere un'attività economica, con la conseguenza che identiche attività possono essere più o meno digitalizzate. L'imposta in parola, colpendo un *modo* di esercizio dell'attività di impresa, rischia di creare irragionevoli disparità di trattamento all'interno di comparti identici. Naturalmente, si tratta di un tema che dovrà essere affrontato quando l'oggetto dell'imposta sarà maggiormente dettagliato; tuttavia, è senz'altro prevedibile che il settore della pubblicità sarà interessato dal tributo, potendo assurgere sin d'ora a esempio significativo: la pubblicità *digitalizzata* sarà la sola assoggettata al menzionato tributo, e non sembra che tale disparità trovi giustificazioni ragionevoli, sì da tacere ogni sospetto di violazione degli artt. 3 e 53 della Costituzione.

2.3.3. Imposta sulle transazioni digitali e digital service tax europea.

⁷⁷ A. PERSIANI, *Digital tax italiana e digital tax europea: siamo sulla stessa rotta?*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2018, in <http://www.dimt.it>

⁷⁸ Si legge nella relazione illustrativa alla proposta che “è sembrato inopportuno e troppo complicato, quantomeno in una prima fase, coinvolgere nel prelievo le persone fisiche che non esercitano attività d'impresa”.

⁷⁹ Capitolo I.

Come osservato in dottrina⁸⁰, balza subito all'occhio la sua similitudine con l'imposta sulle transazioni digitali su descritta e la *digital service tax* europea. Ambedue le imposte si applicheranno infatti con un'aliquota del 3% sul corrispettivo dovuto per le prestazioni di servizi digitali effettuate tramite mezzi elettronici a favore di soggetti residenti in Italia, a condizione che il prestatore dei servizi ponga in essere almeno 3.000 transazioni su base annua.

Tuttavia, i due tributi divergono per molteplici aspetti, da cui possono evincersi non solo differenze nei profili di dettaglio, ma, più a monte, nelle logiche, nella struttura e nelle intenzioni.

Diverso è, chiaramente, l'oggetto delle due imposte. Quella italiana colpisce le sole prestazioni di servizi “fornite 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”; nonostante l'impossibilità di individuare con certezza gli specifici servizi imponibili (nell'attesa dell'*emanando* decreto), è innegabile il richiamo all'art. 7 del Regolamento 282/2011/UE in materia di IVA, che si riferisce alla fornitura di prodotti digitali in generale. Diversamente, l'imposta europea colpisce i soli servizi digitali caratterizzati dalla creazione di valore da parte degli utenti, ancorandosi strutturalmente a quella creazione di valore imputabile a questi ultimi. Correttamente perseguendo tali intenzioni, l'imposta europea colpisce infatti anche i servizi forniti a consumatori finali; l'imposta italiana, invece, si applica ai soli servizi *business to business*.

Ancora, l'imposta italiana è territorialmente rilevante in base alla residenza del committente, mentre l'imposta europea si radica nel luogo in cui è situata

⁸⁰ È stato inoltre sottolineato che l'imposta descritta, pur ricalcando e anticipando la *digital service tax* proposta dalla Commissione, nondimeno se ne differenzia per molteplici profili. L'imposta Europea, come visto, è connotata da un'idea di fondo: l'idea di voler “catturare” un valore generato dagli utenti, a prescindere dal fatto che questi ultimi coincidano con i consumatori dei servizi imponibili. La declinazione in termini normativi è il *luogo di imposizione*, che – ai sensi dell'art. 5 della proposta – coincide con lo stato membro in cui si trovano *gli utenti del servizio imponibile*, nonché le soglie impositive, ancorate al numero di ricavi imponibili, indice presuntivo della presenza “economica” dell'impresa nello Stato. Di contro, l'imposta domestica ancora la soglia di imposizione al solo numero di contratti stipulati, di valenza presuntiva certamente più labile. A ciò si aggiunga che il tributo domestico colpisce solo specifiche – e non ben delineate – transazioni digitali. Sul punto, si veda E. DELLA VALLE, *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, p. 1507.

quella componente umana che partecipa alla creazione del valore colpito.

Tali osservazioni inducono a ritenere che i due tributi colpiscano due presupposti diversi: l'imposta italiana, infatti, investe la generalità dei servizi connotati da un rilevante grado di automazione senza una particolare attenzione per il ruolo che l'utente rivesta nella catena di creazione del valore, mentre l'imposta europea si concentra solo su quei servizi, a chiunque prestati, in cui l'utente svolge un ruolo fondamentale nella creazione del valore (e, dunque, nella generazione dei ricavi) per l'impresa prestatrice⁸¹.

La diversa struttura dei due tributi si apprezza anche alla luce dei meccanismi applicativi. Infatti, mentre l'imposta italiana trova applicazione per ciascuna transazione, quella europea si applica sulla massa di operazioni effettuate nel medesimo territorio in un periodo di imposta. Si tratta di un'ulteriore elemento che sembra valorizzare la qualificazione dell'imposta, nel primo caso, come tributo sulla fornitura dei singoli servizi e, nel secondo caso, come imposta sull'intero valore ritratto dagli utenti di quel territorio in detto periodo.

Tutte le citate misure svelano che l'Italia è particolarmente attiva nella materia della fiscalità dell'economia digitale; nondimeno, la sua azione domestica si affianca a quella posta in essere da altri Paesi, di cui subito si dirà.

3. LA GRAN BRETAGNA E LA *DIVERTED PROFIT TAX*.

3.1. Premessa.

Il 3 dicembre 2014, il *Chancellor of the Exchequer* inglese ha annunciato alla *House of Commons* l'intenzione di introdurre un'imposta sui *diverted profits*: “faremo in modo che le grandi multinazionali paghino la giusta imposta. Alcune delle più grandi aziende nel mondo, ivi incluse quelle che operano nel settore tecnologico, usano strutture elaborate per evitare di pagare imposte. Oggi, ho intenzione di introdurre un'imposta con aliquota del 25% sui profitti generati dalle società che svolgono la propria attività nel Regno Unito che tali società spostano fuori dal Paese artificialmente”⁸².

⁸¹ Così A. PERSIANI, *Digital tax italiana e digital tax europea: siamo sulla stessa rotta?*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2018, in <http://www.dimt.it/index.php/it/notizie/16798-digital-tax-italiana-e-digital-tax-europea-siamo-sulla-stessa-rotta>.

⁸² House of Commons, Deb 2 Dec. 2014, vol. 79, col. 309.

La *Diverted Profits Tax* (“DPT”), in vigore dal 1° Aprile 2015 nel Regno Unito, è di difficile inquadramento sistematico, in quanto è espressione di principi fiscali radicalmente innovativi. Si tenterà comunque di dare atto delle peculiarità e delle criticità di detta imposta, che si evincono dalla guida pubblicata dall’*Her Majesty’s Revenue and Customs* (“HMRC”)⁸³ e dalle norme del progetto di legge – poi approvato – che detta guida commenta⁸⁴.

Giova precisare che lo scopo della DPT non è quello di colpire le *digital enterprises*, bensì tutte le grandi multinazionali; nondimeno, il fatto generatore che ha innescato la riflessione inglese sul tema (sia consentito, il *casus belli*) risiede nell’*Action 1* del BEPS e, quindi, nella lotta all’erosione dei redditi delle grandi multinazionali digitali, al punto che le *companies in the tech sector* hanno meritato una menzione espressa nelle dichiarazioni del *Chancellor of the Exchequer*. La DPT è stata infatti ribattezzata in più occasioni *Google Tax*⁸⁵.

La DPT è (quantomeno nominalmente) un’imposta. Per espressa definizione del par. 77 del Finance Act 2015, si tratta segnatamente di “*un’imposta (da definire come “diverted profits tax”) [che] graverà, nel rispetto del disposto della presente Parte, sui diverted profits tassabili generati da una società in un dato periodo di imposta*”, ove detta società integri le condizioni di cui ai successivi par. 80, 81 e 86 della medesima *Part 3*. Giova anticipare sin d’ora che i *diverted profits* sono null’altro che i profitti delle società, decrementati dei relativi costi:

⁸³ In www.gov.uk.

⁸⁴ Per un ampio approfondimento, si rinvia altresì a T. ROSEMBUI, *Taxing digital*, cit, p. 193.

⁸⁵ The Guardian, *What Is the ‘Google tax’?*, <http://www.theguardian.com/politics/2014/sep/29/what-is-google-tax-george-osborne> (accessed 29 Sept. 2014); BBC, *Osborne – Benefit Freeze and ‘Google tax’*, (2014) <http://www.bbc.com/news/uk-politics-29411686> (accessed 29 Sept. 2014); Financial Times, *Osborne Plans Crackdown on Tech Groups with New Anti-Avoidance Rules*, <http://www.ft.com/cms/s/0/f0564d62-4803-11e4-b5ad-00144feab7de.html> (accessed 29 Sept. 2014). Sin dal 2011, il governo Britannico ha avviato una consultazione pubblica, cui ha invitato alcune aziende multinazionali di assoluta rilevanza, quali Google, Amazon e Starbucks. La consultazione era fondata sul convincimento che tali imprese non pagassero la giusta imposta nel Regno Unito, conseguendo risparmi fiscali complessivi molto significativi. Le società hanno evidenziato come la mancata imposizione dei ricavi fosse determinata dall’assenza di una presenza fiscale significativa nel Paese. Nell’opinione delle aziende, a richiesta dell’HMRC era, infatti, fuorviata dalla circostanza che le tre società operassero in maniera significativa nel mercato inglese, circostanza ininfluenza, ad oggi, al fine di collocare in detto Paese la territorialità dell’imposizione diretta. Ciononostante, il Dipartimento ha stimato che le strutture societarie organizzate da tali enti determinassero un *tax gap*, misurato, per l’appunto, al 25% dei ricavi. Cfr. House of Commons, Committee of Public Accounts, *HM Revenue & Customs: Annual Report and Accounts 2011–12*, 28 novembre 2012, in publication.parliament.uk.

detto altrimenti, i redditi. Ciononostante, le *guidance* interpretative diramate dal governo precisano nettamente (e, invero, acriticamente), con precisazione non scevra di conseguenze, che la DPT non è un'imposta sui redditi⁸⁶.

Ad ogni modo, una più accurata analisi della sua struttura, con specifico riferimento al calcolo della base imponibile e ai meccanismi di interazione con la *corporate income tax* inglese, consente di trarre conclusioni del tutto originali sulla configurazione della DPT.

3.2. La struttura della DPT: fattispecie, base imponibile e aliquota.

Le fattispecie tipiche in cui la DPT trova applicazione sono:

1. il caso in cui una società residente o non residente in UK consegua un vantaggio fiscale tramite enti o operazioni privi di sostanza economica (*UK/non-UK company: involvement of entities or transactions lacking economic substance*)⁸⁷;

2. il caso in cui una società non residente eviti di costituire una presenza fiscale in UK (*"non-UK company avoiding a UK taxable presence"*)⁸⁸.

Nella prima delle due fattispecie, l'imposta si applica quando una società eluda le norme britanniche in materia di residenza o di stabile organizzazione e, segnatamente, ove siano soddisfatte quattro condizioni:

- *the participation condition*, la correlazione – in termini di controllo societario, azionario o contrattuale – tra le parti coinvolte;
- *the mismatch condition*, la strutturazione dell'operazione in modo da consentire un disallineamento fiscale che determini la deduzione di un costo cui corrisponda la speculare imponibilità di quel provento;
- *the tax avoidance condition*, l'effetto di riduzione dell'imponibile fiscale complessivo;
- *the no economic substance condition*, l'assenza di valide ragioni economiche alla base dell'operazione dichiarata.

⁸⁶ Ciò è espressamente precisato sia nella relazione illustrativa (*"the DPT is a new charge on diverted profits"*) sia al punto n. 156 della guida (*"the DPT is separate tax from income or corporation tax"*).

⁸⁷ Finance Act 2015, sez. 80 e 81.

⁸⁸ Finance Act 2015, sez. 86.

In tali casi⁸⁹, il Fisco inglese ha, di fatto, il potere di riqualificare l'operazione effettuata dalla società e, sulla base dell'operazione alternativa che la stessa avrebbe posto in essere in assenza di risparmio fiscale, ricalcolare i redditi sottratti ad imposizione. Ove invece la società, ricadendo nelle due menzionate ipotesi, abbia ridotto l'imposizione dovuta, il Fisco inglese procede unicamente ad una ri-quantificazione dei redditi, che andranno a costituire la base imponibile della DPT. Detta riqualificazione (e ri-quantificazione) è rimessa ad una valutazione equitativa, che si basi comunque sulle norme in tema di attribuzione dei redditi alla SO e sulle norme in tema di attribuzione dei redditi alle società residenti. Le società che, entro la fine del periodo di imposta, procedano alle dovute rettifiche di *transfer pricing*, possono sottrarsi all'applicazione dell'imposta.

Nella seconda delle due fattispecie ricadono invece i casi in cui le società strutturino l'attività d'impresa in modo da evitare di costituire una presenza fiscale nel Regno Unito. Al di là della vaghezza di tale definizione – su cui si ritornerà meglio oltre –, si presume che la *avoided permanent establishment* ai fini della DPT sussista qualora una società ponga in essere in Gran Bretagna cessioni di beni o prestazioni di servizi e sia “*ragionevole assumere che alcune o tutte tali attività siano strutturate in modo da evitare che la società non residente eviti di costituire una presenza fiscale nel Regno Unito*”; inoltre, la norma si applica – e la precisazione è di assoluta rilevanza – a prescindere dalla sussistenza di operazioni prive di sostanza economica.

Detta fattispecie, tuttavia, non è integrata rispetto ai soggetti che effettuino cessioni di beni o prestazioni di servizi al di sotto di una certa soglia⁹⁰. Quanto ai metodi di cui il Fisco dovrà servirsi ai fini dell'individuazione di detta soglia, è

⁸⁹ Finance Act 2015, Sez. 82-85. Per quanto riguarda la determinazione della base imponibile nei casi in cui una società tassabile in UK consegua un vantaggio fiscale tramite soggetti privi di sostanza economica, occorre verificare se l'operazione “alternativa” a quella effettivamente concretizzatasi, e cioè quella che sarebbe stata posta in essere in assenza di risparmio fiscale, avrebbe comportato spese deducibili:

a) in caso affermativo allora si applicano le norme sul TP alla transazione effettivamente posta in essere, e ai maggiori redditi così calcolati si aggiungono i redditi che si sarebbero generati in UK a seguito della transazione alternativa (ovemai ve ne fossero);

b) nel caso contrario, allora l'operazione è interamente riqualificata nella transazione alternativa e i redditi vanno calcolati sulla base di una valutazione equitativa.

⁹⁰ La soglia è pari a 10.000.000 di sterline rispetto ai ricavi e 1.000.000 di sterline rispetto ai costi. Cfr. Finance Act 2015, Sez.

agevole individuare tali soglie quando il Fisco agirà nei confronti delle multinazionali con casa madre negli USA, in quanto la *Securities and Exchange Commission* statunitense impone alle società americane di pubblicare dati dettagliati sui paesi in cui esse svolgono la propria attività. Parimenti, il Fisco può far leva sui bilanci d'esercizio delle società del gruppo residenti in UK, per risalire (nei casi, ad esempio, di riqualificazione di una controllata in SO della casa madre) alla soglia di vendite di cui si è detto.

Ora, laddove la definizione di *avoided permanent establishment* ai fini della DPT fosse identica a quella prevista ai fini delle imposte sui redditi, tale seconda fattispecie di fatto si “appiattirebbe” sulla precedente, costituendone una mera duplicazione. Ma così non è: la *avoided permanent establishment* ai fini della DPT è infatti parzialmente diversa da quella prevista ai fini delle imposte sui redditi e, peraltro, più ampia di quest'ultima. Per fare solo un esempio, nonostante la definizione rinvii alla disciplina delle imposte sui redditi, non richiama l'applicazione di alcune ipotesi che costituiscono eccezioni della fattispecie. In particolare non è richiamata l'esclusione che concerne le “attività preparatorie o ausiliarie”⁹¹, con la conseguenza che una società che voglia negare la propria presenza fiscale nel Regno Unito non può richiamare tali eccezioni. L'omissione sembra da intendersi in tal senso: da un lato, la DPT non si applica nei casi in cui l'attività del non residente ricada tra alcune delle esclusioni generalmente riconosciute dai principi OCSE (quale è, ad esempio, il caso dell'”agente indipendente”); dall'altro, la DPT si applica ove l'attività del non residente si sostanzia in una attività che, ai fini delle norme OCSE, sarebbe esclusa in quanto considerata “preparatoria o ausiliaria”. Del resto, è noto che molti dei gruppi multinazionali, soprattutto del settore dell'economia digitale, “sfuggono” alle norme OCSE in tema di stabile organizzazione proprio avvalendosi dell'esclusione che concerne le attività preparatorie o ausiliarie. Non sembra, quindi, che tale mancato richiamo sia il frutto di una mera svista.

⁹¹ A norma della Sez. 86, par. 5, del Finance Act 2015, detta sezione non si applica in relazione alla società estera se “a) l'attività della SO elusa è tale che, in forza della sezione 1142 [l'agente indipendente, n.d.r.] o 1144 [gli alternative finance arrangements] del Corporation Tax Act 2010, la società estera non sarebbe stata trattata come una stabile organizzazione in UK in ragione dell'attività svolta [...]”. Manca il richiamo alla la Sez. 1143 del Corporation Tax Act, che per l'appunto riguarda le attività preparatorie o ausiliarie di una stabile organizzazione. Si dovrà dunque verificare come tali disposizioni dialogheranno con gli esiti del progetto BEPS.

L'imposta si applica con un'aliquota del 25% che grava sui *diverted profits*, cui vanno aggiunti gli interessi⁹². E' inoltre prevista una maggiorazione di aliquota pari all'8% per le imprese operanti nel settore bancario, applicabile a decorrere dal 1° gennaio 2016. È interessante notare che se la DPT “concorre” con l'applicazione dell'imposta sui redditi inglese (o con altra imposta sui redditi applicata in Paesi diversi dal Regno Unito), con la conseguenza che i medesimi redditi sono soggetti sia a DPT, sia a imposta sui redditi, il Regno Unito garantisce al contribuente, ai fini della DPT, un credito di imposta di ammontare pari alle imposte sui redditi versate su quel medesimo presupposto. Tuttavia, l'aliquota dell'imposta sui redditi inglese (21% nel 2014, 20% dal primo aprile 2015⁹³), è inferiore all'aliquota della DPT (25%), con la conseguenza che il credito per imposte sui redditi non potrà comunque compensare per intero la (maggiore) DPT versata.

La DPT non è un'imposta dichiarata in auto-liquidazione, ma è liquidata dagli uffici finanziari inglesi. La società che ritenga di integrare i presupposti dell'imposta deve comunicarlo al Fisco entro tre mesi dalla chiusura del periodo di imposta (l'omissione di tale “autodenuncia” è sanzionata). A seguito di detta comunicazione, l'ufficio invia alla società un avviso preliminare, con riferimento al quale la società può presentare osservazioni entro 30 giorni. Esauritosi questo brevissimo contraddittorio, l'Ufficio invia alla contribuente l'avviso di liquidazione che dà luogo all'obbligo di versare la DPT entro i successivi 30 giorni.

Dopo l'emissione dell'avviso di liquidazione si apre un periodo di 12 mesi in cui, nuovamente in contraddittorio con l'Ufficio, la società può addurre ulteriori prove per ridurre la pretesa impositiva. Al termine di tale periodo, l'ufficio può emettere un nuovo avviso modificativo in diminuzione (nel qual caso, la società ha diritto al rimborso della maggiore imposta pagata, oltre interessi) o in aumento dell'avviso di liquidazione originario.

Quanto alla riscossione, invece, sembra interessante la “corresponsabilizzazione” di tutte le società del gruppo. Si prevede infatti che, se

⁹² Finance Act 2015, Sez. 79.

⁹³ Il periodo di imposta, ai sensi delle norme inglesi, non coincide con l'anno solare ma va dal 1° Aprile al 31 Marzo.

la diretta destinataria dell'avviso è una società non residente e non adempie all'obbligo di pagare la DPT, l'Ufficio può pretendere il pagamento da parte di una società correlata alla medesima, tipicamente la controllata che risiede in UK la quale (come precisato dalla guida) opera alla stregua di responsabile di imposta ed ha diritto di rivalsa nei confronti della contribuente inadempiente⁹⁴.

3.3. La natura e la funzione della DPT. Un tentativo definitorio.

Come accennato, la DPT, per espressa determinazione normativa, non è un'imposta sui redditi⁹⁵. Sul punto, la Guida⁹⁶ precisa la diretta conseguenza di tale qualificazione: essa non ricade nell'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni sottoscritte dal Regno Unito.

La struttura dell'imposta, brevemente illustrata nel paragrafo che precede, sembra però suggerire che la DPT abbia, piuttosto un carattere "ibrido".

In parte, l'imposta si atteggia come misura diretta a contrastare l'elusione fiscale dei grandi gruppi multinazionali in specifiche ipotesi, e quindi come tipica norma anti-abuso speciale. Essa mira infatti a contrastare le pratiche di quelle società che, sfruttando strutture contrattuali e operazioni prive di sostanza economica, conseguono un risparmio di imposta. La specialità sta nel fatto che la misura non ricomprende *tutte* le ipotesi di abuso, ma solo alcune, *i.e.*, quelle ipotesi che mirano a evitare che una società palesi una presenza fiscale nel Regno Unito. In quanto tale, sembra atteggiarsi a norma procedimentale vera e propria, e non certo a imposta destinata a gravare su uno specifico presupposto, manifestazione di una capacità contributiva. Nondimeno, sembra chiaro che il presupposto dell'imposta sia il possesso del reddito, ove si consideri che il calcolo della base imponibile si basa integralmente sulle norma in materia di imposte sui

⁹⁴ Secondo le statistiche del governo inglese, le multinazionali hanno versato un importo complessivo a titolo di DPT pari a 31 milioni di sterline nel 2015/2016 e 281 milioni nel 2016/2017.

Si veda HM REVENUE AND CUSTOMS, RESEARCH AND ANALYSIS, *Diverted Profits Tax Yield: methodological note*, 13 settembre 2017, in <https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-yield-methodological-note/diverted-profits-tax-yield-methodological-note>.

⁹⁵ Ciò è espressamente precisato sia nella relazione illustrativa ("*the DPT is a new charge on diverted profits*") sia al punto n. 156 della guida ("*the DPT is separate tax from income or corporation tax*").

⁹⁶ HM REVENUE & CUSTOMS, *Diverted Profits Tax: Guidance*, 30 novembre 2015, in www.gov.uk.

redditi e, peraltro, dette imposte sui redditi, ove versate su quei medesimi proventi, possono essere decurtate dall'importo dovuto a titolo di DPT, quasi a voler confermare che le due imposte gravano sui medesimi presupposti⁹⁷. A ciò si aggiunga che, in ogni caso, la qualificazione nominale dell'imposta come autonoma e distinta dall'imposta sui redditi non sfugge all'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni, ove si consideri che la maggior parte delle convenzioni contro le doppie imposizioni prevedono che detti accordi si applicano anche a imposte *identiche o sostanzialmente simili* alle imposte sui redditi che si sostituiscano o si aggiungano alle imposte espressamente enunciate nelle convenzioni medesime, nella specie la *corporation tax* (e la DPT si atteggia in sostanza ad una maggiorazione di aliquota dell'ordinaria imposta reddituale)⁹⁸.

Così costruita, la DPT – nella parte in cui grava su una base imponibile coincidente con quella prevista ai fini delle imposte sui redditi – sembra una vera e propria maggiorazione di aliquota con funzione disincentivante, con la conseguenza che la differenza tra l'importo pagato a titolo di DPT e quello versato a titolo di imposizione diretta assume, semmai, una funzione para-sanzionatoria o, semmai, la funzione di assoggettare ad imposizione il “sovraprofitto” derivante dall'effettuazione di pratiche abusive⁹⁹.

Non è tuttavia chiaro come tale norma dialoghi con la disposizione antiabuso generale, già idonea a ricomprendere le fattispecie che ricadono – anche

⁹⁷ Il dialogo tra la DPT e le imposte sui redditi inglesi non sembra di molto dissimile da quello che intercorreva tra l'IRES italiana e la previgente *Robin Hood Tax*. Seppur con le dovute differenziazioni, si tratta in entrambi i casi di imposte che gravano sul medesimo presupposto e che lo “misurano” diversamente; la DPT determina infatti una vera e propria maggiorazione delle imposte sui redditi nei casi in cui si verificano pratiche elusive; di contro, la *Robin Hood Tax* prevedeva una maggiorazione di aliquota IRES per le imprese operanti in determinati settori economici (ragione per cui, come già rilevato, la Corte Costituzionale l'ha dichiarata contraria ai principi di uguaglianza e capacità contributiva).

⁹⁸ Accountancy Age, 'Google tax' May Be Extra-Territorial, Warns ACCA, <http://www.accountancyage.com/aa/news/2386020/-google-tax-may-be-extra-territorial-warns-acca> (accessed 10 Dec. 2014). Tuttavia, la peculiarità dell'ordinamento britannico sta nel fatto che le convenzioni internazionali non hanno carattere *self-executing* e, come tali, non fanno sorgere in capo ai privati diritti azionabili direttamente contro lo Stato inglese, a meno che non sia introdotta una norma interna che attribuisca ad esse effetti diretti di tipo verticale; norma che è stata emanata nel 2010 con riferimento alle imposte sui redditi, sui “*capital gains*” ed alla “*petroleum revenue tax*”, ma non rispetto alla *diverted profits tax*. Al riguardo si veda A. PERSIANI, *Digital tax italiana e digital tax europea: siamo sulla stessa rotta?*, cit.; D. Neidle, *The diverted profits tax: flawed by design?*, in *British Tax Review*, 2015, p. 164-165.

⁹⁹ Così ricostruita, non è escluso che essa si ponga come duplicazione delle misure punitive già previste nel Regno Unito ai fini delle imposte dirette, con ogni conseguenza in termini di divieto di *ne bis in idem*,

– nell'alveo applicativo della DPT. Nel regno Unito, infatti, esiste da tempo una norma generale anti-abuso (“*general anti-abuse rule*”) che, introdotta con la legge finanziaria del 2013, elenca una serie di imposte rispetto alle quali essa trova applicazione ed include la *Corporate Income Tax* e tutti i fenomeni che tendono ad eluderla¹⁰⁰. Ma anzi, è assai sorprendente notare che il Finance Act 2015 ha aggiunto a tale elenco anche la DPT stessa, quasi a voler confermare che la medesima non è assimilabile a nessuno degli altri tributi ivi elencati, ivi inclusa l'imposta sui redditi. La conseguenza è davvero originale: una norma anti-abuso può essere, essa stessa, oggetto di abuso.

In tale accezione, la DPT potrebbe ritenersi conforme agli obblighi internazionali, ove si consideri che il par. 9.4. del «*Commentario all'art. 1 del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni*» precisa che «*it is agreed that States do not have to grant the benefits of a double taxation convention where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into*»¹⁰¹.

Ad ogni modo, le considerazioni finora illustrate valgono nella misura in cui la DPT gravi esattamente sui medesimi redditi già gravati da imposizione diretta, non già ove la DPT esuli dai confini della comune imposta sui redditi. Il riferimento è alla seconda delle due fattispecie, mediante la quale sembra invece che la Gran Bretagna abbia introdotto un nuovo criterio di collegamento territoriale dei redditi prodotti dalle multinazionali, che non può che ripercuotersi sugli obblighi internazionali confluiti nelle convenzioni contro le doppie

¹⁰⁰ La GAAR inglese si applica alle seguenti imposte:

- a) l'imposta sul reddito delle persone fisiche (*income tax*);
- b) l'imposta sulle plusvalenze (*capital gains tax*, CGT);
- c) l'imposta di successione (*inheritance tax*, IHT);
- d) l'imposta sul reddito delle società (*corporation tax*, CT);
- e) le imposte sostitutive, addizionali o comunque assimilabili alle precedenti (es. tassazione delle *controlled foreign companies*, addizionali per banche e imprese petrolifere, *tonnage tax*);
- f) l'imposta sui proventi dallo sfruttamento di giacimenti petroliferi (*petroleum revenue tax*, PRT);
- g) la tassa sul trasferimento di beni immobili (*stamp duty land tax*, SDLT);
- h) la tassa annuale sugli immobili di pregio intestati a società (*annual tax on enveloped wellings*, ATED);
- i) i contributi al sistema nazionale di previdenza sociale (*national insurance contributions*, NICs).

¹⁰¹ A. PERSIANI, *Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2016, p. 175

imposizioni sottoscritte dal Regno Unito. Peraltro, sembra che tale criterio guardi anche al “mercato del consumo”, ove si consideri che esso si integra al superamento di una certa soglia di ricavi da vendite effettuate dalle imprese nel territorio britannico.

Tuttavia, il Regno Unito è vincolato da convenzioni basate sul modello OCSE, a norma delle quali (artt. 5 e 7) i *profits* sono assoggettati ad imposizione da uno Stato diverso da quello di residenza dell'ente solo laddove possa rinvenirsi in detto stato una stabile organizzazione, nel senso inteso dal medesimo art. 5. La circostanza che non si “passi” per una costruzione artificiosa, essendo unicamente necessario che si miri ad evitare l'imposizione nel Regno Unito, lo *scopo* della transazione diventa l'unico criterio di riferimento, così esulando dalla logica delle convenzioni, che invece guardano alle transazioni intercorse, non certo al soggettivo proposito delle parti¹⁰². Ove si interpretasse come tentativo di estendere la giurisdizione tributaria del Regno Unito “vestita” da norma anti-abuso, unilaterale e avulso dal coordinamento internazionale, non risponderebbe alla gerarchia delle fonti che, anche nel Regno Unito, impone il rispetto dei vincoli internazionali da parte delle norme interne¹⁰³.

È inoltre stato evidenziato¹⁰⁴ che la DPT trova un precedente storico. A metà degli anni '80, alcuni Stati statunitensi avevano infatti adottato un sistema di imposizione unilaterale, attirando l'ira di numerosi governi stranieri, tra cui la britannica Margaret Thatcher, che definì tale scelta politica un “*problema serio*” da risolvere con il presidente Reagan. Di tutta risposta, con il Finance Act del 1985 (Art. 54) il governo britannico ridusse alla metà il credito di imposta spettante alle imprese residenti in detti Stati per disincentivare gli investimenti in tali Paesi. Il Regno Unito è stato il Paese che più energicamente ha combattuto tali posizioni, e non è escluso che ora si ritrovi, in un ricorso storico “inverso”, ad adottare quello stesso atteggiamento che, negli anni '80, ha vigorosamente

¹⁰² S. MACLENNAN, *The Questionable Legality of the Diverted Profits Tax Under Double Taxation Conventions and European Union Law*, in *Intertax*, 2016, p. 93.

¹⁰³ Per non dire della contrarietà alle norme Europee, tema sgonfiato di significato dopo la *Brexit*. Cfr. H. SELF, *The UK's New Diverted Profits Tax: Compliance with EU Law*, in *Intertax*, 2015, p. 333.

¹⁰⁴ S. MACLENNAN, *The Questionable Legality of the Diverted Profits Tax Under Double Taxation Conventions and European Union Law*, cit.

osteggiato¹⁰⁵.

4. LA FRANCIA.

Il dibattito francese in tema di tassazione della digital economy è stato particolarmente intenso fin dal dal 2013, anche grazie alla pubblicazione di alcuni report sul tema commissionati dal Governo.

Il primo rapporto, noto come *Collin et Colin*¹⁰⁶ dal nome dei suoi redattori, affronta la tematica da una prospettiva al tempo nuova, e di sicuro interesse. Prende infatti le mosse dalla considerazione che, nell'economia digitale e, in particolare, in alcuni modelli di *business*, si attua uno scambio fra alcuni servizi (in particolare quelli resi dai motori di ricerca) resi dalle imprese e le informazioni personali fornite dagli utenti dei servizi. Tale scambio è ritenuto oneroso e generativo di un valore per le imprese fornitrici dei menzionati servizi.

Da questa prospettiva, il report suggerisce di riconoscere una stabile organizzazione quando un soggetto svolge un'attività in un determinato Paese attraverso l'utilizzo di dati raccolti tramite il sistematico monitoraggio degli utenti Internet di quel Paese; ciò in quanto la la raccolta di dati non è una attività secondaria, ma è il *core business* delle imprese medesime. La rete degli utenti collocati nel Paese potrebbe dunque assurgere ad elemento di collegamento delle imprese con il territorio dello stato, nella misura in cui detta rete è espressiva dei dati forniti gratuitamente dai medesimi utenti (il rapporto parla di *Travail*

¹⁰⁵ Nel marzo 2017, anche l'Australia ha introdotto una *diverted profits tax* modellata su quella britannica. Lo scopo della DPT australiana, al pari di quella inglese mira a garantire che l'imposta pagata da importanti entità globali rifletta correttamente la sostanza economica delle proprie attività in Australia e mira a impedire il dirottamento dei profitti *offshore* attraverso accordi con parti correlate. Incoraggia, inoltre, le grandi entità globali a fornire informazioni sufficienti agli uffici per consentire la tempestiva risoluzione delle controversie fiscali.

A differenza della correlativa imposta britannica, la DPT australiana integra la vigente normativa anti-abuso e colpisce i profitti dirottati con aliquota del 40%. Per un approfondimento, si rinvia a OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., p. 172.

¹⁰⁶ TASK FORCE ON TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY, *Report to the Minister for the Economy and Finance, the Minister for Industrial Recovery, the Minister Delegate for the Budget and the Minister Delegate for Small and Medium-Sized Enterprises, Innovation and the Digital Economy*, a cura di PIERRE COLLIN, Conseiller d'État, e, Nicolas Colin, Inspecteur des finances, 18 gennaio 2013, in <http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>. Per un approfondimento, si veda N. GAOUA, *Taxation of the Digital Economy: French Reflections*, in *Eur. Taxn.*, 2014, p. 1; A. PLUVIANO, *The French government report on taxation of the digital economy*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2014, p. 56.

Gratuit). In particolare, la capacità di raccogliere informazioni configurerebbe un “bene immateriale” collocato nello Stato ove le informazioni sono raccolte al quale “valore” dovrebbero essere rapportati gli utili. Come osservato anche i dottrina, gli autori riconoscono tuttavia che “*Une telle demarche peut sembler aussi ambitieuse que juridiquement fragile*”, ma risolvono il problema ricordando che la politica del *transferprice* nei gruppi multinazionali è, in effetti “*largement négociée*” per cui l'obiettivo non è “*de parvenir à une formule fondée sur des arguments scientifiques, technologiques ou économiques univoque*” ma di “*établir des modalités de calcul dont l'adaptation aux différents modèles d'affaires sera sans doute discutée au cas par cas*”¹⁰⁷.

La proposta suggerisce inoltre l'introduzione di un'imposta sulla raccolta dei dati¹⁰⁸, raccolta che tuttavia è qualificata come capziosa, scorretta, addirittura predatoria. Come osservato¹⁰⁹, il tributo verrebbe così ad ispirarsi ad una logica simile a quella dei tributi ambientali, secondo il principio “chi inquina paga” e graverebbe su coloro che effettuano un uso scorretto della rete. Al pari dei tributi ambientali, che mirano al miglioramento del bene ambiente, tale imposta sarebbe finalizzata al miglioramento del bene-rete. Questo assunto, tuttavia, è impreciso, ove si consideri che¹¹⁰, in molti casi, la cessione delle informazioni dall'utente al fornitore del servizio *online* è tutt'altro che predatoria, in quanto presuppone l'accettazione dell'utente medesimo¹¹¹.

Il descritto intervento non ha dato luogo all'introduzione di misure legislative, ma la riflessione francese non si è arrestata.

Il successivo rapporto *Lescure*¹¹² si è infatti nuovamente approcciato al il

¹⁰⁷ G. FRANSONI, *La stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123. L'autore osserva tuttavia che “*Se, però, l'obiettivo è quello di una fiscalità “negoziata”, è chiaro che questo non può essere raggiunto utilizzando la nozione di stabile organizzazione la quale, invece, ha l'aspirazione ad oggettivare, per quanto possibile, il criterio di riparto. Da un punto di vista, non solo scientifico, ma anche di policy generale una commistione fra diversi modelli sembra essere poco raccomandabile*”.

¹⁰⁸ O. POPA, *Taxation of the Digital Economy in Selected Countries – Early Echoes of BEPS and EU Initiatives*, in *Eur. Taxn.* 2016, p. 55.

¹⁰⁹ F. GALLO, *Indagine conoscitiva sulla fiscalità dell'economia digitale*, Audizione alla Camera dei deputati, 24 febbraio 2015, in <http://www.camera.it/temiap/2015/02/25/OCD177-980.pdf>.

¹¹⁰ Capitolo I, par. 3.6..

¹¹¹ Si rinvia, sul punto, a quanto osservato al Capitolo II.

¹¹² P. LESCURE, *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 13 maggio 2013, in <http://www.injep.fr/article/contribution-aux-politiques-culturelles-lere-numerique-5226.html>

tema della tassazione dell'economia digitale, esaminandola dal punto di vista della *policy* culturale nel settore digitale¹¹³. In particolare, il rapporto è volto ad identificare nuove risorse per il finanziamento di contenuti digitali culturali e a valorizzare le modalità di protezione dei relativi diritti di proprietà intellettuale, proponendo una tassa specifica applicabile, quale "addizionale" IVA all'1%, ai produttori sia francesi che esteri di dispositivi o terminali che consentano l'accesso ad internet¹¹⁴. L'imposta dovrebbe trovare applicazione all'atto dell'acquisto o del noleggio del dispositivo da parte dell'utente finale e sarebbe dovuta dal rivenditore/distributore o dal service provider.

Fa probabilmente seguito a tale riflessione l'imposta sui contenuti digitali introdotta dalla Francia nel 2016. Si consideri che, per finanziare la produzione nazionale di film e audio-visivi, la Francia ha introdotto nel 2003 un'imposta indiretta destinata alle vendite e ai noleggi di "videogrammi" (cioè oggetti fisici contenenti contenuti audiovisivi, come una videocassetta o un DVD), dovuta secondo il *destination based principle* da soggetti residenti e non residenti. Nel 2004, con l'avvento del commercio elettronico, l'ambito di applicazione della tassa è stato esteso ai servizi di video-on-demand online; nel 2016, per tenere conto della crescente importanza dei modelli di *business* basati sulla pubblicità, il tributo è stato ulteriormente esteso ai servizi di video-on-demand online forniti gratuitamente ma monetizzati attraverso le pubblicità visualizzate dagli utenti (di qui l'appellativo giornalistico di *You Tube Tax*). L'imposta è applicata con aliquota del 2%, aumentata al 10% per i film e i contenuti audiovisivi pornografici o che incitano alla violenza. La base imponibile è composta da due elementi: il corrispettivo pagato (IVA esclusa) per l'acquisto, il noleggio o l'accesso a contenuti audiovisivi online; e / o il corrispettivo pagato (anche attraverso un intermediario pubblicitario) per la visualizzazione di annunci pubblicitari e / o sponsorizzazioni collegate a un particolare contenuto audiovisivo online. Il corrispettivo è decrementato di una quota forfettaria del 4% (aumentata al 66% se

¹¹³ M. PENNESI, *Comparative Overview The so called "Web Tax" in other jurisdictions*, 5 ottobre 2015, cit.

¹¹⁴ Si consideri che, in Francia, Google ha concluso una disputa con il Governo sulla violazione delle norme in materia di proprietà intellettuale, accettando di finanziare un fondo di 60 milioni di euro "to help support transformative digital publishing initiatives for French readers". Cfr. <https://googleblog.blogspot.it/2013/02/google-creates-60m-digital-publishing.html>.

il contenuto audiovisivo è creato da utenti privati allo scopo di condividere e scambiare informazioni tra membri di una comunità che condividono interessi comuni) e l'imposta è dovuta solo se l'importo residuo del corrispettivo è superiore a 100 000 euro¹¹⁵.

Il 9 Marzo 2015 il think-tank “*France Stratégie*” ha infine pubblicato il report *Taxation and the Digital Economy: a Survey of Theoretical Models*¹¹⁶. Detto report, considerando le difficoltà nella localizzazione di un business, quale quello digitale, quasi completamente dematerializzato, nonché le difficoltà nel qualificare e valorizzare i dati quali beni essenziali dell'economia digitale, raccomanda di sviluppare apparecchiature statistiche per misurare le attività delle piattaforme internet, individuare delle regole di attribuzione dei profitti che tengano conto del numero di utenti in una determinata giurisdizione ovvero di utilizzare una specifica base imponibile in base all'attività (numero di utenti, flusso di dati e di pubblicità), differenziare le aliquote in base al numero di accessi *online* e spingere gli operatori ad introdurre interfacce *web* che consentano di accedere a diverse opzioni sullo sfruttamento dei dati e ad offrire un compenso agli utenti per l'upload di dati personali¹¹⁷.

5. L'UNGHERIA.

5.1. La proposta di introduzione di una *bit tax*.

L'Ungheria ha un livello di digitalizzazione molto basso. La percentuale di persone che utilizzavano internet in Ungheria nel 2013 era pari al 72,64%, secondo gli ultimi dati della International Telecommunication Union (ITU); la medesima percentuale era solo del 7% nel 2000. Nel 2013, solo 2.4 milioni di persone avevano sottoscritto abbonamenti in banda larga su linea fissa (dati ITU), in un Paese con una popolazione di quasi 10 milioni di abitanti.

Le imposte sui consumi ungheresi sono molto alte; per fare solo un esempio, l'aliquota IVA è al 27%, la più alta d'Europa. Le imposte sui redditi sono invece

¹¹⁵ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit.

¹¹⁶ *Taxation and the Digital Economy: a Survey of Theoretical Models. Final Report*, 26 febbraio 2015, in https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ficalite_du_numerique_9_mars_13_h.pdf.

¹¹⁷ M. PENNESI, *Comparative Overview The so called “Web Tax” in other jurisdictions*, cit..

relativamente “leggere” (imposta sul reddito delle società al 19%, ridotta per le PMI, e aliquota forfettaria del 16% per l'imposta sul reddito delle persone fisiche).

Il governo ungherese ha perseguito, sin dal 2010, l'intenzione di introdurre imposte straordinarie su settori specifici (tra cui quello bancario, assicurativo e delle telecomunicazioni, di cui dirò oltre), tutti settori che sono appannaggio di operatori stranieri. Nel farlo, ha deciso di introdurre molteplici interventi sull'imposizione indiretta.

Nell'ambito di tale strategia, nel 2012 il governo ha introdotto l'imposta sulle telecomunicazioni, tuttora in vigore¹¹⁸. L'imposta grava sulle imprese del settore delle telecomunicazioni (i fornitori di servizi) ed è misurata sui minuti di chiamate vocali e sui numeri di messaggi di testo inviati dagli utenti. Più nel dettaglio, la tassazione:

- grava sulle imprese che forniscono i servizi (anche se originariamente era prevista direttamente a carico dei consumatori);
- non prevede alcun divieto di rivalsa;
- è calibrata in ragione dei minuti di telefonate e dei messaggi inviati.

La c.d. *bit tax* ungherese consisteva, strutturalmente, nella proposta (avanzata nel 2014 ma mai approvata) di estendere la predetta imposta sulle telecomunicazioni anche al *downloading* di dati¹¹⁹.

Secondo il governo ungherese, l'idea alla base della *bit tax* era quella di colpire coloro che forniscono i servizi internet (gli *internet service providers*) che poi vengono utilizzati per la telefonia e la messaggistica in rete (messaggi *online* e chiamate VOIP, *Voice Over Internet Protocol*; si pensi a *Viber*, *Whatsapp*, *Skype*, ecc)¹²⁰.

Ed infatti, la preesistente tassa sulle telecomunicazioni, di cui si è detto, gravava (e grava) solo sui servizi erogati per mezzo della rete fissa (e mobile), ma

¹¹⁸ Si tratta della *távközlési adóról szóló 2012.*

¹¹⁹ La proposta è stata avanzata con l'atto n. T/1705 del 24 ottobre 2014, in modifica delle leggi impositive ungheresi (l'atto è denominato “*az egyes adótörvények és azokkal összefüggő más törvények, valamint a Nemzeti Adóés Vámhivatalról szóló 2010 . évi CXXII . törvény módosításáról*” e tale modifica è prevista al suo par. 18, pag. 50, *A távközlési adóról szóló 2012 . évi LVI. törvény módosítása* (“*Sulla tassa sulle telecomunicazioni 2012. Anno LVI. Modifica della legge*”).

¹²⁰ Un'imposta di questo tipo già esiste nello stato dell'Arkansas dal 2006 e grava sui servizi di telefonia (e messaggistica) fissa, mobile e VOIP.

non sui medesimi servizi forniti via internet.

Anche in punto di tecnica normativa, il legislatore ungherese non ha inteso introdurre una nuova imposta, ma si è limitato a proporre una modifica della tassa sulle telecomunicazioni, aggiungendo:

- all'oggetto dell'imposta, l'accesso ai servizi internet¹²¹;
- tra il novero dei soggetti passivi, accanto ai fornitori di servizi di telefonia, anche i fornitori di servizi di rete internet¹²²;
- nella norma descrittiva della base imponibile, in aggiunta ai minuti di telefonate e ai messaggi, anche i dati scaricati¹²³.

La proposta era quindi finalizzata ad ottenere una distribuzione equa del carico fiscale e a riallineare le posizioni delle imprese che offrivano servizi di telefonia (fissa e mobile e di messaggistica) che già erano assoggettate all'imposta e quelle che invece offrivano i medesimi servizi via internet.

Tuttavia, la tassa non era in grado di isolare i dati riferibili alle sole chiamate VOIP (nonché ai messaggi scambiati *online*), di talché finiva per gravare su tutti i dati trasmessi via internet. Si risolveva, quindi, in una pura *bit tax*, un'imposta "sui dati".

La *bit tax* ungherese avrebbe colpito, in punto di diritto, i fornitori di servizi internet. Tuttavia, di fatto, non essendo previsto alcun divieto di rivalsa, avrebbe inciso economicamente sui fruitori del servizio (i clienti). In verità, in una seconda versione della proposta fu previsto un divieto di rivalsa¹²⁴, ma fu subito chiaro che in un mercato liberalizzato quale è quello della telefonia, tale divieto sarebbe stato impossibile da monitorare, in quanto i fornitori sono liberi (in forza delle norme UE) di determinare le tariffe praticate.

Parimenti critica risultò la misura del prelievo. Inizialmente, i trasferimenti di dati internet erano assoggettati ad un'imposta pari a 150 fiorini (€ 0,48) per ogni GB scaricato o trasferito. Tuttavia, gli analisti del settore segnalavano l'irragionevolezza del prelievo che, non prevedendo un tetto massimo, avrebbe generato in capo alle imprese del settore oneri (di fatto ribaltabili sugli utenti)

¹²¹ Par. 148 della proposta.

¹²² Par. 149 della proposta.

¹²³ Par. 150 della proposta.

¹²⁴ Atto T/1705/09 del 27 ottobre 2014.

superiori al loro fatturato medio annuo. Fu quindi approvato un emendamento alla proposta, che introdusse un tetto massimo all'imposta dovuta, tetto che di fatto sarebbe stato sempre raggiunto, cosicché il tributo si sarebbe sostanzialmente, in pratica, in un'imposta fissa¹²⁵: le imprese di telecomunicazione non avrebbero pagato mensilmente più di 700 fiorini (2,26 €) per ogni cliente privato e 5.000 fiorini (€ 16,18) per ogni cliente aziendale.

L'imposta era espressamente deducibile ai fini delle imposte sui redditi.

La proposta sollevò non poche perplessità. L'opinione pubblica reagì vigorosamente, ritenendo che il disegno di legge limitasse l'esercizio dei diritti democratici e delle libertà fondamentali, paventando il rischio che il governo frapponesse un ostacolo all'accesso dell'informazione libera ed imparziale che solo internet può offrire¹²⁶. Taluni segnalavano l'aumento della pressione fiscale (che, in questo caso, sarebbe stato tecnicamente un aumento del costo per la fruizione di internet), che avrebbe potuto ostacolare la parità di accesso a internet e ampliare il divario digitale tra le classi sociali ungheresi.

Inoltre, fu segnalato da più parti che, se il tributo fosse stato ribaltato sui consumatori senza alcun tetto massimo, come nella prima bozza di proposta, gli Ungheresi avrebbero pagato – in dollari – 14 centesimi per ogni ora su Facebook, 19 dollari per un film in streaming, 323 dollari per la visione di una serie TV intera, peraltro a fronte di un salario medio mensile di 680 dollari.

Tra i fautori della *bit tax*, non mancò tuttavia chi ne riferì la *ratio* alla dottrina sulla *bit tax* di Luc Soete and Karin Kamp della University of Maastricht, sottolineando che, se da un lato non sarebbe “equo” tassare internet in quanto tale, ugualmente sarebbe iniquo agevolare alcuni servizi (come quelli telefonici o di messaggistica) per il solo fatto che essi siano fruibili via internet. A maggior ragione ciò vale se si considera che la rete internet è comunque una rete fisica, di talché l'imposizione sui consumi “pesanti” della rete potrebbe anche essere uno strumento per tutelare la rete medesima e la sua neutralità.

¹²⁵ Circostanza, questa, che ancor più avrebbe avvicinato detto tributo all'imposta sulle concessioni governative domestica.

¹²⁶ Sul punto, si rinvia a G. MELIS, A. PERSIANI, *Persona, economia digitale e Fisco: alcuni spunti di riflessione*, in AA.VV. (a cura di E. BILOTTI, D. FARACE, M.C. MALAGUTI), *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo*, Città del Vaticano, 2015, p. 337 ss.

Come già rilevato¹²⁷, è agevole notare che tale *bit tax* non lambisce la dispersione dei redditi delle *digital enterprises*; su tale diverso profilo sembra invece orientata la seconda misura ungherese, poi di fatto introdotta, *i.e.* l'imposta sulla pubblicità (di cui si dirà al paragrafo che segue). Nondimeno, sembra significativo osservare la reazione europea alla proposta ungherese. La Commissione non esitò a definire la *bit tax* “*a terrible idea*”, ciò in quanto “*the digital part of the economy is probably the main thing in the economy keeping Europe out of recession right now. So taxing that, in a country that is already below the average on digital indicators, is a particularly bad idea*”¹²⁸. In questo modo, l'Europa ha richiamato l'attenzione sui rischi di un possibile “accanimento” fiscale sulla materia digitale, che è la migliore via per lo sviluppo dei Paesi; ha quindi colto l'occasione per porre l'accento sulla necessità di valutare gli effetti dei nuovi prelievi e, in particolare, sul rischio che l'introduzione di nuovi prelievi su nuove forme di capacità contributiva, seppur tecnicamente consentiti, si ripercuotano negativamente sulla crescita complessiva dei Paesi, soprattutto di quelli – come l'Ungheria – che nella digitalizzazione potrebbero rinvenire delle importanti prospettive di sviluppo.

5.2. L'imposta sulla pubblicità *online*.

Accantonata l'idea di introdurre la *bit tax*, nel 2014 l'Ungheria ha deliberato l'introduzione della c.d. *Advertisement tax* che si è meritata, al pari di analoghe misure europee, l'appellativo di *Google tax*. Tale imposta, nonostante sia spesso menzionata nell'indagine relativa all'economia digitale, è a ben vedere dettata da logiche diverse da quelle che orientano le scelte dei legislatori sulla *digital economy*.

L'imposta¹²⁹ ha ad oggetto i ricavi generati dai *publisher*, *i.e.* dagli editori o da chiunque gestisca il mezzo pubblicitario, sia che esso si sostanzi in un mezzo

¹²⁷ Al Capitolo II.

¹²⁸ La dichiarazione fu espressa dalla commissaria europea per la digital agenda Neelie Kroes, la quale affermò che “*It's not a question whether the tax is legal or not. First, if you take it in the domestic Hungary context, it's the latest of what a lot of people would see as troubling actions. It's part of a pattern and has to be seen as part of that pattern of actions which have limited freedom or sought to take rents without achieving a wider economic or social interest*”. Cfr. <https://www.euractiv.com/section/central-europe/news/commission-slams-hungary-s-internet-tax/>.

¹²⁹ Act XXII of 2014 on the tax on advertising dell'11 giugno 2014.

elettronico, sia “materiale”. Tale imposta si applica sui ricavi derivanti dalla pubblicazione di avvisi pubblicitari (pubblicati sui *media* come tv e radio, su *internet* o sulla stampa cartacea) in Ungheria e si aggiunge alle ordinarie imposte sul reddito ungheresi. Grava sui compensi pubblicitari al lordo dei relativi costi, calcolati in aggregato sui compensi ritratti dai gruppi di imprese¹³⁰.

I servizi oggetto dell'imposta sono tutti i servizi pubblicitari ivi inclusi quelli forniti *online* in lingua ungherese o su siti in lingua ungherese. Segnatamente, l'imposta grava su:

- i soggetti, residenti o non residenti, che forniscono servizi pubblicitari e i *media content providers* residenti o aventi un *commercial nexus* con il territorio ungherese che consentano la diffusione di messaggi pubblicitari in Ungheria; in tale ipotesi, la base imponibile dell'imposta è pari al reddito netto ritratto dalle attività pubblicitarie;

- i soggetti residenti che acquistano servizi pubblicitari, che possono sottrarsi all'imposta solo laddove i loro fornitori dichiarino di aver adempiuto ai loro obblighi impositivi; in tal caso la base imponibile è pari all'ammontare del corrispettivo versato mensilmente¹³¹.

Nell'originaria formulazione, l'aliquota applicabile ai *publisher* era progressiva, articolata in cinque scaglioni (0%, 1%, 10%, 20%, 30% e 50%), individuati in base ai ricavi conseguiti, calcolati in aggregato sull'intero gruppo¹³². L'aliquota applicabile ai *consumer* era invece pari al 20% del corrispettivo mensile. Solo per i primi, l'imposta era deducibile dalle imposte sui redditi e solo le società in perdita nell'anno 2013 potevano riportare in avanti le perdite; le altre non avevano accesso a tale deduzione.

Nel 2015, la Commissione Europea ha tuttavia aperto una procedura di infrazione nei confronti dell'Ungheria, ritenendo che la disciplina del riporto delle perdite e l'impianto progressivo dell'imposta fossero contrari al divieto europeo di Aiuti di Stato in favore dei soggetti con redditi da pubblicità molto bassi. In esito

¹³⁰ Nella prima formulazione della norma, era inoltre prevista una base imponibile speciale per l'autopromozione, ossia la pubblicità di prodotti, beni, servizi, attività, denominazione e aspetto di colui che pubblica gli annunci. In tal caso, la base imponibile è rappresentata dai costi sostenuti direttamente da colui che pubblica gli annunci pubblicitari in relazione all'annuncio stesso.

¹³¹ È prevista una franchigia pari a due milioni e mezzo di fiorini ungheresi.

¹³² Con esenzione per le imprese che producessero ricavi inferiori a 500.000 HUF.

all'apertura di tale procedura, l'impianto delle aliquote è stato modificato¹³³, ma tali modifiche non hanno convinto la Commissione che ha dichiarato la misura un aiuto di Stato vietato.

A seguito dell'intervento della Commissione, nel 2017¹³⁴ l'Ungheria ha quindi modificato ancora una volta l'imposta dovuta dai fornitori di pubblicità, novellando nuovamente le aliquote, rivedendo il regime delle esenzioni e prevedendo meccanismi di restituzione per le imposte pagate in eccesso.

Nonostante l'imposta sia stata appellata come *Google tax*, non sembra che essa gravasse unicamente (o maggiormente) sugli operatori digitali. In proposito si consideri che, al 24 novembre 2014, l'erario ungherese aveva incassato in riscossione del tributo circa 2.640.100.000 di fiorini ungheresi (8,5 milioni di euro), dei quali tuttavia circa l'80% era stato versato da un unico gruppo di imprese¹³⁵: e non si tratta, come l'appellativo giornalistico lascerebbe pensare, di Google, bensì del colosso tedesco Bertlesmann, gruppo proprietario di RTL¹³⁶, che opera nel mercato dei *media* e che ha affiancato *ad adiuvandum* la Commissione Europea nella procedura di infrazione¹³⁷.

L'imposta appena descritta lambisce, ma non affronta direttamente, il tema della fiscalità dell'economia digitale, se non nella misura in cui rappresenta un'ulteriore tentativo di tassare i redditi nel luogo in cui si collocano gli utenti del servizio (nella specie, pubblicitario). Nondimeno, nel 2017 l'Ungheria si è affiancata alla proposta estone avanzata nel G7 di Tallin ed ha già predisposto una

¹³³ L'Act LXII of 2015 of 4 June 2015, emanato dopo l'apertura della procedura di infrazione, ha ridotto a due gli scaglioni di aliquota: 0% e 5,3%.

¹³⁴ Act XLVII of 2017.

¹³⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Decisioni on 4.11.2016 ON THE MEASURE SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover*, C(2016) 6929 final, Bruxelles, 4 novembre 2016.

¹³⁶ <https://budapestbeacon.com/rtl-group-issues-official-position-paper-on-hungary-ad-tax/>. Sembra infatti che il tributo sia stato emanato nella consapevolezza che il mercato pubblicitario ungherese sia appannaggio delle imprese tedesche che, tuttavia, non essendo localizzate in Ungheria, non versano ivi le proprie imposte dirette. Nei commenti di RTL alla decisione, si legge infatti che l'imposta avrebbe agevolato le emittenti ungheresi rispetto agli operatori internazionali dato che le emittenti ungheresi generalmente hanno proventi pubblicitari inferiori rispetto agli operatori internazionali più grandi.

¹³⁷ Nella citata decisione, è interessante notare che la Commissione ha osservato che le *“Imposte progressive sul fatturato potrebbero essere giustificate, per esempio, nel caso in cui le esternalità create dall'attività a cui si riferisce l'imposta aumentino anch'esse progressivamente, ossia più che proporzionalmente, in rapporto al fatturato. Tuttavia, l'Ungheria non ha fornito alcuna giustificazione per la progressività dell'imposta relativa a possibili esternalità create dagli annunci pubblicitari”*. Ha quindi confermato che le imposte sul fatturato possono essere commisurate ad esternalità negative create nel mercato di riferimento.

proposta di legge che mira ad introdurre una ritenuta alla fonte per la riscossione delle imposte sui servizi digitali, che, secondo le dichiarazioni del Ministro dell'Economia, tende al dichiarato fine di “*garantire che le società che operano online paghino le stesse imposte delle imprese fisicamente presenti in un paese*”¹³⁸.

6. LA SPAGNA.

Con le modifiche apportate al *Copyright Act* spagnolo e approvate il 30 ottobre 2014, il Governo ha introdotto una norma, anch'essa è conosciuta informalmente come "*tasa Google*".

La misura introduce un obbligo, per gli aggregatori di *link* (ad esempio, Google News) di pagare un contributo agli autori che sono titolari dei contenuti cui rinviano i *link* aggregati. Il nuovo art. 32¹³⁹ del *Copyright Act*¹⁴⁰ spagnolo dispone infatti che

*“La puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios electrónicos de agregación de contenidos de fragmentos no significativos de contenidos, divulgados en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica y que tengan una finalidad informativa, de creación de opinión pública o de entretenimiento, no requerirá autorización, sin perjuicio del derecho del editor o, en su caso, de otros titulares de derechos a percibir una compensación equitativa. Este derecho será irrenunciable y se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual. En cualquier caso, la puesta a disposición del público por terceros de cualquier imagen, obra fotográfica o mera fotografía divulgada en publicaciones periódicas o en sitios Web de actualización periódica estará sujeta a autorización”*¹⁴¹.

¹³⁸ La dichiarazione del ministro ungherese è rinvenibile in <http://www.kormany.hu/en/ministry-for-national-economy/news/digital-financial-policy-and-the-taxation-of-international-on-line-services-providers-also-on-ecofin-agenda-in-tallinn>.

¹³⁹ Rubricato *Citas y reseñas e ilustración con fines educativos o de investigación científica*.

¹⁴⁰ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

¹⁴¹ “*La messa a disposizione al pubblico, da parte dei fornitori di servizi elettronici di aggregazione, di frammenti insignificanti di contenuti, riportati in riviste o siti web che vengono aggiornati regolarmente e che abbiano finalità informative, di stimolo dell'opinione pubblica e di intrattenimento non sono soggetti ad autorizzazione, fermo restando il diritto della casa editrice o, se del caso, di altri titolari di diritti a ricevere un equo compenso. Questo diritto non può essere rinunciato e sarà reso efficace attraverso appositi enti di gestione dei diritti di proprietà*”

La disposizione è dichiaratamente tesa a favorire gli editori, obbligando i motori di ricerca e gli aggregatori di notizie a versare loro una *compensación equitativa* per i contributi pubblicati. Il diritto degli autori di percepire tale contributo è, peraltro, espressamente qualificato come diritto indisponibile, con la conseguenza che i soggetti incisi non possono sottrarsi da tale esborso nemmeno in accordo con i titolari del diritto. In proposito, non può non osservarsi la rigidità della norma, che rende irrinunciabile un diritto patrimoniale puro, che quindi dovrebbe essere per ciò solo disponibile¹⁴².

La disposizione sembra, peraltro, includere nell'alveo dei soggetti incisi anche i motori di ricerca (che facilitano la "*ricerca di singole parole*"¹⁴³), i quali tuttavia possono sottrarsi al pagamento del contributo solo ove non perseguano "*finalità commerciali*". La norma sembra quindi riferirsi indirettamente ai modelli multilaterali di *business*, nei quali gli aggregatori di notizie e i motori di ricerca ritraggono i propri redditi da servizi, tipicamente quelli pubblicitari, paralleli a quelli direttamente interessati dal prelievo (*i.e.* di ricerca e consultazione). La finalità commerciale è invece irrilevante nell'ipotesi in cui il servizio reso sia quello di pura aggregazione di notizie, nel qual caso la *compensación* è sempre dovuta. Il contributo, peraltro, è dovuto anche nell'ipotesi in cui detti soggetti pubblicino "frammenti non significativi" di notizie; si è quindi subito posto il problema – ancora irrisolto – di definire tale riferimento, al fine di comprendere se taluni soggetti, *in primis* i *social network*, fossero assoggettati a tale obbligo.

La riscossione avviene attraverso appositi enti di gestione pubblici a ciò

intellettuale. In ogni caso, la messa disposizione del pubblico da parte di terzi di qualsiasi immagine, fotografia o opera fotografica pubblicata in periodici o siti web che vengono aggiornati regolarmente è soggetta ad autorizzazione" (traduzione libera).

¹⁴² In Germania è previsto un contributo simile, ma rinunciabile.

¹⁴³ La norma aggiunge infatti che "*Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, la puesta a disposición del público por parte de prestadores de servicios que faciliten instrumentos de búsqueda de palabras aisladas incluidas en los contenidos referidos en el párrafo anterior no estará sujeta a autorización ni compensación equitativa siempre que tal puesta a disposición del público se produzca sin finalidad comercial propia y se realice estrictamente circunscrita a lo imprescindible para ofrecer resultados de búsqueda en respuesta a consultas previamente formuladas por un usuario al buscador y siempre que la puesta a disposición del público incluya un enlace a la página de origen de los contenidos*". Traduzione libera: "fermo restando quanto previsto dal paragrafo precedente, la messa disposizione da fornitori di servizi che agevolino la ricerca di parole isolate incluse nei contenuti di cui al paragrafo precedente, non sono soggetti ad autorizzazione o equo compenso a condizione che tale messa a disposizione al pubblico avvenga senza fini commerciali e sia strettamente limitata a quanto necessario per fornire risultati di ricerca in risposta alle ricerche effettuate da un utente e purché la messa a disposizione al pubblico includa un link alla pagina origine del contenuto".

demandati.

L'ammontare del contributo è rimesso ad un decreto ministeriale delle autorità competenti. In proposito, il *Centro Español De Derechos Reprográficos*, in conformità con i principi dettati da un apposito decreto ministeriale¹⁴⁴, ha stabilito che la tariffa dovuta fosse commisurata al numero di utenti attivi giornalieri (0,05044854 € - Usuario activo/día). Tale misura ha, tuttavia, subito sollevato critiche significative, in quanto contraria alle stesse indicazioni ministeriali, che imponevano di commisurarla al ritorno economico dei prestatori, del quale il volume di utenza non è direttamente indicativo¹⁴⁵.

L'Associazione degli editori di giornali spagnoli (SAFE) ha accolto la misura con grande soddisfazione, ritenendo che tale *compensacion* avrebbe giovato al mercato editoriale spagnolo; di contro, gli operatori incisi hanno vigorosamente protestato, affermando che gli importi richiesti erano finanche superiori ai fatturati¹⁴⁶; Google News ha finanche dismesso i propri servizi spagnoli¹⁴⁷.

Il *Tribunal Supremo* spagnolo ha invero annullato il decreto ministeriale che ha disposto la misura delle tariffe, per violazione di fonti sovraordinate¹⁴⁸, così travolgendo anche la previsione della tariffa in parola; in ogni caso, e a prescindere dall'eventualità che esso sia reintrodotta, il contributo offre molteplici spunti di riflessione.

¹⁴⁴ MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORT, Orden ECD/2574/2015, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la metodología para la determinación de las tarifas generales en relación con la remuneración exigible por la utilización del repertorio de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.

¹⁴⁵ Lo stesso art. 164, lett. b), della legge sulla proprietà intellettuale imponeva di stabilire detta tariffa in base a “*Los ingresos económicos obtenidos por el usuario por la explotación comercial del repertorio*”.

¹⁴⁶ L'amministratore delegato di Méneame, noto aggregatore spagnolo, ha dichiarato che l'importo previsto era venti volte superiore al fatturato annuo della società: “*En 2016 tuvimos una media de 139.000 usuarios únicos diarios. Si aplicásemos la tarifa de Cedro, tendríamos que pagar más de 7.000 euros al día en concepto de canon. Eso serían 2,56 millones de euros al año. Es absurdo, el año pasado tuvimos una facturación de 125.000 euros. Tendríamos que cerrar*”, in https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-02-07/canon-aede-meneame-internet-facebook-agregadores_1327333/.

¹⁴⁷ A tutt'oggi, se si visita l'indirizzo news.google.es, si legge il seguente avviso: “*Tras la aprobación de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual hemos tenido que cerrar el servicio de Google Noticias en España. Esta nueva legislación obliga a cualquier publicación española a cobrar, quiera o no, a servicios como Google Noticias por mostrar el más mínimo fragmento de sus publicaciones. Dado que Google Noticias es un servicio que no genera ingresos (no mostramos publicidad en el sitio web), este nuevo enfoque resulta sencillamente insostenible*”.

¹⁴⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sent. n. 508/2018 del 22 marzo 2018.

In primo luogo, pur trattandosi di una chiara prestazione patrimoniale imposta, non è agevole inquadrare la misura come tributo in senso stretto; il contributo è infatti diretto non già al finanziamento di pubbliche spese, bensì a soggetti privati, *i.e.* gli editori; lo Stato si preoccupa unicamente della sua determinazione e riscossione. Nondimeno, è agevole osservare che, anche in tal caso, la “ricchezza” indebitamente ritratta dagli aggregatori è commisurata agli utenti che visitano i contenuti. Sembra dunque che anche detto intervento si inserisca perfettamente nella riflessione attuale, sottintendendo che il valore di tali servizi debba rinvenirsi nell’apporto dei visitatori che vi accedono gratuitamente: apporto che, nella specie, diventa finanche misura diretta e immediata del contributo richiesto.

Da ultimo, è opportuno altresì segnalare che, nel documento *Actualización Programa de Estabilidad 2018-2021 y Plan Presupuestario 2018*¹⁴⁹, presentato dal governo spagnolo all’Unione Europea, detto Stato annuncia l’intenzione di allinearsi alle determinazioni della Commissione e di introdurre “*un nuevo impuesto sobre determinados servicios digitales que seguirá los principios recogidos en la propuesta de Directiva presentada por la Comisión Europea el pasado 21 de marzo, anticipando su aplicación en España*”. Ciò al dichiarato fine di “*superar las deficiencias de los sistemas fiscales actuales y lograr que las grandes empresas de la economía digital tributen allí donde se crea el valor añadido*”.

7. L’INDIA.

7.1. La ritenuta sulle transazioni telematiche (c.d. *equalization levy*).

Anche l’India si è inserita nella discussione internazionale sul tema dell’economia digitale ed ha osservato con grande attenzione le misure proposte dagli altri Stati. In particolare, la *Diverted Profits Tax* introdotta prima dal Regno Unito e poi dall’Australia ha stimolato la riflessione del Governo indiano, anche a seguito di taluni casi esaminati dalle Corti locali che hanno avuto grande risonanza pubblica. In particolare, in esito a talune contestazioni avanzate dall’Amministrazione locale nei confronti di Yahoo (Stati Uniti) e Google

¹⁴⁹ In http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/comun/pdf/180503_np_estabilidad.pdf.

(Irlanda) rispetto all'assoggettamento ad imposizione dei pagamenti effettuati nei loro confronti per i servizi di pubblicità *online* venduti nel mercato indiano, i Tribunali interni¹⁵⁰ hanno deciso in favore delle società, non rinvenendo alcuna stabile organizzazione delle medesime in India¹⁵¹.

La disamina della problematica è stata affidata a un apposito Comitato (*Committee on Taxation of E-Commerce*) costituito dal governo indiano che, anche in base alle proposte del progetto BEPS, ha proposto l'introduzione di una specifica misura nella forma di *equalization levy*, un prelievo destinato a ripristinare l'equità dell'imposizione. L'*equalization levy* è definita come un'imposta che grava sui compensi corrisposti a fronte di determinati servizi appositamente tipizzati; tali servizi includono i servizi di pubblicità *online* nonché tutti i servizi ad essa correlati, ma tale elenco può essere arricchito con appositi provvedimenti amministrativi¹⁵². Al momento, il Governo ha ritenuto di accentrare il nuovo prelievo sui servizi di pubblicità *online*, pur mantenendo il potere di estenderlo a servizi diversi da monitorare anche alla luce della rapida espansione del commercio elettronico.

Il prelievo è riscosso con aliquota del 6% sul corrispettivo versato ai non residenti a fronte dei suddetti servizi da parte dei soggetti imprenditori o professionali residenti in India ovvero da parte delle stabili organizzazioni indiane di soggetti non residenti. Non trova, tuttavia, applicazione ove quei redditi siano imputabili ad una stabile organizzazione indiana del destinatario del pagamento. Si tratta, quindi, di un prelievo che colpisce le sole transazioni *business-to-business* e non quelle *business to consumer*, scelta determinata anche dal fatto che i servizi di pubblicità *online* sono di norma resi nei confronti di imprenditori o professionisti, e non di soggetti privati. Il Governo sta tuttavia valutando di estendere l'*equalization levy* anche alle operazioni *business to consumer*, gravando gli intermediari bancari dell'onere di effettuare detta ritenuta.

Non diversamente dalle misure introdotte negli altri Stati, anche l'India ha

¹⁵⁰ Per tutti, ITO v. Right Florist Pvt Ltd., ITA No. 1336/Kol/2011.

¹⁵¹ Si consideri che il mercato indiano è particolarmente fertile per gli investimenti in commercio elettronico, soprattutto diretto, anche in ragione di recenti modifiche normative che hanno incentivato la prestazione di tali servizi sul territorio. Si veda S. BASAK, *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, 2016, p. 845.

¹⁵² Art. 161, lett. I della legge finanziaria per il 2016.

previsto una soglia di rilevanza del valore dei servizi, che danno luogo all'obbligo di prelievo solo se l'importo aggregato dei pagamenti supera il valore di 100.000 rupie. Ritorna, anche in tale fattispecie, l'esigenza di "misurare" l'attaccamento dell'impresa non residente al *market country*, quasi a voler attribuire rilevanza a tale ultimo Stato che, come detto, non ha potestà impositiva ai fini delle imposte dirette.

Il prelievo viene riscosso mediante ritenuta diretta. L'imprenditore o professionista destinatario del servizio assume infatti la funzione di sostituto d'imposta ed è tenuto ad applicare una ritenuta corrispondente al totale dell'*equalization levy* (6%) sul pagamento effettuato nei confronti del soggetto non residente¹⁵³. Volendo tentare di inquadrare il prelievo nelle categorie giuridiche italiane, si tratta di una fattispecie del tutto simile ad una ritenuta a titolo d'imposta, tant'è che il prelievo non consente di decrementare il ricavo dei relativi costi; nondimeno, la logica della tassazione dei ricavi al netto dei costi è propria dell'imposizione diretta, categoria alla quale non sembra ascrivere tale prelievo. Ciononostante, detto inconveniente è all'esame del Governo indiano, ma è in ogni caso bilanciato dal *quantum* ritenuto (6%), ampiamente inferiore all'aliquota prevista per l'imposizione diretta indiana¹⁵⁴.

La natura dell'imposta è controversa ma, non diversamente da quanto espressamente previsto per la DPT inglese – cui l'*equalization levy* indiana espressamente si ispira – non si tratta di un'imposta sui redditi. Ad ogni modo, la struttura del prelievo, commisurato ai profitti (e non ai redditi) lo rende strutturalmente diverso dalla DPT che invece, come detto, grava in buona sostanza

¹⁵³ I committenti sono inoltre gravati di precisi obblighi informativi, relativi ai servizi assoggettati ad *equalization levy* ricevuti nel corso di un periodo di imposta. La mancata comunicazione di dette informazioni è punita con apposite sanzioni (100 rupie per ogni giorno di ritardo), così come il mancato versamento della ritenuta effettuata (1% dell'imposta non versata per ogni mese di ritardo). In caso di omessa effettuazione della ritenuta, l'onere dell'imposta grava interamente sul sostituto.

¹⁵⁴ In India, l'aliquota prevista per le società residenti è pari al 30% mentre per le società non residenti è pari al 40%. Per i contribuenti che superano i 10 milioni di rupie di reddito è prevista una sovraimposta pari al 7% (2 % per le società non residenti) dell'imposta dovuta. Al superamento dei 100 milioni di rupie la sovrattassa diviene rispettivamente del 12% e del 5%. Qualora l'imponibile, determinato secondo le disposizioni dell'Income Tax Act, risulti inferiore del 18,54% rispetto all'utile contabile, si determina il presupposto per l'applicazione della Mat (minimum alternative tax) sugli utili d'impresa, calcolata assoggettando il risultato d'esercizio all'aliquota del 18,54% (o del 19,9%). Cfr. <http://taxsummaries.pwc.com/ID/India-Corporate-Taxes-on-corporate-income>.

sulla medesima base imponibile prevista ai fini della *income tax act* inglese.

Il tributo, gravante – come detto – solo sui soggetti esteri, è dichiaratamente teso riequilibrare l'equità dell'imposizione complessiva dovuta dalle società in India, nonché a riequilibrare la concorrenza tra le imprese indiane e quelle straniere che operano nel medesimo mercato; in questa accezione, non è dissimile da un vero e proprio “dazio” sull'importazione di servizi. Inoltre, a differenza della misura inglese, quella qui esaminata è direttamente rivolta alle *digital enterprises* e, segnatamente, ad alcuni servizi prestati da queste ultime (correlati alla pubblicità *online*). Pur essendo latamente ispirata al contrasto all'elusione della stabile organizzazione, essa infatti si emancipa completamente da tale nozione¹⁵⁵.

Detta imposta non sostituisce – ma sia affianca alla – ordinaria *service tax*, l'imposta sul consumo dei servizi indiana. Tale ultimo tributo è infatti riscosso mediante un meccanismo del tutto simile al *reverse charge* previsto ai fini dell'IVA, è dunque applicato dal fruitore del servizio con aliquota del 14,5%. Tale onere permane in capo al fruitore del servizio, che quindi sarà onerato di versare (e riscuotere) sia l'*equalization levy*, che la *service tax*.

La qualificazione nominale di tale imposta come tributo *non reddituale* la espunge dall'alveo di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni; tuttavia, ove tale tributo sia ritenuto simile, per funzione e struttura, alle imposte sui redditi, esso ricadrà comunque nell'ambito applicativo degli accordi bilaterali, così determinando non pochi problemi di compatibilità tra la misura e le previsioni di detti accordi (che, anche in India, sono stipulati secondo il modello OCSE)¹⁵⁶.

La misura sembra la più chiara declinazione dell'*equalisation levy* proposta dall'OCSE, della quale eredita anche la misura dell'aliquota. Tuttavia, si espone a tutte le critiche evidenziate dalla stessa Organizzazione: si noti, infatti, che l'India ha ratificato sia il GATT che il GATS, sicché soggiace agli obblighi ivi

¹⁵⁵ Si applica infatti al servizio *in sé*, senza indagare sulla natura o sulla funzione di quel servizio all'interno del *business* del soggetto non residente che, ove preparatorio o ausiliario, dovrebbe *tout court* esulare dalla nozione di stabile organizzazione.

¹⁵⁶ Non v'è chi non veda che tale prelievo potrebbe comportare una reazione da parte delle imprese non residenti, indotte ad abbandonare il mercato indiano (S. BASAK, *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, cit.) non dissimilmente da quanto successo in Spagna.

previsti¹⁵⁷.

7.2. La digital presence ai fini delle imposte dirette.

Di recente, l'India ha inoltre ampliato le regole nazionali relative al *nexus* ai fini dell'imposta sul reddito delle società, con modifiche¹⁵⁸ che dovrebbero entrare in vigore a partire dal 1 aprile 2019. Uno di questi interventi amplia la definizione domestica di *nexus* e introduce il concetto presenza economica significativa, al dichiarato scopo di consentire la tassazione degli utili di un non residente indipendentemente dal livello di presenza fisica nel territorio indiano.

La novella contempla due elementi, cumulativi, indicatori della menzionata *digital presence*:

- il primo è ancorato alle entrate locali e si riferisce a qualsiasi transazione, avente ad oggetto qualsiasi bene o servizio, effettuata da un non-residente in India, compresa la fornitura di *download* di dati o *software* in India”, se il complesso dei pagamenti supera un certo ammontare;
- il secondo è ancorato al numero di utenti locali, e si riferisce alla "*sistematica e continua sollecitazione delle proprie attività commerciali o interazione con un numero di utenti in India, attraverso mezzi digitali*".

Al superamento delle menzionate soglie, l'impresa è assoggettata alle imposte sui redditi indiane indipendentemente dalla sua residenza. Non è ancora chiara la quantificazione della base imponibile, ma dovrebbe essere ancorata al profitto ritratto dalle menzionate transazioni o al numero di utenti. La normativa si preoccupa tuttavia di chiarire che le neo-introdotte disposizioni sono destinate a cedere di fronte a eventuali convenzioni internazionali che dispongano altrimenti; è dunque probabile che le nuove norme troveranno applicazione solo rispetto a fattispecie che non sono disciplinate da trattati contro le doppie imposizioni.

È interessante notare che tale prevalenza varrà fino al momento in cui modifiche corrispondenti a quelle domestiche non siano incorporate nelle

¹⁵⁷ Come riferisce OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., “For the period covering June 2016 to March 2017, the Indian government reported that revenue from the EL amounted to approx. 3.4 billion Indian Rupees, which corresponds to around EUR 52 million and USD 47 million”.

¹⁵⁸ Union Budget 2018, Amendment to Section 9(1) of the Income Tax Act of 1961.

convenzioni contro le doppie imposizioni, così lasciando trasparire la chiara intenzione (e, con ogni evidenza, la speranza) dell'India di rivedere le regole di attribuzione della potestà impositiva sui redditi attualmente regolamentate dai trattati bilaterali¹⁵⁹.

8. ISRAELE.

Non dissimile dalla novella indiana è la posizione dello stato di Israele, espressa in un documento interpretativo¹⁶⁰. Al fine di determinare la nozione di *source* in base alla legge nazionale¹⁶¹, la circolare chiarisce che i servizi online forniti da un'impresa non residente da una località remota a clienti nazionali possono creare una presenza imponibile in Israele se tali attività rappresentano una "*presenza economica significativa*" dell'impresa. Ancora una volta, si chiarisce che tale interpretazione trova applicazione solo nelle fattispecie che non ricadono nell'alveo applicativo di convenzioni bilaterali, destinate in ogni caso a prevalere.

Anche in Israele, la circolare si preoccupa di enucleare taluni fattori indicativi della *presenza digitale*, che includono, a titolo meramente esemplificativo:

- il numero di contratti *online* conclusi dall'impresa non residente;
- il numero di clienti israeliani cui sono offerti servizi *online*;
- la presenza di un sito web con caratteristiche che lo rendono fruibile per il mercato israeliano (ad esempio, lingua ebraica, scontistica locale, pagamento in valuta locale che tiene conto delle imposte sul consumo locali);
- l'adozione di un modello di business multilaterale, da cui emerge che la società genera entrate significative strettamente correlate al volume di attività *online* svolte dagli utenti situati in Israele.

La circolare indica che i criteri elencati possono essere applicati separatamente o cumulativamente, senza tener conto della soglia di entrate ritratte

¹⁵⁹ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit.

¹⁶⁰ Administrative Circular No. 04/2016 (11 April 2016). La circolare verte su molteplici temi, tutti concernenti una società straniera che presti "*activities via internet*", e in questo contesto esamina anche la disciplina delle imposte dirette.

¹⁶¹ Section 4A of dell'income Tax Ordinance.

dai servizi prestati nel *market* israeliano.

Richiama le norme generali in materia di stabile organizzazione al fine di quantificare i profitti attribuibili alla stabile organizzazione¹⁶².

9. GLI STATI UNITI.

Merita una menzione, da ultimo, la riforma fiscale statunitense che, come segnalato anche in dottrina¹⁶³, potrebbe alterare gli equilibri internazionali su cui riposano, fin dalle origini, le riflessioni sul tema¹⁶⁴.

Il 22 dicembre 2017, gli Stati Uniti hanno adottato una specifica norma anti-abuso, denominata *Base Erosion and Anti-abuse Tax*, nell'ambito di una più ampia riforma fiscale introdotta con il c.d. *Tax Cuts and Jobs Act*¹⁶⁵; la novella sembra trasformare il sistema statunitense da un sistema *worldwide* ad un sistema *source based* ibrido¹⁶⁶.

La nuova imposta, che si aggiunge a quelle sui redditi¹⁶⁷, si applica solo alle società e alle stabili organizzazioni residenti che siano parte di un gruppo multinazionale le cui attività negli Stati Uniti superano una soglia di vendite elevata (entrate lorde nazionali statunitensi medie annue superiori a 500 milioni di dollari su un periodo di tre anni) ed ha ad oggetto delimitati pagamenti infragruppo.

¹⁶² OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, pag. 137. L'OCSE si esprime in favore di dette misure, in quanto potenzialmente idonee a risolversi in disincentivi all'erosione delle basi imponibili e riferisce che non sono state ancora segnalate entrate aggiuntive dai Paesi interessati in relazione a tali misure, ma in Israele sono in corso alcuni controlli fiscali sulla base degli orientamenti amministrativi appena evidenziati.

¹⁶³ G. FRANSONI, *La riforma fiscale di Trump e i suoi effetti sulla tassazione internazionale e sulla web tax*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 17 novembre 2017.

¹⁶⁴ Per un commento alla normativa, si veda S. AVI-YONAH, N. FISHBIEN, *Once More, with Feeling: The 'Tax Cuts and Jobs' Act and the Original Intent of Subpart F*, in *Public law and legal theory research paper series. Paper n. 578*, novembre 2017; F. ANTONACCHIO, *Riforma fiscale u.s.a.: nuove misure anti-abuso e incentivi per i gruppi multinazionali*, in *Fisco*, 2018, p. 1953. Per le precedenti posizioni statunitensi, con particolare riferimento al trattamento dei *digital goods*, si veda T. ROSEMBUJ, *Taxing digital*, cit. p. 55.

¹⁶⁵ Public Law No. 115-97, 22 December 2017, Section 14401, che introduce la SEC. 59A. alla Subpart A chapter 1 dell'Internal Revenue Code of 1986. La norma si applica ai fatti successivi al 31 dicembre 2017.

¹⁶⁶ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, p. 158.

¹⁶⁷ Sec. 59°^o, lett. (a): ““(a) *Imposition of tax.* There is hereby imposed on each applicable taxpayer for any taxable year a tax equal to the base erosion minimum tax amount for the taxable year. Such tax shall be in addition to any other tax imposed by this subtitle”.

Sono soggetti passivi i soli contribuenti che effettuino *base eroding payments* superiori al 3% dell'ammontare totale delle deduzioni rilevanti ai fini dell'imposta sul reddito; per *base eroding payments* devono intendersi le spese sostenute verso parti correlate estere, ivi inclusi gli importi corrisposti a dette parti correlate in relazione all'acquisizione di beni ammortizzabili, le *royalties* e le *management fees*, con esclusione di taluni pagamenti quali quelli connessi all'acquisizione dei beni oggetto dell'attività (c.d. costo del venduto)¹⁶⁸.

Molto complesso è il calcolo dell'imposta e della base imponibile. In particolare, l'imposta è pari al 10% (ridotto al 5% per il 2018 e aumentato al 13,5% a partire dal 2026) del "*modified taxable income*", *i.e.* il reddito imponibile maggiorato dei menzionati *base eroding payments*, oltre la ordinaria imposta sui redditi (applicata con aliquota del 21%), ridotta (ma non al di sotto dello zero) dei crediti d'imposta fruiti in quell'anno.

Nel medesimo contesto si inserisce la novella in materia di CFC, chiaramente volta a ridurre sostanzialmente l'incentivo a trasferire i profitti in giurisdizioni estere (e a bassa imposizione), denominata "*tax on Global Intangible Low-Taxed Income*". La novella è volta a garantire l'assoggettamento ad un'aliquota effettiva sui redditi societari (esteri e statunitensi) pari ad almeno il 13,125% (fino al 2026 e il 16,4% successivamente) su un'eccedenza di reddito netto della controllata imputabile a una CFC ("*excess return*"). La base imponibile corrisponde quindi al reddito della CFC che non sia altrimenti assoggettata ad imposizione (per esempio, come dividendo in entrata, reddito imputabile alla casa madre o reddito assoggettato ad imposizione nell'ambito della disciplina ordinaria in materia di CFC)¹⁶⁹. Detta base imponibile è assoggettata ad aliquota ordinaria sul reddito delle società (21%), ridotta della metà per effetto di una deduzione nella misura del 50%, rispetto alla quale è

¹⁶⁸ Per fare un esempio, tra i costi esclusi sono ricompresi i pagamenti soggetti a ritenuta d'acconto negli Stati Uniti e il *quantum* escluso dalla *base erosion tax* è direttamente proporzionale al *quantum* assoggettato a ritenuta.

¹⁶⁹ Come sottolinea OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., il metodo semplificato utilizzato per determinare tali rendimenti eccedenti potrebbe includere il reddito da beni immateriali e lo spostamento del rischio derivante al di fuori degli Stati Uniti, incluso il reddito derivante dalle vendite e dai servizi online.

riconosciuto un credito di imposta estera nella misura dell'80%¹⁷⁰.

L'imposta viene applicata su base globale piuttosto che utilizzando un approccio *country by country*, in modo da evitare che le società possano distribuire gli investimenti in giurisdizioni a bassa e alta fiscalità.

La medesima riforma introduce un'esenzione totale dei dividendi di fonte estera erogati dopo il 31 dicembre 2017 da alcune partecipate, che non consente il riconoscimento di crediti d'imposta, nonché una tassazione *una tantum* (il c.d. *toll charge*, dilazionabile in otto anni) di tutti i redditi prodotti all'estero nei precedenti periodi di imposta a partire dal 1986, mai rimpatriati negli USA, pari al 15,5% dei redditi esteri¹⁷¹.

10. CONCLUSIONI E CONFRONTO.

Come emerge dalle misure finora descritte, anche successivamente alla stipula della Convenzione Multilaterale alcuni Paesi hanno risposto ai cambiamenti strutturali derivanti dalla digitalizzazione, riconsiderando la nozione domestica di stabile organizzazione. In contrasto con l'approccio tradizionale, questi emendamenti sono generalmente volte a diluire il requisito di permanenza e presenza fisica in una specifica area geografica per stabilire un nesso per la tassazione dei redditi; si tratta, quindi, di misure che sortiscono l'effetto di richiamare ad imposizione nello Stato una quota di redditi che sarebbero esclusi da tale imposizione alla luce della tradizionale definizione di stabile organizzazione.

10.1. L'imposizione reddituale: interventi sostanziali e misure procedurali.

Gli sviluppi più significativi comprendono misure basate su alcuni fattori alla luce dei quali può ritenersi integrata una "presenza digitale" del tutto svincolata da requisiti di presenza fisica, tesi a dimostrare un'interazione duratura con la vita economica di un Paese attraverso mezzi digitali e collegati al rapporto

¹⁷⁰ Come emerge dagli ultimi dati della stessa OCSE. Cfr. A. TOMASSINI, *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, cit. p. 170.

¹⁷¹ Per le attività liquide (vale a dire i guadagni esteri detenuti sotto forma di contanti e di equivalenti in contanti). L'aliquota fiscale è invece pari all'8% per le attività illiquide (i guadagni rimanenti reinvestiti nell'attività estera).

con i clienti del *market country* o con gli utenti di servizi digitali.

Alcune delle misure introdotte si rivolgono a specifiche attività, per esempio quelle svolte da piattaforme online¹⁷², e molte di esse sembrano finalizzate ad un ampliamento più generale delle loro attuali norme nazionali basate sul concetto di "*presenza economica significativa*" proposto nel *final report* dell'Action 1¹⁷³ (si pensi, per tutti, all'India, ad Israele e alla stessa Italia); nondimeno, detti interventi sembrano inoltre rappresentare la chiara diponibilità degli Stati che li hanno introdotti a ripensare, in termini generali, ai criteri internazionali di allocazione del reddito¹⁷⁴. Da questa prospettiva, il consenso internazionale è tuttavia ben lontano dall'essere raggiunto, ove si consideri la posizione di alcuni Stati, *in primis* gli Stati Uniti, nettamente contraria ad ampliare la potestà impositiva degli Stati della fonte¹⁷⁵.

Altri Paesi, invero minoritari, hanno invece fatto leva sulla definizione di "*service PE*" contenuta nell'articolo 5, paragrafo 3, lettera b), del modello di convenzione delle Nazioni Unite, che contiene una disposizione¹⁷⁶, non inclusa

¹⁷² Si pensi alla nuova definizione di stabile organizzazione slovacca, che di rivolge solo alle società che svolgono la propria attività di impresa attraverso piattaforme (Income Tax Law, Section 16 paragraph 2). Per una compiuta descrizione della misura, si rinvia a ERNST AND YOUNG, *The latest on BEPS, Global Tax Alert*, 2017, in [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Latest_on_BEPS_-_18_December_2017/\\$FILE/2017G_07140-171Gbl_The%20Latest%20on%20BEPS%20-%2018%20December%202017.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Latest_on_BEPS_-_18_December_2017/$FILE/2017G_07140-171Gbl_The%20Latest%20on%20BEPS%20-%2018%20December%202017.pdf).

¹⁷³ Descritto al Capitolo III.

¹⁷⁴ Paesi come l'India, la Cina e il Brasile hanno a lungo sostenuto che le imposte dovrebbero essere allocate nel luogo in cui le vendite hanno luogo. Come visto (Capitolo II), la Camera di commercio internazionale (ICC) si era espressa a favore della tassazione delle fonti, mentre la Società delle Nazioni ha deciso di optare per la tassazione basata sulla residenza. Molti Paesi in via di sviluppo hanno tuttavia continuato a sostenere l'inversione della decisione di utilizzare il principio di residenza. Per i Paesi del Brasile, della Russia, dell'India, della Cina (BRIC), una definizione stabile organizzazione ridefinita comporterebbe entrate fiscali ancora maggiori rispetto ai cambiamenti ottenuti nel progetto BEPS. Cfr. B. WELLS – C. H. LOWELL, *Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs. Source*, in *Colum. J. Tax L.*, 2017, in <https://taxlawjournal.columbia.edu/article/incometax-treaty-policy>; K. ANDERSSON, *Taxation of the digital economy*, in *Intertax*, 2017, p. 590.

¹⁷⁵ D. SPENCER, *The OECD BEPS Project: Tax Challenges of the Digital Economy (Part 1)*, in *J. Intl. Tax.*, 2014 p. 30, cita Danielle Rolfes, US Treasury International Tax Counsel, la quale ha affermato che '*Treasury will not countenance fundamental changes to the permanent establishment rules, which some other countries clearly want (...) Some tweaking of the PE rules may be warranted (...) Any tweaking should not take the form of a digital commerce*'.

¹⁷⁶ Si tratta dell'articolo 5, par. 3, lett. (b), a norma del quale "3. *The term "permanent establishment" also encompasses: (...) (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 183 days in any 12-month period commencing or ending in the fiscal year concerned.*".

nel modello di convenzione OCSE, che definisce la *service permanent establishment* come il luogo in cui i servizi vengono forniti dall'azienda e che, secondo detti Paesi, non richiederebbe una presenza fisica dell'impresa, ma il mero "consumo" dei servizi medesimi¹⁷⁷. Questa interpretazione, a volte indicata come "*virtual service PE*", è stata ufficialmente approvata in Arabia Saudita¹⁷⁸, e da alcune decisioni giurisprudenziali indiane¹⁷⁹. L'impatto di questa interpretazione potrebbe essere dirompente e potenzialmente includere tutti i servizi forniti a un mercato da remoto (ad es. servizi di consulenza, call center), ma si scontrano con l'interpretazione maggioritaria del modello di convenzione, che invece non accetta tale impostazione.

Un'altra categoria di misure introdotte in tutto il mondo è volta ad introdurre nuovi regimi procedurali volti ad aprire un dialogo¹⁸⁰ tra le autorità fiscali e le grandi imprese multinazionali o a introdurre specifiche regole anti-abuso. È il caso delle *Diverted Profits Taxes* inglese e australiana e della c.d. *web tax* transitoria italiana. Sebbene detti regimi non siano rivolti esclusivamente a imprese altamente digitalizzate, senz'altro le riflessioni sottese alla loro introduzione sono ispirate frequentemente alla *digital economy*¹⁸¹. Uno dei principali obiettivi di tali interventi è senz'altro quello di aumentare le informazioni a disposizione delle autorità fiscali in situazioni che presentano rischi fiscali significativi; si tratta, infatti, di regimi che incoraggiano il contatto tra le grandi imprese e le amministrazioni domestiche, disincentivando le strategie di pianificazione fiscale internazionale aggressiva.

Ad oggi, sembra che i Paesi che hanno attuato misure di tal fatta abbiano

¹⁷⁷ L'interpretazione è espressa anche da UNITED NATIONS, COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS, *Report on the tenth session*, 2014, in http://digitallibrary.un.org/record/787330/files/E_2014_45_E_C.18_2014_6-EN.pdf.

¹⁷⁸ Official letter of the Saudi Arabia Government, No 01/08/1436 on 10 February 2016 (Ernst and Young, 2016[14]). This statement confirms an approach taken by the local tax authorities (Department of Zakat and Income Tax) in a number of administrative circulars and exchanges with taxpayers (Ernst and Young, 2015[15]).

¹⁷⁹ The Income Tax Appellate Tribunal Bengaluru, 2015, in <http://www.kluwertaxblog.com/wpcontent/uploads/sites/59/2017/08/Bangalore-Tribunal-Ruling.pdf>, [http://dx.doi.org/IT\(TP\)ANo.1103/Bang/2013](http://dx.doi.org/IT(TP)ANo.1103/Bang/2013) and No.304/Bang/2015.)

¹⁸⁰ L'OCSE, nel documento OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., parla di "restoring a balance of power", quasi a voler sottolineare la necessità di "riequilibrare" le posizioni delle amministrazioni e delle imprese e sottintendendo una posizione di primazia di queste ultime.

¹⁸¹ È chiarissimo il caso dell'Italia e dell'Inghilterra.

registrato risultati positivi in termini di entrate¹⁸². Tuttavia, la stessa OCSE¹⁸³ riconosce che tali regimi sono estremamente complessi e basati sulla ricostruzione di fatti e che, peraltro, richiedono agli Stati ingenti investimenti di risorse interne altamente specializzate e ai contribuenti altissimi costi in termini di *compliance*; risultano, tuttavia, efficaci in quelle giurisdizioni esperte nella cooperazione tra le autorità fiscali e il contribuente.

10.2. Le altre forme impositive: dazi, imposte sui servizi e prelievi su nuovi apporti di valore.

Ben più significativo è il numero di Paesi che, invece, ha intrapreso azioni al di fuori del quadro delle imposte sul reddito per rivendicare diritti di imposizione fiscale sulle imprese non residenti, come i fornitori di prodotti e servizi digitali con sede all'estero. Queste misure comprendono generalmente imposte settoriali sul fatturato destinate a entrate specifiche, come quelle derivanti da servizi di pubblicità online (si pensi all'*equalization levy* indiana o all'imposta ungherese), ovvero a tutte le entrate derivanti da servizi digitali (come l'imposta italiana sulle transazioni digitali)¹⁸⁴. In alcuni casi (l'India), esse sono rivolte unicamente ai soggetti non residenti nel Paese; in altri (l'Italia), sono invece indifferentemente rivolte a soggetti domestici ed esteri.

Queste misure sono generalmente combinate con ampie regole di *nexus* incentrate sulla destinazione delle forniture e prescindono dalla presenza di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato, rinvenendo detto *nexus* in fattori

¹⁸² OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., riferisce che, ad oggi, le entrate raccolte in applicazione della DPT nel Regno Unito risultano pari a 31 milioni di GBP (circa 38 milioni di EUR e 46 milioni di USD) nel 2015/16 e 281 milioni di GBP (circa 330 milioni di EUR e 376 milioni di USD) nel 2016/17, ivi incluse le maggiori imposte dirette raccolte a seguito di modifiche comportamentali delle imprese. Nell'ultimo anno, sei 281 milioni di GBP (circa 330 milioni di EUR e 376 milioni di USD) incassati, l'importo derivante dall'emissione di avvisi di riscossione della DPT è stato pari a 138 GBP milioni di euro (circa 162 milioni di euro e 185 milioni di dollari).

In Australia, le autorità fiscali locali hanno stimato che saranno raccolti 100 milioni di AUD (pari a circa 72 milioni di euro e 77 milioni di dollari), corrispondenti alla avocazione in Australia di una base imponibile di circa 7 miliardi di AUD (equivalenti a circa 5 miliardi di EUR e 5,4 USD miliardi).

Negli Stati Uniti, le entrate previste generate dal BEAT nei prossimi 10 anni sono stimate in circa 149,6 miliardi di USD (in euro, circa 119,7 miliardi).

¹⁸³ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit.

¹⁸⁴ A tale elenco si aggiunge l'imposta francese sui contenuti digitali. Sul punto di rinvia a OCSE 2018, pag.

diversi, quali il pubblico (come in Ungheria), i consumatori o gli utenti. A tal proposito, si ravvisa una differenza tra i Paesi (Ungheria) che collegano la territorialità del tributo all'utenza e quelli (Italia e India) che invece collegano tale territorialità al cliente dei servizi: tale seconda soluzione, a differenza della prima, non consente di assoggettare ad imposizione i servizi forniti al "pubblico" domestico, ma unicamente ai clienti ivi collocati¹⁸⁵.

Detti interventi, tuttavia, condividono un obiettivo e un retropensiero comune. Il retropensiero è il fatto che le imprese digitali, soprattutto straniere, siano assoggettate a un carico impositivo complessivo inferiore rispetto alle imprese non digitali; l'obiettivo, va da sé, è quello di ripristinare la neutralità, ora tra fornitori stranieri e fornitori nazionali analoghi, ora tra i fornitori di determinati beni e servizi digitali e concorrenti non digitali. Nondimeno, tutte le misure si scontrano generalmente con problemi amministrativi e di *compliance*, con particolare riferimento alla riscossione delle imposte in capo a soggetti esteri, che talora affrontano introducendo una responsabilità congiunta per il cliente pagatore locale. Ad oggi, in base alle informazioni limitate attualmente disponibili e diramate dall'OCSE, il livello delle entrate raccolte sembra tuttavia piuttosto modesto¹⁸⁶ e, comunque, il carico impositivo è, in tutti i casi, agevolmente traslabile sui consumatori dei beni e servizi.

Nondimeno, le misure suelencate sottendono logiche diverse, a seconda della struttura che si conferisce ai prelievi.

In certi casi, qual è quello indiano, l'imposta è costruita come prelievo su specifici servizi gravante unicamente sui soggetti non residenti; il tributo sembra quindi condividere le logiche dei dazi, seppur gravante su servizi, e rischia di assumere la forma di barriera all'ingresso nel Paese. Ad ogni modo, è chiarissima la finalità perequativa sottesa alla misura: l'imposta mira chiaramente ad acuire (e

¹⁸⁵ Così anche OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit.

¹⁸⁶ Come si legge in OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, cit., l'*Equalization Levy* indiana ha generato circa 3,4 miliardi di INR per il periodo compreso tra giugno 2016 e marzo 2017, che corrisponde a circa 47 milioni di USD o 52 milioni di EUR. Le autorità fiscali ungheresi hanno riferito che non sono state ancora raccolte entrate significative dall'imposta sulla pubblicità in relazione a fornitori / editori con sede all'estero. Nessuna informazione è ancora disponibile in Francia sulle entrate riscosse dall'imposta sulla distribuzione di contenuti audiovisivi. L'Italia stima che le entrate della tassa sulle transazioni digitali saranno 190 milioni di euro all'anno (circa 235 milioni di dollari all'anno).

di fatto acuisce) il carico fiscale complessivo dei soggetti esteri rispetto a quello gravante sugli enti domestici non incisi dal prelievo.

In altri casi, qual è quello italiano, tale finalità perequativa è ben più sfumata; il prelievo, infatti, è dovuto da soggetti ugualmente residenti o non residenti nel territorio dello Stato, sicché chiaramente non determina alcun riallineamento, atteggiandosi ad imposta indiretta aggiuntiva che insiste sulle transazioni effettuate in uno specifico settore economico. Né, come visto, potrebbe attribuirsi a detto prelievo un effetto compensativo di altra natura, e cioè quello di colpire le imprese (soprattutto straniere) che, operando con strutture digitali, conservano un vantaggio concorrenziale; si è infatti rilevato che un'imposta di tal fatta rischia addirittura di creare uno svantaggio competitivo "inverso", in sfavore delle imprese residenti e meno digitalizzate.

In altri casi ancora, qual è quello palesato nelle intenzioni della Spagna, che vuole introdurre la *digital service tax europea*, la logica sembra ancora diversa. Come infatti rilevato, detto prelievo grava sui soggetti residenti e non residenti e colpisce l'aggregato di servizi digitali caratterizzati da un apporto degli utenti in termini di creazione di valore; sembra, quindi, che la fornitura del servizio digitale diventi il *mezzo* volto a individuare – e colpire – una diversa, e del tutto nuova, forma di "ricchezza", *i.e.* il valore generato dall'apporto degli utenti. Così ricostruita, l'imposta sembra quindi perdere ogni finalità perequativa, e atteggiarsi piuttosto a prelievo nuovo, originale e, se ben costruito, esente dalle critiche che invece possono muoversi alle precedenti due forme impositive.

Da quanto finora illustrato, emerge chiaro che, sebbene le misure introdotte dai vari Paesi siano diverse nella struttura e nell'oggetto, è possibile rintracciare degli elementi comuni.

In primo luogo, sembra evidente l'intenzione dei Paesi di avocare quote di imposizione nel loro territorio, anche quando rivestono il ruolo di *market countries*. In quest'ottica, la presenza della clientela nel Paese diviene elemento di allocazione in quel Paese della potestà impositiva, che grava ora sul fatturato (India e Italia), ora sul reddito (Israele). Come la stessa OSCE afferma, è agevole osservare che tali misure sembrano esprimere un chiaro malcontento di alcuni Paesi rispetto alla struttura dell'attuale fiscalità internazionale; del resto, non

stupisce che, tra quesiti Paesi, siano ricompresi quelli che non sono stati avvantaggiati dalle scelte degli anni '20 (si pensi, per tutti, all'India).

Su tutt'altra linea si pongono invece quelle misure, come la *bit tax* ungherese e la *tasa Google* spagnola, che sono completamente avulse, nella struttura e nelle intenzioni, dal tema della dispersione dei redditi; tali imposte, e le loro evoluzioni, svelano tuttavia un monito non sempre recepito dai legislatori nazionali. La digitalizzazione delle imprese e, più in generale, della società è, attualmente, una delle maggiori leve di sviluppo; aggredendo il settore digitale nella sua più lata accezione, introducendo tributi o prelievi irragionevoli, talora dettati da mere esigenze di gettito, gli Stati rischiano di ingenerare pericolosi effetti controproducenti. Tali effetti si ripercuotono non solo sulle imprese, disincentivate ad esplorare i canali di sviluppo digitale, ma anche sui mercati degli stessi Paesi, da cui dette imprese si allontanano; nei casi limite, dette misure rischiano di inficiare finanche l'esercizio di diritti fondamentali, quale è quello all'informazione e all'interazione sociale, che trovano vigore e completamento mediante le reti di comunicazione digitale.

In ogni caso, e da ultimo, non può non rilevarsi che tutte le descritte misure sono completamente prive di un coordinamento globale e, in molti casi, intrinsecamente discriminatorie, suscettibili di generare distorsioni economiche, doppie imposizioni e una diffusa incertezza per gli operatori del settore, in perfetta controtendenza con i primari obiettivi della stessa OCSE e del progetto BEPS che le ha ispirate.

CONCLUSIONI

a) Il ruolo della *digital economy* nella riflessione fiscale internazionale.

Come si è dimostrato, la *digital economy*, in tutte le definizioni elaborate, non è un settore dell'economia, né un mercato economico autointegrativo, bensì un *modo* di atteggiarsi dell'economia medesima, che fortemente risente dell'influenza di internet e, più in generale, dell'ICT. È, in sostanza, la declinazione moderna del fare impresa, destinata ontologicamente a mutare lungo i binari del progresso tecnologico, rispetto al quale la sola certezza prevedibile è, per l'appunto, il suo crescente e continuo sviluppo. Si tratta, quindi, di un fenomeno le cui dinamiche evolutive possono essere osservate e, quindi, esaminate, solo quando si manifestano, essendo difficilmente pronosticabili; si ignora, infatti, per quali vie tale sviluppo si manifesterà e, di conseguenza, quali mutamenti determinerà sulla dimensione socio-economica che, di volta in volta, ne subirà l'impatto. È forse preferibile aderire alla conclusione del giudice supremo della Corte Suprema degli Stati Uniti, Potter Stewart, che ha descritto la *digital economy* con un granitico "*we know it when we see it*"¹.

In tale accezione, evidentemente, l'economia digitale si confonde e si sovrappone all'economia "tradizionale", che ben può digitalizzarsi (in maniera più o meno penetrante) ove scelga di sfruttare le tecnologie dell'informazione nei processi produttivi.

È in ogni caso indiscusso – e la storia lo insegna – che l'avvento della digitalizzazione ha assunto contorni rivoluzionari. Le tecnologie della comunicazione e dell'informazione, modificando radicalmente il *modo* di atteggiarsi del fare impresa, hanno infatti attribuito al dispiegamento dell'attività economica caratteristiche del tutto nuove. La *new economy* da un lato si caratterizza per l'uso prevalente di *asset* produttivi immateriali, già noti alla *brick and mortar economy* ma non altrettanto significativi per le vecchie economie e, dall'altro, si avvale di elementi del tutto sconosciuti fino a trent'anni fa, dei quali i più rilevanti sono il contributo dei consumatori, l'apporto degli utenti, i dati, la rete e gli *effetti* di rete:

¹ HELLERSTEIN, *Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments*, in *Bull. Intl. Tax.*, 2014, p. 15.

(i) il consumatore postmoderno non accetta il ruolo passivo di mero *fruitore* di beni e servizi, ma contribuisce attivamente alla creazione del valore dei beni che si appresta a consumare, manipolando in senso proprio l'*output* delle imprese. Non a caso, il *consumer* tradizionale è stato soppiantato, anche nelle ricostruzioni dottrinali, dal *prosumer*, a voler sottolineare la crasi tra *producer* e *consumer*;

(ii) l'utente entra nella catena del valore delle imprese non già *consumandone* beni e servizi nell'accezione tradizionale, e cioè fruendone a fronte di un corrispettivo, ma utilizzando servizi, per lo più gratuiti, offerti dalle imprese che ritraggono ricavi da attività parallele, nelle quali tuttavia riescono a monetizzare anche l'apporto "gratuito"² degli utenti (circostanza chiarissima nei *multi-side business model*³); in molti casi, può ben dirsi che gli utenti rilevano nella misura in cui, fruendo dei servizi offerti dalle imprese, consentono loro di raccogliere dati in esito alle attività dell'utente stesso;

(iii) i dati rappresentano uno dei più significativi fattori di produzione o beni/servizi di scambio. Il dato "grezzo" è la registrazione della descrizione di un fatto storico o di una caratteristica qualitativa della realtà fenomenica, che tuttavia è "muto" nella misura in cui non è idoneo ad assumere alcun significato; diventa "parlante" solo quando si traduce in informazione, cioè a seguito di un'operazione di estrazione ed elaborazione di quel dato, posto in correlazione con altri. L'utilizzo di informazioni per lo sviluppo di azioni, e cioè l'utilizzo delle informazioni a fondamento di processi decisionali, si traduce nella conoscenza. Un cellulare, un computer, un tablet, un dispositivo di ultima generazione consente di collazionare una gran mole di informazioni che, elaborate e sintetizzate, entrano nella "catena del valore virtuale";

(iv) la rete rappresenta non solo il *mezzo* che consente l'interconnessione continua e massiva delle informazioni, ma anche l'*effetto* di tale interconnessione: la moderna economia, così come la moderna società, è perennemente

² Si è detto che il riferimento alla gratuità è improprio, trattandosi piuttosto di servizi per lo più onerosi, sebbene non necessariamente corrispettivi.

³ Tipicamente, i social network monetizzano l'apporto degli utenti, che accedono "gratuitamente" al servizio di social network, offrendo servizi di pubblicità agli inserzionisti, che pagano l'impresa a fronte della massima *customizzazione* della pubblicità, consentita proprio dalla profilatura degli utenti cui è rivolta.

interconnessa e il *network* può assurgere, in certi casi, a manifestazione di una società autointegrata, che rifiuta l'ingerenza dello Stato e si auto-regolamenta; per esempio, nelle piattaforme, la mancanza di una regolazione esterna è ampiamente compensata dalla possibilità di ricerca delle informazioni e di monitoraggio dei comportamenti, che sopperiscono all'azione regolatoria statale: la *crowd* protegge se stessa e rende superfluo l'intervento esterno, tipicamente del regolatore pubblico, nel convincimento, più o meno fondato, che le scelte economiche *nella crowd* sono sempre consapevoli, libere e informate.

È agevole apprezzare, quindi, che la *digital economy* è la declinazione economica del generale contesto sociale attuale; ne fu consapevole lo stesso Don Tapscott, il primo autore a coniare il termine *digital economy*, che la definì sin da subito come concetto legato “*not only about the networking of technology [...] but about the networking of humans through technology [that] combine intelligence, knowledge, and creativity for breakthroughs in the creation of wealth and social development*”⁴.

b) I termini del problema fiscale.

Le dirompenti novità dell'economia, e della società, digitale hanno messo in crisi i concetti creati su misura della *old economy* in tutti i settori del diritto, ivi incluso, naturalmente, quello fiscale.

Sarebbe tuttavia erroneo ritenere che la discussione tributaria si approcci a questa problematica ora, per la prima volta. Infatti, quasi cento anni fa, un contesto economico del tutto simile a quello odierno ha chiamato gli Stati a concordare basi comuni per disegnare una struttura fiscale internazionale. In particolare, negli anni '20 dello scorso secolo, proprio un'importante ondata di globalizzazione, determinata anche dalla diffusione delle tecnologie di comunicazione (per tutte, l'invenzione del telegrafo), seguita dalla profonda crisi causata dalla prima guerra mondiale, imposte ai governi di rimeditare l'assetto fiscale mondiale. Il punto di partenza era, all'epoca, ben chiaro: ciascun Paese strutturava l'imposizione domestica senza preoccuparsi dell'interazione tra il proprio sistema fiscale e quello di altri Paesi, con la conseguenza che la doppia

⁴ D. TAPSCOTT, *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*, New York, 1996.

imposizione era divenuta un gravissimo ostacolo agli scambi internazionali, una “*trade barrier*” da rimuovere⁵.

Sotto l’egida delle Nazioni Unite, si costruirono così le fondamenta della fiscalità internazionale oggi conosciuta, che risentirono fortemente di due fattori:

- innanzitutto, si intese affermare l’imposta “personale” come modello razionale di imposizione, anche in quanto idoneo a rappresentare la capacità contributiva delle persone fisiche e a ben conformarsi con la progressività dell’imposizione;

- inoltre, si scelse di articolare le convenzioni bilaterali in modo funzionale ai rispettivi progetti di espansione economica, circostanza che vide contrapposti gli Stati esportatori di capitali (i Paesi sviluppati, fautori del *residence principle*) e gli Stati importatori di capitali (i Paesi in via di sviluppo, fautori del *source principle*).

Sotto il profilo dell’imposizione diretta, le volontà dei primi, trainati dagli Stati Uniti, prevalsero e si scelse così di privilegiare la tassazione negli Stati di residenza, relegando all’imposizione alla fonte un ruolo secondario, giustificato e misurato – per gli utili di impresa – dalla stabile organizzazione; questo istituto, peraltro, risentì fortemente dell’economia dell’epoca e fu normativamente ancorato a requisiti di fissità e materialità, nella consapevolezza che, al tempo, le imprese non potevano svolgere attività estera senza disporre di una sede fissa di affari nel *market country*.

Tale impostazione prevalse su tutte quelle, propuginate dagli stati importatori netti che, invece, propendevano per un’imposizione territoriale, reale, che privilegiava il criterio del “beneficio” e, quindi, della fonte: un criterio che attribuiva il potere impositivo a quei Paesi che contribuivano alla produzione del reddito, inteso nella sua accezione oggettiva, mediante un contributo generale (forze di polizia, protezione della difesa, istruzione che garantisce manodopera qualificata) o specifico (politiche volte a favorire la conduzione di attività, ad esempio mirate a mantenere i tassi di cambio stabili e i tassi di interesse bassi)⁶.

La contrapposizione emerse subito, nel disallineamento di posizioni tra il

⁵ Per un approfondimento, si veda International Chamber of Commerce, *Final report of the Trade Barriers Committee of the International Chamber of Commerce*, 1926.

⁶ D. PINTO, *E-Commerce and Source-Based Income Taxation*, Amsterdam, 2003, p. 19.

report del 1925, redatto da tecnici provenienti da Paesi debitori, e quello rilasciato nel 1923 dagli economisti, provenienti da Paesi creditori⁷. Questi ultimi, infatti, privilegiavano la tassazione esclusiva negli Stati di residenza, mentre gli esperti tecnici privilegiavano la tassazione nello stato della fonte secondo modelli già noti in Europa; ciò in quanto "*nuovi paesi che necessitano di capitali stranieri per il loro sviluppo generale desiderano avere una quota delle imposte riscosse sul reddito che viene prodotto sul loro territorio*"⁸. Lo stesso Seligman non mancò di osservare che "*quando ... gli esperti tecnici si sono riuniti, la loro preoccupazione è stata soprattutto quella di entrare in un accordo che sarebbe politicamente gradito ai rispettivi governi*"⁹.

Cent'anni dopo, la discussione sulla fiscalità internazionale si è prevedibilmente riaperta e sembra che il fenomeno della *digital economy* sia assurto, a tali fini, a *casus belli*. Nel 2013, sotto il vessillo della lotta all'erosione delle basi imponibili, l'OCSE ha infatti avviato un'iniziativa di risonanza mondiale, volta a rimaneggiare la struttura del sistema tributario internazionale vigente per (tutte) le imprese multinazionali.

Le quindici azioni del progetto, sono dichiaratamente "*incentrate sul contrasto all'erosione delle basi imponibili e alla dispersione dei profitti*", ma "*non mirano direttamente a modificare gli standard internazionali esistenti in materia di assegnazione della tassazione dei diritti sul reddito transfrontaliero*"¹⁰. Si tratta di un approccio focalizzato sul tema dell'abuso, che prende atto di come siano indispensabili "*cambiamenti fondamentali per prevenire efficacemente pratiche che determinano doppie non-tassazioni o basse tassazioni mediante pratiche che artificialmente separano il reddito imponibile dalle attività che lo generano*".

E difatti, non può negarsi che, alla luce degli studi dell'OCSE, è emerso che le multinazionali sfruttano i disallineamenti della normativa fiscale, anche

⁷ TADMORE, *Source taxation of Cross-Border Intellectual supplies - Concepts, History and Evolution into the Digital Age*, in *Bill. Int. Tax.*, 2007, p. 1.

⁸ League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion*, Report and Resolution submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations, Ginevra, 1925, par. 15.

⁹ Seligman, Edwin R.A., *Double Taxation and International Fiscal Cooperation* (New York: Macmillan Company, 1928), at 143.

¹⁰ OCSE, *Action plan on base erosion and profit shifting*, 2013.

internazionale, per minimizzare il carico fiscale complessivo dei gruppi; non stupisce che, peraltro, molti di questi gruppi abbiano un *digital core* e, avvalendosi primariamente di beni immateriali, possano più agevolmente strutturare la propria pianificazione fiscale cercando di alleggerire il loro carico impositivo complessivo. Tale problematica è stata efficacemente affrontata, in tutti i suoi profili, nel progetto BEPS, che ha fornito agli Stati importanti strumenti di contrasto alle dinamiche abusive; i più recenti studi dimostrano infatti che la pressione fiscale complessiva dei gruppi digitali, negli ultimi anni, si è incrementata e, con ogni probabilità, è destinata ancor più a crescere alla luce della neo-introdotta riforma fiscale degli Stati Uniti, volta – in parte – a ricattare i redditi erosi dai gruppi che fanno capo ad *holding* americane (che, in questo settore, notoriamente rappresentano la maggioranza).

Ciononostante, proprio l'Action 1, specificamente destinata al tema della *digital economy*, ha svelato che il malcontento degli Stati non dipende (solo) dalle pratiche abusive poste in essere dalle imprese, ma, più a monte, dall'attuale struttura fiscale internazionale che, ancorando l'imposizione nei *source states* a criteri di fissità, ovviamente priva i medesimi *source states* di importanti quote di imposizione.

La riflessione sulla *digital economy*, già nell'Action Plan del 2013, sembrava chiaramente oltrepassare il tema dell'abuso e sottendere, invece, la necessità di intervenire, più a fondo, sulle regole che disciplinano l'esercizio della potestà impositiva; una definitiva conferma in tal senso si è poi avuta successivamente, anche dopo la conclusione del progetto BEPS. Infatti, pur essendosi definitivamente concluso il progetto, confluito nella nota convenzione multilaterale, la riflessione sulla *digital economy* è tutt'ora in pieno vigore, anche in seno all'OCSE che, dopo la stipula della citata convenzione (2017), ha aperto una nuova consultazione che verte *solo* sul tema dell'economia digitale, confluita in un nuovo *report* dedicato (2018).

A ciò si aggiunga che, come da più parti sottolineato, alla sottoscrizione della convenzione si annoverano, tra i grandi assenti, proprio gli Stati Uniti, circostanza da molti interpretata come il chiaro indice di un cambio di *leadership* delle discussioni internazionali che, diversamente da quanto accaduto negli anni

‘20, oggi non sono più trainate dagli USA (che peraltro, in quanto tipici paesi di residenza delle imprese digitali, sono i primi lesi dalla pianificazione fiscale aggressiva, che non inficia la tassazione alla fonte, bensì quella alla residenza); sono invece voluti dagli stati importatori netti (tra i più attivi, v'è per esempio l'India), che non sono privati di imposizione dalle strutture abusive, ma dallo stesso assetto internazionale della fiscalità di impresa, cui intendono conferire una struttura completamente nuova rispetto a quella prescelta il secolo scorso.

c) Le soluzioni proposte e i nuovi equilibri internazionali.

E in questa prospettiva, la *digital economy* è assurto a primo – e migliore – banco di prova. È sin troppo agevole rilevare che tutte le proposte in tema di *nexus* attualmente allo studio intendono chiaramente sovvertire in radice lo stesso *theoretical framework* sotteso alla tradizionale nozione di stabile organizzazione, di fatto addivenendo a “*a new dimension for the sourcing theory*” e valorizzando dichiaratamente il “*collegamento con la vita economica di un Paese*”, collegamento che rinviene in elementi di assoluta novità:

- ora, nel mero *consumo* di beni e servizi, cui si affida una funzione indicativa di tale partecipazione, contravvenendo diametralmente alle logiche che hanno ispirato le convenzioni bilaterali che, sin dagli albori, hanno respinto tale prospettiva;

- ora, nella partecipazione degli utenti, qualificati come elementi di “creazione del valore” delle imprese.

Sembra, quindi, che la descritta posizione dell'OCSE, ampiamente sviluppata dalla dottrina, tenti di ancorare l'imposizione nei *source states* alla luce di quelle teorie già esplorate agli albori della discussione sulla fiscalità internazionale, ma ritenute recessive rispetto al *residence principle*. In conformità alla *sourcing theory* e alla *benefit theory*, l'Organizzazione valorizza infatti il potere degli Stati di avocare l'imposizione rispetto alle attività che *producono* reddito nel loro territorio, in esito allo sfruttamento del territorio medesimo e correla il medesimo potere ai benefici concessi dagli Stati alle imprese, in termini

di servizi offerti¹¹. In questa prospettiva, il dialogo Stato ospitante-impresa ospite si risolve in un rapporto *qui-pro-quo*, nel quale il primo offre alla seconda quei benefici che le consentono di produrre ricavi o ridurre costi e che, quindi, le impongono la contribuzione alle pubbliche spese.

Da altra prospettiva, si è anche ritenuto che una siffatta impostazione possa valorizzare l'interazione tra l'offerta e la domanda (*c.d. demand approach*), così conferendo rilevanza anche al *market country* per il sol fatto che ivi è collocata la domanda stessa. Tale scelta mira a strutturare l'imposizione diretta non dissimilmente da quanto accade per le imposte sui consumi, assurgendo però il consumo non a presupposto impositivo, ma a mero criterio di allocazione; sembra, peraltro, corretto ritenere che tali teorie possano rinvenire nuovo vigore alla luce del rinnovato ruolo dei consumatori, non più passivi *consumer* di beni e servizi, ma attivi *prosumer*, compartecipi delle dinamiche aziendali.

In questa prospettiva, appare chiaro (in termini generali, ma non per alcuni Stati) che la riflessione esula completamente dal tema dell'abuso, con la conseguenza che la sua analisi deve incanalarsi lungo solchi ben differenti. Dalla prospettiva dei *source states*, non sembra assumere rilevanza il contrasto a strutture prive di valide ragioni economiche che mirano a conseguire risparmi fiscali aggirando la *ratio* delle norme, ma sembra piuttosto che la riflessione debba concernere la portata di quelle stesse norme, che misurano e ancorano la potestà impositiva.

Tale conclusione si presta a molteplici riflessioni.

Non sembra esistere un limite di carattere internazionale al potere impositivo dei singoli Stati ma, ove sussistenti, detti limiti derivano semmai dalla struttura costituzionale interna dei singoli Paesi, che sono dunque tendenzialmente liberi di prescegliere criteri di allocazione dei redditi, incorrendo unicamente nei limiti derivanti dai sistemi costituzionali interni. Per fare un esempio, l'art. 53 della Costituzione, pur legittimando espressamente la tassazione degli stranieri, impone al legislatore di individuare un collegamento del non residente con il territorio dello Stato, nella misura in cui impedisce di assoggettare ad imposizione

¹¹ Per fare un esempio, lo Stato che fornisce la rete idonea ad interconnettere l'impresa e l'utente che crea il valore aziendale può avocare l'imposizione sui redditi riconducibili a quel valore.

indici inespressivi di capacità contributiva e chiede di richiamare al concorso alle pubbliche spese solo i soggetti che manifestino tale capacità; sarebbe infatti irragionevole un dovere di contribuzione coinvolgente chiunque, a prescindere da un qualche tipo di appartenenza a quella comunità statale che il contribuente è chiamato a “finanziare”.

Nondimeno, la scelta per l'approccio *worldwide* o per quello *source based* non riflette solo la preferenza per un modello di politica fiscale, ma anche per una diversa struttura tecnico-giuridica dell'imposizione. Oggi, la maggioranza degli autori sembra propendere, pur con diverse declinazioni, per un approccio *source-based*, in risposta alla polverizzazione delle fonti di reddito e alla smaterializzazione dello stesso concetto di residenza; tuttavia, è stato altresì evidenziato che tale scelta non solo richiederebbe, ai fini di un coordinamento, l'individuazione di un criterio di *fonte* unitario, ma disegnerebbe un sistema impositivo tendenzialmente reale, nel quale non si valorizza il soggetto titolare di quel reddito, ma la ricchezza oggettivamente intesa e moltiplicata in ragione dei territori in cui viene prodotta. Si tratta, peraltro, di un'impostazione in controtendenza con la stessa nozione di Stato moderno, che non è più il solo territorio, ma soprattutto l'organizzazione di persone (e enti) che vi partecipano.

A tali riflessioni, si affiancano peraltro quelle proposte – qual è la CCCTB comunitaria – che mirano a ripartire il reddito secondo criteri di tipo formulare, fondati sulla determinazione unitaria del reddito imponibile e sulla successiva ripartizione del medesimo, secondo determinati indicatori, fra i diversi ordinamenti cui esso risulterebbe riferibile. Tali criteri sembrano ambire ad un modello di imposta globale, il cui gettito è ripartito secondo criteri prestabiliti, ma non bypassano la problematica di scegliere i fattori di ripartizione di quel reddito; per fare un esempio, il ricorso a fattori macroeconomici, quali il valore aggiunto nazionale, il prodotto interno lordo o l'ammontare di investimenti pubblici in infrastrutture, ha sicuramente il pregio di una maggiore efficienza nell'allocazione dell'imponibile tra le diverse giurisdizioni, essendo tali fattori oggettivamente misurabili; tuttavia, la scelta di fattori microeconomici, quali il costo del lavoro, il capitale, il fatturato, è senz'altro più in linea con le esigenze di equità nella ripartizione dell'imponibile, basandosi su elementi che riflettono le caratteristiche

del contribuente e quindi la sua reale capacità contributiva.

Ad ogni modo, tutte le suesposte soluzioni richiedono una rimeditazione internazionale. Le misure unilaterali, di recente poste in essere da molti Stati, rischiano infatti o di risultare *inutiliter datae*, in quanto contrarie alle prevalenti norme internazionali, o di introdurre delle *trade-barriers* alle imprese, in perfetta controtendenza con le ispirazioni della fiscalità internazionale fin dai suoi albori.

d) I paralleli interventi rimediali e perequativi.

Osservazioni di diverso tenore valgono rispetto agli interventi in materia di imposizione indiretta, proposti sia dall'OCSE, sia dall'Unione Europea, sia – soprattutto – dai singoli Stati, i quali, pur condividendo parzialmente le premesse e le intenzioni, hanno tuttavia introdotto o suggerito tributi strutturalmente diversi, sia nel presupposto, sia negli effetti.

Molti degli interventi di tal fatta sottendono un'intenzione perequativa. In alcuni casi, essi mirano a riallineare l'imposizione delle imprese residenti a quella delle non residenti, assumendo che queste ultime riescano a subire un carico impositivo complessivo irrisorio mediante la pianificazione fiscale aggressiva; va da sé che, in quanto tali, sono destinate a venir meno laddove i medesimi obiettivi siano raggiunti per altre vie, cioè mediante strumenti anti-abuso internazionali o domestici ovvero mediante interventi di modifica all'allocazione della potestà impositiva. In altri casi, i medesimi interventi sembrano invece voler colmare il divario concorrenziale tra le imprese digitali e quelle “tradizionali”, rischiando tuttavia di determinare effetti discriminatori.

Il perseguimento di tali obiettivi è affidato a misure diverse, a grandi linee così riepilogabili.

Alcune misure, come l'*equalisation levy* indiana, sono rivolte a singoli settori (nel caso indiano, la pubblicità) e ai soli soggetti non residenti. Così strutturate, sembrano quindi assumere la funzione di veri e propri “dazi”, in quanto diretti a colpire la circolazione di servizi da uno Stato all'altro; la circostanza che abbiano ad oggetto servizi non stupisce, ove si consideri l'attuale assottigliamento della differenza tra beni e servizi, essendo peraltro qualificati come tali anche i c.d. “beni digitali” (si pensi, tipicamente, agli *e-books*). La stessa

OCSE sottolinea, tuttavia, che tali misure rischiano di contravvenire agli obblighi internazionali degli Stati, assunti non solo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni (da cui potrebbero esulare, attesa la strutturale diversità dalle imposte reddituali), ma anche nelle convenzioni commerciali, quali il GATT e il GATS.

Altre misure, quale è quella italiana, sono rivolte indistintamente alle imprese residenti e non residenti e hanno ad oggetto un novero ben più significativo di servizi, caratterizzati dalla mera *automazione*. In quanto tali, sembrano quindi atteggiarsi a vere e proprie imposte sul consumo ovvero sulla fornitura di servizi, assai agevolmente traslabili sui consumatori (applicandosi peraltro su ciascuna transazione) e prive di un effetto compensativo, sia internazionale, atteso l'assoggettamento ad imposizione di soggetti residenti e non residenti, sia concorrenziale, rischiando addirittura di creare uno svantaggio competitivo "inverso", in sfavore delle imprese residenti e meno digitalizzate.

Nessuna delle misure introdotte sembra invece assumere il carattere di un'imposta sul sovraprofitto¹², senz'altro confacente alle finalità di cui si è detto. Tali misure impositive, talora avallate dagli Stati, mirano infatti a colpire gli utili di alcuni operatori economici per la parte eccedente il reddito ordinario, calcolato secondo presunzioni di redditività, e gravano sul solo differenziale tra reddito complessivo e reddito ordinario, così isolando il sovraprofitto colpito. Senonché, nessuna delle misure attualmente in discussione ricorre a tale modello impositivo, probabilmente a causa della difficoltà di individuare un'eccedenza da assoggettare a imposizione, attesa la molteplicità dei settori attenzionati dalle misure.

Di assoluto interesse sembra, invece, il tributo proposto dall'Unione Europea. L'imposta europea colpisce i soli servizi digitali caratterizzati dalla creazione di valore da parte degli utenti, ancorandosi strutturalmente a quella creazione di valore imputabile a questi ultimi; coerentemente con il sup presupposto, essa si applica sia ai servizi *B2B* che a quelli *B2C* ed è territorialmente rilevante nel luogo in cui è situata quella componente umana che partecipa alla creazione del valore colpito. Così strutturata, detta imposta sembra quindi ben diversa da quelle precedentemente illustrate, in quanto tesa a catturare un valore complessivo, e non atomistico (gravando infatti sulla *sintesi* dei ricavi

¹² Se non, per alcuni aspetti, la *Diverted Profits Tax* inglese.

annui, e non su ciascuna transazione effettuata) e a collocare l'imposizione nello stato in cui detto valore è prodotto.

Così strutturata, essa sembra quindi rispondere correttamente alle riflessioni internazionali, che unanimemente rintracciano nell'apporto degli utenti un contributo allo svolgimento dell'attività di impresa.

Nondimeno, se esaminata in dettaglio, essa presenta alcuni disallineamenti rispetto a quelle che sembrano essere le sue finalità. Se è vero che l'intenzione della proposta è quella di colpire un valore prodotto dall'apporto degli utenti, davvero non si vede perché debbano esulare dal suo presupposto alcune attività che, al pari di quelle assunte ad oggetto del tributo, sono senz'altro caratterizzate dal medesimo apporto di valore; il riferimento è, in particolare, alle attività di *e-commerce* o alle piattaforme di *streaming*, che ampiamente utilizzano la profilatura degli utenti per rivolgere offerte commerciali mirate. Allo stesso modo, la scelta di una così elevata soglia di fatturato non sembra rispondere alla logica di *escludere* le piccole e medie imprese, nel qual caso sarebbe correttamente giustificata da intenti di semplificazione e protezione di tali ultimi operatori, ma piuttosto di *includere* solo le grandissime imprese, di fatto extra-europee, così atteggiandosi a vero e proprio dazio unionale¹³.

Ad ogni modo, un'imposta di tal fatta non sembrerebbe assimilabile né a un'imposta sul consumo, né a un dazio, né a un'imposta sul sovrapprofitto, ma piuttosto ad un'imposta sul valore della produzione, non dissimile dalla domestica IRAP. Esistono senz'altro differenze tra i due tributi, atteso che l'IRAP è destinata a colpire un aggregato di fattori produttivi combinati, su cui peraltro il soggetto passivo esprime un potere di comando, mentre la *digital service tax* colpisce singoli apporti di valore, non necessariamente combinati tra loro. Tuttavia, la logica che ispira l'imposta domestica sembra non dissimile da quella sottesa all'imposta europea, nella misura in cui ambedue le misure si fondano sulla concezione che la disponibilità di fattori che esprimono una potenzialità

¹³ Non si è fatta attendere, infatti, la reazione degli Stati Uniti. Il Treasury Secretary statunitense ha subito segnalato l'irragionevolezza del tributo rispetto alle imprese americane, affermando che "*We think that having gross taxes on internet companies is not fair [...] It is not the basis of how we think that they should be taxed, and we have been very clear in those discussions*". Cfr. A. RAPPEPORT, M. SCHREUER, J. TANKERSLEY, N. SINGER, *Europe's Planned Digital Tax Heightens Tensions With U.S.*, in *The New York Times*, 19 marzo 2018, in <https://www.nytimes.com/2018/03/19/us/politics/europe-digital-tax-trade.html>.

produttiva può costituire un indice di capacità contributiva distinto da tutte le altre manifestazioni di potenzialità economica già assunte a fondamento dei tributi vigenti¹⁴, quali il reddito e il consumo, che invece hanno diretto riguardo ai risultati dell'attività economica, e non al suo dinamico dispiegamento.

Ma il tributo europeo presta il fianco a un ulteriore ordine di considerazioni. Come visto, la compartecipazione degli utenti ai modelli di *business* può assumere varie forme, ma la più rilevante è senz'altro la fornitura di dati¹⁵, che vengono raccolti, aggregati, elaborati e utilizzati nella catena del valore virtuale, ai più disparati fini¹⁶. A tal fine, non può non evidenziarsi che il tributo europeo valorizza i dati, seppur atomisticamente intesi (e quindi nel loro stato "grezzo"), assunti a oggetto del tributo sia direttamente, sia indirettamente nella misura in cui è colpito l'apporto degli utenti quando essi forniscono consapevolmente le proprie informazioni. La stessa OCSE aveva infatti suggerito l'introduzione di "*a levy [...] on data and other contributions gathered from in-country customers and users*"; questa proposta, stranamente non adottata dai singoli Paesi, sembra essere stata accolta proprio dall'Unione, che riconosce l'esistenza di un *asset* di assoluta rilevanza, caratteristico dell'organizzazione produttiva di alcune imprese e di rilevante interesse anche sociale.

È probabilmente questo il tema che merita la più attenta riflessione e che forse dovrebbe emanciparsi da ogni inquinamento derivante dalla nota tematica dell'elusione internazionale; un tributo di tal fatta, contrariamente alle intenzioni europee, ove strutturato in maniera non discriminatoria potrebbe infatti assumere un carattere tutt'altro che transitorio, senza essere relegato ad assumere una

¹⁴ Secondo Gallo, la giustificazione dell'Irap va ricercata nel fatto che "*l'unità produttiva tassata ha carattere di realtà e dimostra una capacità contributiva autonoma, impersonale, separata ed aggiuntiva rispetto ai singoli percettori del reddito e basata sulla capacità contributiva che deriva dalla combinazione dei fattori della produzione. È insomma un'imposta che non colpisce né il reddito, né il patrimonio, né il consumo, ma un'entità reale rilevante sotto il profilo della capacità contributiva e che può identificarsi con il dominio sui fattori della produzione e con la potenzialità economica e produttiva*", F. GALLO, *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass, Trib.*, 1998, pag. 627.

¹⁵ Non si tratta dell'unico apporto, ma sicuramente del più rilevante. Per fare un esempio, in alcuni *business* gli utenti, nella fase del *download* ovvero dello *streaming* del contenuto digitale, partecipano al processo di distribuzione, che di fatto avviene attraverso la loro personale connessione ad internet, sfruttando cioè la loro *broadband*.

¹⁶ La profilatura degli utenti è solo un esempio di utilizzo dei dati raccolti. Anche le attività in *crowdsourcing*, in definitiva, si sostanziano nella raccolta di dati, utilizzati per il miglioramento dei prodotti aziendali.

funzione – qual è quella dichiarata – rimediale rispetto alla auspicata soluzione definitiva, che invece è tuttora affidata, anche in Europa, alla stabile organizzazione digitale.

Tutte le suesposte considerazioni, tuttavia, non devono trascurare un monito, non sempre recepito dai legislatori nazionali. La digitalizzazione delle imprese e, più in generale, della società è, attualmente, una delle maggiori leve di sviluppo; non è un caso che, quando l'Ungheria ha tentato di introdurre la *bit tax*, l'Europa si è preoccupata di ammonire detto Stato su come detta misura potesse pericolosamente (e dannosamente) ostacolare la digitalizzazione del Paese. Aggredendo il settore digitale nella sua più lata accezione, introducendo tributi o prelievi irragionevoli, talora dettati da mere esigenze di gettito, gli Stati rischiano infatti di ingenerare pericolosi effetti controproducenti.

Tali effetti si ripercuotono non solo sulle imprese, disincentivate ad esplorare i canali di sviluppo digitale, ma anche sui mercati degli stessi Paesi, da cui le imprese si allontanano (si tratta di un'opzione consentita alle sole imprese che possono scegliere di rinunciare a un dato mercato e, quindi, a quelle tendenzialmente caratterizzate da una posizione concorrenziale di vantaggio), come accaduto in Spagna con l'introduzione della *compensation equitativa*. Nei casi limite, dette misure rischiano di inficiare finanche l'esercizio di diritti fondamentali, quale è quello all'informazione e all'interazione sociale, che trovano vigore e completamento mediante le reti di comunicazione digitale.

L'introduzione disordinata di imposte indirette, se irragionevole, non è quindi affatto rimediale; al contrario, una tale evenienza rischia di alterare gli equilibri di mercato, danneggiare le imprese più deboli e, di fatto, ricostituire quella situazione che, negli anni '20, ha indotto gli Stati ad intervenire per coordinare i rispettivi poteri impositivi. Rischia, insomma, di re-introdurre quelle *trade barriers* che, al tempo, si è inteso condivisibilmente rimuovere.

BIBLIOGRAFIA

- AMATUCCI V., *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, p. 3
- ANTONACCHIO F., *Riforma fiscale u.s.a.: nuove misure anti-abuso e incentivi per i gruppi multinazionali*, in *Fisco*, 2018, p. 1953
- ANTONACCHIO F., *Treaty shopping: abuso del diritto convenzionale mediante pratiche aggressive di tax planning*, in *il fisco*, 2013, p. 4779
- ANTONINI L., *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996
- ASEN B., BLECHSCHMIDT C., *Making digital, real and rewarding*, in *Cognizanti*, 2016, p. 2
- ASSONIME, *Prime considerazioni sulla web tax "transitoria"*, circolare n. 21/2017
- ASSONIME, *Prime disposizioni attuative del nuovo regime di cooperative compliance*, circolare n. 14/2016
- ASTONE F., *Il rapporto tra gestore e utente: questioni generali*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 365
- APELLI M. (a cura di), *La disciplina del commercio elettronico e delle altre forme di contrattazione a distanza*, Torino, 2001
- APELLI M., *Il diritto alla tranquillità individuale. Dalla rete internet al 'door to door'*, Napoli, 2001
- AUBUSSON M., *Global Entertainment and Media Outlook: 2013– 2017*, 2013, in www.pwc.com
- AUTORITÀ GARANTE PER LE COMUNICAZIONI, *Linee guida in materia di trattamento di dati personali per profilazione on line*, 19 marzo 2015, in www.agcom.it
- AUTORITÀ PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI, *Indagine conoscitiva sul settore dei servizi internet e sulla pubblicità online*, Allegato A alla Delibera n. 19/14/CONS, in www.agcom.it
- AVERY JONES J. F., *Avoiding Double Taxation: Credit versus Exemption - The Origins*, in *Bull. Int. Tax.*, 2012, p. 1

- EVERY JONES J. F., WARD D., *Agents as permanent Establishments under the OECD Model Tax Convention*", in *European Taxation*, 1993, p. 154
- AVI-YONAH R. , CLAUSING K. A., *Reforming corporate taxation in a global economy: a proposal to adopt formulary apportionment*; PICCIOTTO S., *Toward unitary taxation of transnational corporations*, in *Tax justice network*, 2012, p. 1 ss.
- AVI-YONAH R. S., *International Taxation of Electronic Commerce*, in *Tax Law Review*, n. 3, 1997, p. 531
- AVI-YONAH R., *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, in *Harvard L. Rev.*, 2000, p. 1573
- AVI-YONAH R.S., BENSALOM I., *The formulary apportionment - Myths and prospects*, 2010, consultabile a <http://ssrn.com/abstract=1693105>
- AVI-YONAH R.S., CLAUSING K.A., DURST M.C., *Allocating business profits for tax purposes, a proposal to adopt a formulary split*, 2008, consultabile a <http://ssrn.com/abstract=1317327>
- AVI-YONAHV, FISHBIEN N., *Once More, with Feeling: The 'Tax Cuts and Jobs' Act and the Original Intent of Subpart F*, in *Public law and legal theory research paper series. Paper n. 578*, novembre 2017
- AVOLIO D., *Il modello di "impresa globale": effetti sulle contestazioni di esteroinvestizione e stabile organizzazione "occulta"*, in *Fisco*, 2017, p. 550
- AVOLIO D., *La nuova definizione di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 265
- AVOLIO D., PEZZELLA D., *La web tax italiana e la tassazione dei servizi digitali*, in *Fisco*, 2018, p. 525
- AVOLIO D., RUGGIERO P., *La proposta di modifica al Commentario OCSE sulla stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2012, p.1113
- AVOLIO D., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione e l'Action 7 dell'OCSE: la figura del commissario*, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 831
- AVOLIO D., SANTACROCE B., *Progetto BEPS, stabile organizzazione e attività preparatorie o*

ausiliarie, in *Corr. Trib.*, 2015, p. 2507

AVOLIO D., SENCAR D., *La nuova anti-fragmentation rule in materia di stabile organizzazione*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 38

AVOLIO D., SENCAR D., *Stabile organizzazione e Action 7 del progetto BEPS dell'OCSE*, in MAYR S., SANTACROCE B. (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016, p. 93

BADEN-FULLEN A., HAEFLIGER C., *Business Models and Technological Innovation*, in *Long Range Planning*, 2013, p. 419

BAEZ A., BRAUNER Y., *Withholding Taxes in the Service of BEPS. Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy*, in *IBFD whitepaper*, 2 febbraio 2018

BAGGIO R., *Profili di irrazionalità ed illegittimità costituzionale dell'imposta regionale sulle attività produttive*, in *Riv. Dir. Trib.* 1997, p. 638

BAGGIO R., *Territorialità del tributo*, 2014, in www.treccani.it

BAGGIO R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009

BAHL C., *The Work Ahead: The Future of Businesses and Jobs in Asia Pacific's Digital Economy*, in *Cognizant*, 2016, p. 2

BAKER P., *Dependent Agent Permanent Establishments: Recent OECD Trends*, in M. LANG et al., *Series on International Tax Law: Dependent Agents as Permanent Establishments*, Linde, 201, p. 29

BAKER P., *Double taxation conventions and International Tax Law*, Londra, 1994

BAKER R., COLLIER R.S., *General Report*, in *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2006

BALLARINO T., *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Padova, 2002

BARANGER S. et al., *The 2012 Leiden Alumni Seminar: Case Law on Treaty Interpretation Re Commissionaire and Agency PEs*, in *Eur. Taxn.*, 2013, p. 53

- BARNES C., BLAKE H., PINDER D., *Creating & delivering your value proposition. Managing customer experience for profit*, Kogan Page, Londra, 2009
- BARRET F. J., *Yes to the mess. Surprising Leadership Lessons from Jazz*, Harvard Business School Press, Boston, 2012
- BARTLE I., VASS P., *Self-Regulation within the Regulatory State: Towards a New Regulatory Paradigm?*, in *Pub. Admin.*, 2007, p. 885
- BASAKV, *Equalization Levy: A New Perspective of E-Commerce Taxation*, in *Intertax*, 2016, p. 845
- BASILAVECCHIA M., *Sulla costituzionalità dell'Irap; un'occasione non del tutto perduta*, in *Rass. trib.*, 2001, p. 310
- BATHEJA R., *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Article 5(3) and (4) of The OECD MC*, in BLUM D.W., SEILER M. & LANG M., *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, Vienna, 2016
- BECKER J., ENGLISCH J., *EU Digital Services Tax: A Populist and Flawed Proposal*, in *Kluwer International Tax Blog* del 16 marzo 2018
- BELIRI A., *Principi di diritto tributario*, Milano, 1967
- BELL D., *The Coming of Post-Industrial Society: A Venture in Social Forecasting*, Penguin, 1973
- BELL D., *The Third Technological Revolution and Its Possible Socioeconomic Consequences*, in *Dissent*, 1989, p. 164
- BELLOMO A. M., *"THERE AIN'T NO SUCH THING AS A FREE LUNCH". Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, pag. 205
- BENNET M., *The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The 2008 Commentary on Art. 7 of the OECD Model Convention*, in *Eur. Taxn.*, 2008, p. 48
- BERNERS-LEE T.J., CAILLIAU R GROFF., J.F., POLLERMANN B., CERN, *World-Wide Web: The Information Universe*, in *Electronic Networking: Research, Applications and Policy*, 1992, p. 52

- BEYER M., *Gartner Says Solving 'Big Data' Challenge Involves More Than Just Managing Volumes of Data*, Press Release, 2011, in <https://www.gartner.com/newsroom/id/1731916>
- BIANCA C. M., *Il contratto*, in *Diritto Civile*, Milano, 1987
- BIRD DAVID N., *The property of sharing: western analytical notions*, in WILDOK T., GOSSA TADESSE W., *Property and equality. I, Ritualisation, Sharing, Egalitarianism*, New York, 2005
- BISIOLI A., ZULLO A., *Web tax: una lettura in chiave comunitaria*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 1032
- BLACK J., *Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a «Post-Regulatory» World*, in *Current L. Probs*, 2001, p. 103
- BLUM D. W., *Permanent Establishments and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined?*, in *Bull. Int. Tax.*, 2015, p. 314
- BONETTI S.F., *La tutela dei consumatori nei contratti gratuiti di accesso ad internet : i contratti dei consumatori e la privacy tra fattispecie giuridiche e modelli contrattuali italiani e statunitensi*, in *Dir. informatica*, 2002, p. 1087
- BOTSMAN R., ROGERS R., *What's mine in yours. How collaborative consumption is changing the way we live*, Londra, 2010, p. 83
- BRAUNER Y., PISTONE P., *International/OECD - Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment*, in *Bulletin for International Taxation*, 2018, pubblicato online il 26 marzo 2018
- BRAUNER Y., *What's BEPS*, in *Fla. Tax Rev.*, 2014, p. 16 ss
- BRUNATI F., *Google, ecco come ha fatto a evadere 270 milioni di tasse in Italia secondo la Finanza*, in <https://it.businessinsider.com/google-ecco-come-fa-a-non-pagare-piu-di-200-milioni-di-tasse-in-italia/>
- BRYNJOLFSSON G., KAHIN B., *Understanding the Digital Economy: Data, Tools, and Research*, MIT Press, Cambridge, MA, 2000

- BUKHT R., HEEKS R., *Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy*, working paper n. 68, "Development Implications of Digital Economies" strategic research network, funded by the UK's Economic and Social Research Council as part of the Global Challenges Research Fund initiative, Manchester, 2017
- BUONAMASSA G., G. GERARDI, *Stabile organizzazione e commissionario*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2017, pag. 19
- CARDARELLI F., *Amministrazione Digitale, Trasparenza E Principio Di Legalità*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2015, p. 227
- CARMEL E., *The New Software-Exporting Nations: Success Factors*, in *Electronic Journal of Information Systems in Developing Countries*, 2003, p. 1
- CARMONA FERNANDEZ N., *The concept of Permanent Establishment in the Courts: Operating Structures Utilizing Commission Subsidiaries*, in *Bulletin for International Taxation*, 2013, p. 32
- CARROL B., *History of movement to remove tax barriers to international trade* in E. EINSER, *Tax barriers to trade*, Vienna, 1941
- CARROLL M.B., *Taxation of foreign and national enterprises: methods of allocating taxable income*, League of Nations, 1933
- CASSESE S., *Il diritto globale*, Torino, 2009
- CATERINA R., *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 96
- CENTORE P., *Mini "One Stop Shop"(Moss): Un Passo Avanti Verso Il Regime Iva Definitivo*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, 2014, p. 13
- CERINA P., *Il problema della legge applicabile*, in TOSI E. (a cura di), *I problemi giuridici di Internet. Dall'e-commerce all'e-business*, Milano, 2003
- CERIONI F., *Il D.Lgs. 2 febbraio 2007, n. 26: la riforma della tassazione dei prodotti energetici e dell'elettricità*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, p. 49

- CERRATO M., *Spunti intorno alla struttura e ai soggetti passivi delle accise*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, p. 217
- CHRISTIANS A., *BEPS and the Power to Tax*, in *Tax Sovereignty in the BEPS Era, Series on International Taxation*, cit., p. 3
- CIPOLLINA S., *I confini giuridici nel tempo presente*, Milano, 2003
- CIPOLLINA S., *I redditi “nomadi” delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 21
- CIPOLLINA S., *Profili evolutivi della cfc legislation: dalle origini all'economia digitale*, in *Dir. Fin.*, 2015, p. 356
- COCIANI S. F., *Attualità e declino del principio di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 823
- COCKFIELD A., HELLERSTEIN W., MILLAR R., WAERZEGGERS C., *Taxing Global Digital Commerce*, Amsterdam, 2013, p. 462
- COHEN M., SUNDARARAJAN A., *Self-regulation and Innovation in the peer-to-peer sharing economy*, in *University of Chicago Law Review Online*, 2015, p. 116
- COMMISSIONE EUROPEA, *Commission Staff Working Document Impact Assessment, Accompanying the document Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence and 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) 147 final} - {COM(2018) 148 final} - {SWD(2018) 82 final}*, Bruxelles, 21 marzo 2018
- COMMISSIONE EUROPEA, *Building the European information society for us all. Final policy report of the high-level expert group* 20 settembre 1997
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al Consiglio. È giunto il momento di istituire norme fiscali moderne, eque ed efficaci per l'economia Digitale*, COM(2018) 146 final, Bruxelles, 21 marzo 2018
- COMMISSIONE EUROPEA, *Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo*,

al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni – sfruttare il potenziale del cloud computing in europa (com/2012/0529 final)

COMMISSIONE EUROPEA, *Decisioni on 4.11.2016 ON THE MEASURE SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover, C(2016) 6929 final, Bruxelles, 4 novembre 2016*

COMMISSIONE EUROPEA, *Draft Report on the proposal for a Council directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB), COM(2016)0683 - C8-0471/2016 - 2016/0336(CNS)), Committee on Economic and Monetary Affairs, 13 luglio 2017*

COMMISSIONE EUROPEA, *Expert Group on taxation of the Digital Economy - general issues – working paper, Bruxelles, 2013*

COMMISSIONE EUROPEA, *Orientamenti per l'attuazione/applicazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali, Bruxelles, 25 maggio 2016 p. 28*

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del consiglio che stabilisce norme per la tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, COM(2018) 147 final, Bruxelles, 21 marzo 2018*

COMMISSIONE EUROPEA, *Proposta di direttiva del consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali, COM(2018) 148 final, Bruxelles, 21 marzo 2018*

COMMISSIONE EUROPEA, *Raccomandazione della Commissione del 21.3.2018 relativa alla tassazione delle società che hanno una presenza digitale significativa, C(2018) 1650 final, Bruxelles, 21 marzo 2018*

COMMISSIONE EUROPEA, *Un sistema fiscale equo ed efficace nell'unione europea per il mercato unico digitale, Comunicazione della commissione al parlamento europeo e al Consiglio, Bruxelles, 21 settembre 2017*

COMMITTERI G.M., SCIFONI G., *La stabile organizzazione nell'ordinamento tributario internazionale, in il fisco, 2004, p. 1437*

CONFINDUSTRIA DIGITALE, *Osservazioni di confindustria digitale su disegno di legge n. 2526*

recante misure in materia fiscale per la concorrenza nell'economia digitale, 24 maggio 2017, in www.senato.it

CONFINDUSTRIA, *Nota di aggiornamento 10 gennaio 2018, "Legge di bilancio 2018 - Misure fiscali d'interesse per le imprese - Prime osservazioni aggiornate alla pubblicazione del testo definitivo*, pag. 103

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 229

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, *Conclusioni del Consiglio sul tema "Rispondere alle sfide della tassazione degli utili dell'economia digitale"*, adottata dal Consiglio nella 3582^a sessione tenutasi il 5 dicembre 2017, atto n. 15445/17, Bruxelles, 5 dicembre 2017

CORDEIRO GUERRA R., *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012

CORDELL A., IDE T., *The new wealth of nations, Club of Rome report*, novembre 1994; CORDELL A., *The new taxes for a new economy, in Canada/information gouvernementale du Canada*, vol. n. 2, n. 4

CORSO L., ODETTO G., *La nuova nozione di stabile organizzazione, in Le Novità della legge di bilancio 2018 e del DL collegato (Quaderni Eutekne, 2017)*, pag. 170

COSTANZO P., *Aspetti evolutivi del regime giuridico di Internet*, in *Inf. e dir.*, 1997, p. 25

COVA A., *Economia, lavoro e istituzioni nell'Italia del Novecento*, Milano, 2002, p. 347 ss.

CROXATTO G.C., *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965

CROXATTO G.C., *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, Roma, 1972

CUNNINGHAM W., *Irish--incorporated companies—new residence rules*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 476, 476

D'AMATI N., *Schema costituzionale della attività impositiva*, in *Dir. prat. tribut.*, 1964, p.24

DARBY III J. B., LEMASTER K., *How to reduce worldwide taxation via an Irish subsidiary*, in *Practical US/International Tax Strategies*, 2007, p. 2

- DAVENPORT B., *How big data is different*, in *Sloan Review*, 2012, p. 37
- DE LA FERIA R. - DEVERAUX M., *Designing and Implementing a Destination-based Corporate Tax*, *Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper Series*, WP 14/07, 2014
- DE NOVA G., INZITARI B., TREMONTI G., VISENTINI G. (a cura di), *Dalle Res alle New Properties*, *Atti del Convegno di Pavia (13-14 ottobre 1989)*, Milano, 1991
- DE WILDE M. F., *'Sharing the pie'; Taxing multinationals in a global market*, Rotterdam 2015
- DEBATIN G., *Entwicklungstendenzen und aktuellen Auslegungsfragen im Aussensteuerrecht der Bundesrepublik (Deutsche Vereinigung für internationales Steuerrecht)*, Berlino, 1962
- DEL GATTO M., *Trends di economia internazionale. Globalizzazione, investimenti e commercio estero*, Catanzaro, 2017
- DELLA VALLE E., *La web tax italiana e la proposta di direttiva sull'imposta sui servizi digitali: morte di un nascituro appena concepito?*, in *Fisco*, 2018, p. 1507
- DHULDHOYA V., *International/OECD - The Future of the Permanent Establishment Concept*, in *Bull. Int. Tax.*, Volume 7, No. 4a/Special Issue, pubblicato online il 26 marzo 2018
- DICK P. K., *Minority report*, New York, 1956
- DOERNBERG R., HINNEKENS L., *Electronic Commerce and International Taxation*, Amsterdam, 1999
- DRUCKER A., *What is a Business? Chapter 6 in Management, Tasks, Responsibilities, Practices*. New York, 1986; Thompson, *Organizations in Action*, New York, 1967
- DZIURDŹ K., *Article 15 of the OECD Model: The 183-Day Rule and the Meaning of "Borne by a Permanent Establishment"*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2013, p. 66
- EINAUDI L., *La coopération internationale en matière fiscale*, in *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye*, Parigi, 1928
- EINAUDI L., *La guerra ed il sistema tributario italiano*, Bari, 1927
- ERNST AND YOUNG, *The latest on BEPS, Global Tax Alert*, 2017, in

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Latest_on_BEPS -
_18_December_2017/\\$FILE/2017G_07140-171Gbl_The%20Latest%20on%20BEPS%20-
%2018%20December%202017.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/The_Latest_on_BEPS_-_18_December_2017/$FILE/2017G_07140-171Gbl_The%20Latest%20on%20BEPS%20-%2018%20December%202017.pdf)

FABRIS G., *Customer Knowledge Marketing*, in *Cons. Dir. Merc.*, 2008, p. 91

FALSITTA G., *Le accise (imposte di fabbricazione e di consumo)*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2000

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2010

FALSITTA G., *Aspetti e problemi dell'Irap*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1997, pp. 500 ss.

FARREL J.E., *The Interface of International Trade Law and Taxation*, Amsterdam, 2013

FAYYAD U., PIATETSKY-SHAPIRO G., SMYTH P., *From Data Mining to Knowledge Discovery in Databases*", in *AI Magazine*, 1996, p. 37

FEDELE A., *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2002, p. 451

FEDELE A., *Relazione sull'Irap*, in *Riforma tributaria 1998, Analisi dei decreti legislativi in vigore nel 1998, Atti del Seminario di studi dell'Ordine dei dottori commercialisti di Roma*, 28 ottobre-18 dicembre 1997, Roma, 1998

FERRONI B., *Cooperative compliance: un regime sempre più attrattivo per le grandi imprese*, in *Fisco*, 2017, p. 25

FERRONI B., *Firmata la Convenzione Multilaterale del progetto BEPS: effetti su migliaia di trattati fiscali in tutto il mondo*, in *Fisc. Int.*, 2017, p. 2952

FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992

FONDAZIONE UNIPOLIS, *Dalla sharing economy all'economia collaborativa – l'impatto e le opportunità per il mondo cooperativo*, in *Quaderni di Unipolis*, Ottobre 2015

FOWLER G. A., *There's an Uber for everything now*, in *Wall Street Journal*, 5 maggio 2015

FRANCE STATÉGIE, *Taxation and the Digital Economy: a Survey of Theoretical Models. Final Report*, 26 febbraio 2015, in

https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/ficalite_du_numerique_9_mars_13_h.pdf

FRANCESCHELLI G. (a cura di), *Il commercio elettronico*, Milano, 2001

FRANSONI G., *La nozione di stabile organizzazione personale nel diritto interno e la rilevanza della "stabilità" dell'organizzazione*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, p. 363

FRANSONI G., *La riforma fiscale di Trump e i suoi effetti sulla tassazione internazionale e sulla web tax*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 17 novembre 2017

FRANSONI G., *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2003

FRANSONI G., *La web tax: miti, retorica e realtà*, in *Riv. Dir. Trib.* (supplemento online), 5 aprile 2018

FRANSONI G., *Le stabile organizzazione. Nihil sub sole novi?*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, p. 123

FRANSONI G., *Prime considerazioni sulla webtax ovvero sull'iniziativa congiunta di Francia, Germania, Italia e Spagna di tassare le società attive nel settore della digital economy*, in *Riv. Dir. Trib.*, supplemento online, 19 settembre 2017

G. SMORTO, *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120

G20, *Communiqué – G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting*, Baden Baden, 17/18 marzo 2017

G20, *Communiqué – G20 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting*, Bari, 12/13 maggio 2017

G20, *Leader's declaration, Shaping an interconnected world*, Amburgo, 7/8 luglio 2017

GAFFURI A.M., *Le ipotesi negative di stabile organizzazione. Spunti problematici e sviluppi interpretativi*”, in *Dir. prat. trib.*, 2015, pag. 209

GALBRAITH K., *The Affluent Society*. Houghton, Mifflin Galbraith, 2002

GALBRAITH K., *The New Industrial State*, Princeton University Press, 1967

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004

- GALLO F., *Imposta regionale sulle attività produttive e principio di capacità contributiva*, in *Giur. Comm.*, 2002, p. 131
- GALLO F., *Indagine conoscitiva sulla fiscalità dell'economia digitale*, Audizione alla Camera dei deputati, 24 febbraio 2015, in <http://www.camera.it/temiap/2015/02/25/OCD177-980.pdf>
- GALLO F., MARCHETTI F., *I presupposti della tassazione ambientale*, in *Rass. Trib.*, 1999, p. 115
- GALLO F., *Nuove espressioni di capacità contributiva*, in *Rass. Trib.*, 2015, p. 771
- GALLO F., *Prospettive di tassazione dell'economia digitale*, in *Dir. Mer. Tec.*, 2016, p. 154
- GALLO F., *Ratio e struttura dell'Irap*, in *Rass. Trib.*, 1998, p. 627
- GALLO F., *Contributo all'elaborazione del concetto di «stabile organizzazione» secondo il diritto interno*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1985, 385 ss.
- GALLO F., *L'evoluzione del sistema tributario e il principio di capacità contributiva*, introduzione al volume *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014, p. 3
- GAOUA N., *Taxation of the Digital Economy: French Reflections*, in *Eur. Taxn.* 2014, p. 54
- GARANTE DELLA PRIVACY, *Informativa e consenso per l'uso dei cookie*, in <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/export/3585077>),
- GARBARINO C., *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990
- GARBARINO C., *Nuove dimensioni della transnazionalità dell'imposizione*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000
- GARBARINO C., *Profili impositivi delle operazioni di commercio elettronico*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 1422
- GHISELLI F., *Digital economy: l'UE in campo per tassare i colossi del web*, in *quotidiano ipsoa*, 22 marzo 2018
- GILMORE J.S., *No internet tax. A proposal submitted to the policies & options Paper of the advisory commission on electronic commerce*, in <http://www.ecommercecommission.org>

- GINSBURG J., *Detecting influenza epidemics using search engine query data*, Nature, 457, Febbraio 2009
- GIOVANNINI A., *Ripensare la capacità contributiva*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2016, p. 1
- GÓMEZ REQUENA J.A., MORENO GONZÁLEZ S., *Adapting the Concept of Permanent Establishment to the Context of Digital Commerce: From Fixity to Significant Digital Economic Presence*, in *Intertax*, 2017, p. 732
- GOWAN M., *Requiem for Napster*, in *PC World*, 2012, in http://www.pcworld.idg.com.au/article/22380/requiem_napster/
- GRAETZ M., O'HEAR M., *THE "ORIGINAL INTENT" OF U.S. INTERNATIONAL TAXATION*, IN *DUKE LAW JOURNAL*, 1997, p. 1022
- GRAVELLE J.G., *Foreign Tax Provisions of the American Jobs Act of 1996*, in *Tax Notes*, 1996, p. 1165
- GREGGI M., *Il canone RAI tra libertà di informazione e tutela dell'interesse finanziario dello Stato nel sistema della Convenzione europea per i diritti dell'uomo*, nota a Dec. del 31 marzo 2009 (sull'ammissibilità della richiesta n. 33/04) della Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. XII - Pres. Tulkens, canc. Elens – Passos, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 1498
- GRILLI S., RUGGIERO P., *La stabile organizzazione nella giurisprudenza interna e internazionale*, in MAYR S., SANTACROCE B. (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016
- GRIZIOTTI B., *Divergenti casi di interessi passivi, pagati a banche estere tassabili oppure deducibili dall'imposta di R.M.*, in *Riv. dir. fin.*, 1937, p. 73
- GRIZIOTTI B., *L'imposition fiscale des entrangers*, Académie de Droit internationale. Parigi, 1927
- HAGEN K., KHAN K., CIOBO M., MILLER J., WALL D., EVANS H., YADAVA A., *Big Data and the Creative Destruction of Today's Business Models*", 2013, in www.atkearny.com
- HARHOFF D., HENKEL J., VON HIPPEL E., *Profiting from voluntary information spillovers: how users benefit by freely revealing their information*, in *32 Research Policy*, 2003, p. 1753

- HARTMANN C., ZAKI B., FELDMANN T., NEELY G., *Big Data for Big Business? A Taxonomy of Data-driven Business Models used by Start-up Firms*, University of Cambridge, Cambridge Service Alliance, 2014
- HELLERSTEIN W., *Jurisdiction to Tax in the Digital Economy: Permanent and Other Establishments*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2014, p. 68
- HELLERSTEIN W., *The Case for Formulary Apportionment*, in *Intl. Transfer Pricing J.*, 2005, p. 12
- HERNDON A., *Relief from International Income Taxation: the development of international reciprocity for the prevention of double taxation*, Callaghan, 1392
- HERZFELD E., *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualification problems*, in *Vierteljahresschrifts für Steuer und Finanzrecht*, Berlino, 1932
- HEY J., *Taxation Where Value is Created' and the OECD/G20 Baes Erosion and Profit Shifting Initiative*, in *Bull. Int. Tax.*, 2018, pubblicato on line il 25 marzo 2018
- HINNEKENS L., *Le implicazioni del commercio elettronico sulla tassazione all'origine, e in particolare sui paradigmi di determinazione della stabile organizzazione e l'attribuzione dei profitti senza favoritismi commerciali*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2001, pag. 9
- HM REVENUE & CUSTOMS, *Diverted Profits Tax: Guidance*, 30 novembre 2015, in www.gov.uk.
- HM REVENUE & CUSTOMS, RESEARCH AND ANALYSIS, *Diverted Profits Tax Yield: methodological note*, 13 settembre 2017, in <https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-yield-methodological-note/diverted-profits-tax-yield-methodological-note>
- HONGLER P., PISTONE P., *IBFD Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*, IBFD Working paper, 2015
- HORNER-OWENS V., *Tax and the Web: New Technologies, Old Problems*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, n. 11-12, 1996, p. 516
- HOWE A., *Crowdsourcing: Why the power of the crowd is driving the future of business*, New York, 2008

- HOWE A., *The Rise of Crowdsourcing*, Wired, 2006, in www.wired.com.
- IBFD, *Taxation of the Digital Economy – the EU's outlook*, Whitepaper, 21 maggio 2018
- INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *Final report of the Trade Barriers Committee of the International Chamber of Commerce*, 1926
- IRELAND DEPARTMENT OF FINANCE, *Effective Rates of Corporate Tax in Ireland*, 2014
- IRTI N., *Norma e luoghi. Problemi di geo diritto*, Roma-Bari, 2001
- IRWIN D., *Long-Run Trends in World Trade and Income*, in *World Trade Review*, 2002, p. 89
- K. VOGEL, *Vor Art 10.-12 mn 30 et seq. and Art 10 mn 30 et seq.*, in K. VOGEL (a cura di), *Doppelbesteuerungsabkommen*, Beck, 2008
- KEMMEREN E., *Origin based double tax convention and import-neutrality*, in *Riv. dir. trib. Int.*, 2001, p. 103
- KEMMEREN E., *Principle of Origin in Tax Conventions: a rethinking of models*, Dongen, 2001
- KEMMEREN E., *Should the Taxation of the Digital Economy Really Be Different?*, in *Eur. Tax.*, n. 2018, p. 73
- KEMMEREN E., *Source of income in globalising economies. Overview on the issue and a plea for an origin-based approach*, in *Bull. Int. Tax.*, 2006, p. 430
- KENNEDY J.F., *Special Message to the Congress on Taxation* (April 20, 1961), in <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=8074>
- KLEINBARD E.D., *Stateless Income*, in *Florida Tax Review*, 11, 2011, p. 699
- KLING M., LAMB K., *IT and organizational change in digital economies*, in *Understanding the Digital Economy*, Cambridge, 2000
- KOBETSKY M., *International taxation of Permanent Establishment*, Cambridge 2011
- KOFLER G., VAN THIEL S., *The “Authorized OECD Approach” and EU Tax Law*, in *Eur. Taxn.* 2011, p. 51

- KOTLER V., *The prosumer movement: a new challenge for marketers. Advances in Consumer Research*, Londra, 1986
- KROPPEL K., HUFFMEIER S., *The German Commissionaire as a Permanent Establishment under the OECD Model Treaty*, in *Intertax*, 1996, p. 133
- LA VALVA G., *Profili procedurali e sanzionatori del gioco online*, in *Rass. Trib.*, 2016, p. 380
- LAMBOOIJ M., *Chapter 13: Netherlands: Nexus for Purposes of Imposing Corporate Income Tax*, in *Global E-Business Law & Taxation*, Londra, 2009
- LANE N., *Advancing the Digital Economy into the 21st Century*, in *Information Systems Frontiers*, 1999, p. 317
- LANG M., *How significant are the amendments of the OECD commentary adopted after the conclusion of a tax treaty?*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2002, p. 3
- LANG M., *Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties*, in *Intertax*, 1997, p. 7
- LANIER J., *La dignità ai tempi di internet: per un'economia digitale equa*, Milano, 2014
- LEAGUE OF NATIONS, *Double Taxation and Tax Evasion, Report and Resolution submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*, Ginevra, 1925
- LEO M., *Quale Tassazione Per L'economia Digitale*, in *Fisco*, 2018, p. 2007
- LEROY-BEAULIEU P., *Traite de la Science des Finances*, Parigi, 1888, p. 127
- LESCURE P., *Contribution aux politiques culturelles à l'ère numérique*, 13 maggio 2013, in <http://www.injep.fr/article/contribution-aux-politiques-culturelles-lere-numerique-5226.html>
- LEWIS M., *Impossible' structures: tax outcomes overlooked by the 2015 tax Spillover analysis*, in www.christianaid.ie
- LI C., LI D.Y., MIKLAU G., SUCIU D., *A Theory of Pricing Private Data*, 2012, <http://arxiv.org/pdf/1208.5258.pdf>
- LOHR S., *Crowdsourcing Works, When It's Focused.*, in *New York Times*, 19 luglio 2009

- LOPEZ E. E., *An Opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties*, in *Intertax*, 2015, p. 6
- LOUKIDES G., *What is data science? The future belongs to the companies and people that turn data into products*, London, 2010, p. 15
- LOVISOLO A., *La "stabile organizzazione"*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999
- LUPI R., *Territorialità del tributo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994
- LUPOI, M.A. *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, in *Policies, metodi, criteri di collegamento*, Milano, 2002
- LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972
- MACEY J., NOVOGROD C., *Enforcing Self-Regulatory Organization's Penalties and the Nature of Self-Regulation*, in *Hofstra L Rev*, 2012, p. 963
- MACLENNAN S., *The Questionable Legality of the Diverted Profits Tax Under Double Taxation Conventions and European Union Law*, in *Intertax*, 2016, p. 93
- MADDISON A., *The World Economy: A Millennial Perspective*, OECD, Parigi, 2001
- MAFFEZZONI F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970
- MAISTO G., *Brevi riflessioni sulla evoluzione del concetto di "genuine link" ai fini della territorialità dell'imposizione tributaria tra diritto internazionale generale e diritto dell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2013, p. 889
- MAISTO G., *Le prime riflessioni dell'OCSE sulla tassazione del commercio elettronico*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, p. 47
- MAISTO G., *Residence of Individuals and the Italy-France Tax Treaty*, in *European taxation*, 1999, p. 42
- MANN F.A., *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, in *Recueil A.D.I.*, 1984, p. 21

- MANYIKA J., CHUI M., BROWN B., BUGHIN J., DOBBS R., ROXBURGH C., HUNG BYRES A., *Big data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*, McKinsey Global Institute, 2011, in www.mckinsey.com
- MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965
- MANZONI I., VANZ G., *Il diritto tributario. Profili teorici e sistematici*, Milano, 2007
- MARCHANT G. E., W. WALLACH, *Governing the Governance of emerging technologies*, Londra, 2002
- MARCHANT G. E., WALLACH W., ALLENBY B., *Innovative Governance models for emerging technologies*, Londra, 2004
- MARCHESELLI A., *La prova della stabile organizzazione, tra diritto di difesa, equa ripartizione del prelievo e cooperazione tra gli ordinamenti tributari*, in *I venerdì di Dir. prat. trib.*, *La stabile organizzazione*, Milano, 2013
- MARELLO P., *Le categorie tradizionali del diritto tributario ed il commercio elettronico*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, p. 596
- MARESCA M., *Conformità dei valori e rilevanza del diritto pubblico straniero*, Milano, 1990, p. 20
- MARGHERIO M. (a cura di), *The Emerging Digital Economy*, US Department of Commerce, 1998
- MARINO G., *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997
- MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999
- MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer-Boston, 1989
- MARTÍN JIMÉNEZ A., *Preventing the Artificial Avoidance of PE Status*, United Nations Papers on Selected Topics in Protecting the Tax Base of Developing Countries, 2014, p. 55
- MARTÍN JIMÉNEZ A.J., *The Spanish Position on the Concept of a Permanent Establishment: Anticipating BEPS, beyond BEPS or Simply a Wrong Interpretation of Article 5 of the OECD*

Model?, in *Bull. Intl. Taxn.* 2016, p. 80

MATSUYAMA K., *The rise of mass consumption societies*, in *Journal of Political Economy*, 2002, p. 1035

MAYER-SHOMBERGER V., CUKIER K., *Big data*, Milano, 2013, p. 15

MAYR S., *Alcune misure anti-BEPS ed i trattati contro le doppie imposizioni*, in *Boll. trib.*, 2016, p. 342

MAYR S., SANTACROCE B., *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2016

MCAFEE A., BRYNJOLFSSON E., *Big Data: The Management Revolution*, in *Harvard Business Review*, 2012, p. 35

MCGUIRE T., MANYIKA J., CHUI M., *Why Big Data is the New Competitive Advantage*, in *Ivey Business Journal*, 2012, p. 652

MCINTYRE M. J., *The Use of Combined Reporting by Nation-States*, in ARNOLD B.J. (a cura di), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Londra, 2003

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Big data: The next frontier for innovation, competition and productivity*, McKinsey & Company, 2011, in https://www.mckinsey.com/~media/McKinsey/Business%20Functions/McKinsey%20Digital/Our%20Insights/Big%20data%20The%20next%20frontier%20for%20innovation/MGI_big_data_exec_summary.ashx

MELIS G., (voce) *Commercio elettronico nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., 2008, p. 64

MELIS G., *Le interrelazioni tra le nozioni di residenza fiscale e stabile organizzazione: problemi ancora aperti e possibili soluzioni*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, p. 10029

MELIS G., PERSIANI A., *Persona, economia digitale e Fisco: alcuni spunti di riflessione*, in AA.VV. (a cura di BILOTTI E., FARACE D., MALAGUTI M.C.), *Cultura giuridica per un nuovo umanesimo*, Città del Vaticano, 2015, p. 337 ss.

MELOT N., *Essai sur la compétence fiscale etatique*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004, p. 828

- MELOT N., *Territorialité et mondialité de l'impôt*, Dalloz, Paris, 2004, p. 238
- MESSINETTI C., *Circolazione dei dati personali e dispositivi di regolazione dei poteri individuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 352 s.
- MICHELI G.A., *Legge (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 1092
- MIESZKOWSKI P., MORGAN J., *The National Effects of Differential State Corporate Income Taxes on Multistate Corporations*, in C. E. MCLURE, *The corporation income tax: Issues in Worldwide Unitary Taxation*, Standford, 1984
- MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, *IMPRESA 4.0: strumenti e servizi per la digitalizzazione delle imprese*, Napoli, 2017, in <https://www.slideshare.net/SmauContents/mise-smau-napoli-2017>
- MINISTRI DELLE FINANZE DI FRANCIA, GERMANIA, ITALIA E SPAGNA, *Political Statement. Joint Initiative on the taxation of companies operating in the digital economy*, Tallin, 7 settembre 2017
- MISCALI M., *Web tax all'italiana: è la scelta giusta?*, in *quotidiano ipsoa*, 27 gennaio 2018
- MOLINARO G., *La tassazione della ricchezza derivante dall'economia digitale*, in *Fisco*, 2015, p. 39
- MONTINARI C., SANDALO A., *Nuova digital tax: dall'UE proposta ambiziosa*, in *quotidiano ipsoa*, 26 marzo 2018
- MOROZZO DELLA ROCCA E., *Gratuità, liberalità e solidarietà*, Milano, 1998, p. 2
- MORRIS S. L., *Airbnb Is Infuriating the Neighbors. Is It Time for New Rules?*, in *L.A. Weekly*, 22 gennaio 2015
- MORSE S.C., *Value Creation: A Standard in Search of a Process*, in *Bull. Int. Tax.*, 2018, pubblicato on line il 25 marzo 2018
- MOSCHETTI F., *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973
- MOSCHETTI F., *Irap, imprese e lavoro autonomo. Profili costituzionali e applicativi*, in *Atti del convegno di studi*, Pisa, 12 marzo 1999
- NOTO LA DIEGA G., *Il cloud computing. alla ricerca del diritto perduto nel web 3.0*, in *Europa e*

Diritto Privato, 2014, p. 577

ODETTO G., *La convenzione multilaterale BEPS entra in vigore*, in banca dati Eutekne, 23 marzo 2018

OECD, *A Report by the Committee on Fiscal Affairs, as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, "A Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce"*, Ottawa, 8 ottobre 1998

OECD, *Action plan on base erosion and profit shifting*, Parigi, 2013

OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2014 Deliverable*, Parigi, 2014

OECD, *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final report*, Parigi, 2015

OECD, *Are the Current Treaty Rules for Taxing Business Profits Appropriate for E-Commerce? – Final Report*, 2003

OECD, *Comments received on public discussion draft. Beps Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, Parigi, 16 aprile 2014

OECD, *Electronic Commerce: A discussion Paper on Taxation Issues*, Parigi, 7 ottobre 1998

OECD, *Electronic Commerce: The Challenges of Tax Authorities and Taxpayers*, Parigi, 18 novembre 1997

OECD, *Exploring data-driven innovation as a new source of growth: Mapping the policy issues raised by big data*, Parigi, 2017

OECD, *ICT Applications for the Smart Grid: Opportunities and Policy Implications*, OECD Digital Economy Papers, No. 190, OECD Publishing, 2012

OECD, *Machine-to-Machine Communications: Connecting Billions of Devices*, OECD Digital Economy Papers, No. 192, OECD Publishing, 2012

OECD, *Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Parigi, 2015

- OECD, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, Parigi, 2015
- OECD, *Public Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (31 October 2014 – 9 January 2015)
- OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, Parigi, 2008
- OECD, *Revised Discussion Draft – BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status* (15 May 2015 – 12 June 2015)
- OECD, *Science, Technology and Industry Scoreboard 2013: Innovation for Growth*, Parigi, 2013
- OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, Parigi, 2018
- OGUS A., *Rethinking Self-Regulation*, in *Oxford J Legal Stud*, 1995, p. 97
- OLBERT M., SPENGLER C., *International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted?*, in *World Tax J.*, 2017, pag. 3
- ORTIZ-OSPINA E., ROSER M., *International Trade*, 2018, in OurWorldInData.org
- OSTERWALDER A., PIGNEUR Y., CLARK T., *Business model generation. A handbook for visionaries, game changers, and challengers*, New Jersey, 2010
- OSTERWALDER A., *The business model ontology: A proposition in a design science approach*, Losanna, 2004
- OWENS J., *The Taxation of Multinational Enterprises: An Elusive Balance*, in *Bull. Intl. Taxn.* 2013, p. 67
- PALUMBO G., *Prospettive di una nuova tassazione dell'economia digitale*, in *Fisco*, 2017, p. 4257
- PARLAMENTO EUROPEO, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, Bruxelles, 2015
- PEDACCINI F., *L'imposizione diretta nel contesto dell'economia digitale: stabili organizzazioni 'virtuali', ritenute fiscali e la 'diverted profit tax'*, in *Riv. Trim dir. Trib.*, 2015, p. 895

- PENNESI M., *Comparative Overview The so called “Web Tax” in other jurisdictions*, 5 ottobre 2015, in <http://www.camera.it/temiap/allegati/2015/10/05/OCD177-1530.pdf>
- PENNESI M., GAZZO M., *Nei giochi la presunzione di stabile organizzazione*, in *IlSole24Ore*, 1° luglio 2016
- PERRONE V., SEPIO G., LUPI R., *Stabile organizzazione, “vendita a distanza” e commercio elettronico*, in *Dialoghi Trib.*, 2013, p. 666
- PERSIANI A., *Digital tax italiana e digital tax europea: siamo sulla stessa rotta?*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2018, in <http://www.dimt.it>
- PERSIANI A., *Digital tax: melius re perpensa, il Governo fa marcia indietro*, 2015, in www.dmti.it
- PERSIANI A., *Imposizione diretta, economia digitale e competitività tra Stati*, in *Dir. Merc. Tec.*, 2016, p. 175
- PERSIANI A., *Some Remarks on the Notion of Permanent Establishment in the Recent Italian Supreme Court Jurisprudence*, in *Intertax*, 2012, p. 625
- PIAZZA M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2002
- PIERRO M., *Beni e servizi nel diritto tributario*, Padova, 2003
- PIERRO M., *Il dovere fiscale e lo scambio di informazioni*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2017, p. 449
- PIJL H., *Agency Permanent Establishment: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) (Part One and Part Two)*", in *Bull. Int. Tax.*, 2013, p. 3
- PIJL H., *Agency Permanent Establishments: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) – Part 1*, in *Bull. Intl. Taxn.*, 2013, p. 67
- PIJL H., *Agency Permanent Establishments: in the name of and the Relationship between Article 5(5) and (6) – Part 2*, in *Bull. Intl. Taxn.*, 2013, p. 2
- PINTO D., *E-Commerce and Source-Based Income Taxation*, Amsterdam, 2003, p. 19
- PINTO D., *The Need to Reconceptualise the Permanent Establishment Threshold*, in *Bulletin for International Taxation*. 2006, p. 266

- PISTONE P., *General Report*, in M. LANG, *The Impact of OECD and UN Model Convention on Bilateral Tax Treaties*, Cambridge, 2012
- PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2016, p. 395
- PLUVIANO A., *The French government report on taxation of the digital economy*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2014, p. 56
- PÖLLATH R., LOHBECK A., *Art 11 mn 88 et seq.*, in VOGEL K. (a cura di), *Doppelbesteuerungsabkommen*, Beck, 2008
- POPA O., *Taxation of the Digital Economy in Selected Countries – Early Echoes of BEPS and EU Initiatives*, in *Eur. Taxn.* 2016, p. 55
- PROCIDA G., *L'accertamento nei confronti delle stabili organizzazioni in Italia*, in MAYR S., SANTACROCE B. (a cura di), *La stabile organizzazione delle imprese industriali e commerciali*, Milano, 2013
- PROIETTI M., *Stabile organizzazione occulta ed imposte dirette: profili critici in punto di soggettività tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2012, p. 653
- PUCCI T., *Il diritto all'accesso nella società dell'informazione e della conoscenza. Il digital divide*, in *Inf. Dir.*, 2005, p. 119
- PWC, *Digital Tax Index*, 2017, in www.pwc.com
- PWC, *Global Top 100 Companies by market capitalisation 2017*, in www.pwc.com.
- QURESHI A. H., *The freedom of a State to legislate in fiscal matters and international law*, in *IBFD Bulletin*, 1987, p. 19
- QURESHI A. H., *Unitary taxation and general international law*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, 1987, p. 60
- RAMPINI F., *Rete padrona*, Milano, 2014
- RAYNA T., STRIUKOVA L., *From rapid prototyping to home fabrication: how 3D Printing is changing business model innovation*, in *Technological Forecasting and Social Change*, 2016,

p. 214

- RAYNA T., STRIUKOVA L., *Involving Consumers: The Role of Digital Technologies in Promoting 'Prosumption' and User Innovation*, in *J. Knowl. Econ.*, 2016, p. 475
- RAYNA T., STRIUKOVA L., *Involving Consumers: The Role of Digital Technologies in Promoting 'Prosumption' and User Innovation*, in *L. J Knowl Econ*, 2016, p. 22
- RAYNA T., STRIUKOVA L., *Open innovation 2.0. Is co-creation the ultimate challenge?*, in *International Journal of Technology Management*, 2015, p. 38
- RAYPORT J.F., SVIOKLA J., *Exploiting the Virtual Value Chain*, in *Harvard Business Review*, 1995, November-December Issues
- REIMER E., *Permanent Establishments – A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective*, Rotterdam, 2016
- RESCIGNO P., voce: *Il contratto*, in *Enc. giur. trec.*, vol. IX, Roma, 1988, p. 28
- RESTUCCIA D., *Il notaio del terzo millennio, tra sharing economy e blockchain*, in *Notariato*, 2017, p. 53
- RICCI C., *La Proposta Di Direttiva Sulla CCCTB: Profili Soggettivi, Base Imponibile E Suo Consolidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2012, p. 1019
- RITZER G., JURGENSON N., *Production, consumption, prosumption: the nature of capitalism in the age of the digital 'prosumer'*, in *Journal of Consumer Culture*, 2010, p. 13
- ROBERTS S.I., *The Agency Element of permanent establishment: The OECD Commentaries from the Civil Law View (Part One and Part Two)*", in *Intertax*, 1993, p. 396
- ROCHA S.A. , TOMAZELA SANTOS R., *Tax Sovereignty and Digital Economy in Post-BEPS Times*, in ROCHA S.A., CHRISTIANS A., *Tax Sovereignty in the BEPS Era, Series on International Taxation*, 2017, p. 37
- ROCHET C., TIROLE J., *Platform Competition in Two-Sided Markets*, in *Journal of the European Economic Association*, 2003 p. 990
- ROSEMBUJ T., *Taxing Digital*, Barcellona, 2015

- ROTELLA P., *Is Data The New Oil?*, *Forbes*, 2 April 2012
- ROUSSLANG D.J., *Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income*, in *National Tax Journal*, 2000, p. 589
- RÜBMANN M., LORENZ M., GERBERT P., WALDNER M., JUSTUS J., ENGEL P., HARNISCH M., *Industry 4.0: The Future of Productivity and Growth in Manufacturing Industries*, 09 Aprile 2015, in https://www.bcgperspectives.com/content/articles/engineered_products_project_business_industry_40_future_productivity_growth_manufacturing_industries/
- RYSMAN M., *The Economics of Two-Sided Markets*, in *Journal of Economic Perspectives* 2003, pp. 125-143
- SACCHETTO C. (a cura di), *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, Torino, 2011
- SACCHETTO C., voce *Territorialità (Dir. Trib.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1992
- SACCO R., *La qualificazione del contratto*, in RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1993
- SALVINI L., *Rivalsa nel diritto tributario*, in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Comm.*, Torino, 1998, p. 30
- SALVINI O., *La nuova definizione di stabile organizzazione nel BEPS*, in *Rassegna tributaria*, 2016, p. 67
- SALVINI O., *Le ultime evoluzioni di pensiero sulle agency-PE*, in *Fisco*, 2015, p. 662
- SANSONETTI D., *Evoluzione del concetto di stabile organizzazione alla luce dell'Action 7 BEPS*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 2457
- SANTINI G., *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959
- SAVIOZZI A., *Imprenditorialità*, Roma, 2017
- SCHANZ G., *Zur Frage der Steuerpflicht*, in *FinanzArchiv*, 1892, p. 9
- SCHIAVOLIN R., *Le accise (Imposte di fabbricazione e di consumo)*, in FALSITTA G. (a cura di), *Manuale di Diritto tributario*, Padova, 2013, p. 935
- SCHÖN W., "Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalised Economy", in *Bull. Int. Tax.*,

2018, pubblicato on line il 6 marzo 2018

SCHROECK M., SHOCKLEY R., SMART J., ROMERO-MORALES D., TUFANO P., *Analytics: The real-world use of big data. How innovative enterprises extract value from uncertain data*, IBM Institute for Business Value, Saïd Business School at the University of Oxford, 2012

SELF H., *The UK's New Diverted Profits Tax: Compliance with EU Law*, in *Intertax*, 2015, p. 333

SELIGMAN A., EDWIN R.A., *Double Taxation and International Fiscal Cooperation*, New York, 1928,

SEPIO G., D'ORSOGNA M., *La web tax transitoria per le multinazionali digitali (e non solo)*, in *Fisco*, 2017, p. 437

SHEPPARD. L.A., *Digital Permanent Establishment and Digital Equalisation Taxes*, in *Bull. Int. Tax*, 2018, pubblicato on line il 26 marzo 2018

SHUEN A., *Web 2.0: a strategy Guide: Business thinking and strategies behind successful Web2.0. Implementations*, Londra, 2008

SIMONETTO E., *Delle società*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1976

SKAAR A. A., *Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle, Series on International Taxation*, Netherlands, 1991

SKAAR A., *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*, Boston, 1991

SMORTO G., *Economia della condivisione e antropologia dello scambio*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2017, p. 120

SMORTO G., *Verso la disciplina giuridica della sharing economy*, in *Mer. Conc. Reg.*, 2015, p. 245

SPENCER D., *The OECD BEPS Project: Tax Challenges of the Digital Economy (Part 1)*, in *J. Intl. Tax.*, 2014 p. 30

SPITALER V., *Das doppelbesteuerungs problem beiden direkten Steuern*, Reichenberg, 1936

STEVANATO D., *Elusione fiscale e abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015, p. 10695

- STEVE S., *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1940, I, p. 243
- STORK A., PETRUZZI R., *Permanent Establishments: Proposal Related to Agency Permanent Establishments – Article 5(5) and (6) of the OECD Model*, in LANG M., *Base Erosion and Profit Shifting*, Vienna, 2016
- SULLIVAN M., *Corporate Tax Reform: Taxing Profits in the 21st Century*, New York, 2011
- SULLIVAN M.A., *Economic Analysis: A Challenge to Conventional International Tax Wisdom*, in *Tax Notes*, 2006, p. 951
- TADMORE N., *Source taxation of Cross-Border Intellectual supplies - Concepts, History and Evolution into the Digital Age*, in *Bull. Int. Tax.*, 2007, p. 1
- TANG P., BUSSINIK H., *EU Tax revenue Loss from Google and Facebook*, in <https://static.financieel-management.nl/documents/16690/EU-Tax-Revenue-Loss-from-Google-and-Facebook.pdf>
- TANZI V., *Globalization and taxation. A Brief Historical Survey*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2014, p. 1
- TAPSCOTT D., *The Digital Economy: Promise and Peril in the Age of Networked Intelligence*, New York, 1996
- TAPSCOTT D., WILLIAMS A.D., *Wikinomics: how mass collaboration changes everything*. New York, 2006
- TARIGO P., *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, p. 553
- TASK FORCE ON TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY, *Report to the Minister for the Economy and Finance, the Minister for Industrial Recovery, the Minister Delegate for the Budget and the Minister Delegate for Small and Medium-Sized Enterprises, Innovation and the Digital Economy*, a cura di PIERRE COLLIN, Conseiller d'État, e, Nicolas Colin, Inspecteur des finances, 18 gennaio 2013, in <http://www.economie.gouv.fr/rapport-sur-la-fiscalite-du-secteur-numerique>
- TESAURO F., *Il rimborso dell'imposta*, Torino, 1975
- THOBANI S., *La libertà del consenso al trattamento dei dati personali e lo sfruttamento economico dei diritti della personalità*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2016, p. 513

- TILLINGHAST G., *The Impact of the Internet on the Taxation of International Transactions*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1996, p. 525
- TING A., *Old wine in a new bottle: Ireland's revised definition of corporate residence and the war on BEPS*, in *British Tax Review*, 2014, p. 237
- TITO E., GIUSTI G., *La Commissione UE mette l'accento sull'Action 6 e sull'Action 7 del Progetto BEPS*, in *Corr. Trib.*, 2016, p. 1289
- TOFFLER A., *The third wave*, New York, 1981
- TOMASSINI A., IASELLI G., *Web tax" in cerca d'autore*, in *Fisc. Int.*, 2014, pag. 297
- TOMASSINI A., *L'incerta corsa alla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, pag. 169
- TOMASSINI A., SANDALO A., *L'iniziativa della Commissione UE sulla tassazione dell'economia digitale*, in *Corr. Trib.*, 2018, p. 1395
- TOMMASINI A., *Stabili organizzazioni e commercio elettronico*, in *Corr. Trib.*, 2013, pag. 1498
- TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2013
- TRENTA C., *La "Google Tax" italiana. Il regime fiscale italiano e la e-economy europea*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2014, p. 891
- U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, *The European Commission's recent State Aid investigations of transfer pricing rulings, white paper*, 24 agosto 2016
- UBERTAZZI M., *Il diritto alla privacy. Natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004
- UCKMAR V. (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005
- UCKMAR V., CORASANITI G., DE' CAPITANI DI VIMERCATE P., CORRADO OLIVA C., *Diritto Tributario Internazionale*, Milano, 2012
- UCKMAR V., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, p. 576
- UDINA M., *Il diritto internazionale tributario*, in FEDOZZI P., ROMANO S. (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1949

- UFFICIO PARLAMENTARE DI BILANCIO, *Interventi antielusione e imprese digitali: le misure nella recente "Manovrina"*, Flash n. 5, 1° agosto 2017
- UNITED NATIONS, COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS, *Report on the tenth session*, 2014, in http://digitallibrary.un.org/record/787330/files/E_2014_45_E_C.18_2014_6-EN.pdf
- URICCHIO A., *Evoluzione tecnologica e imposizione; la cosiddetta "bit tax. Prospettive di riforma della fiscalità di internet"*, in *Dir. Inf.*, 2005, p. 753
- V. DHULDHOYA, *International/OECD - The Future of the Permanent Establishment Concept*, in *Bull. Int. Tax.*, Volume 7, No. 4a/Special Issue, pubblicato online il 26 marzo 2018
- VALENTE P., *Procedure amichevoli, procedure arbitrali e rapporti fisco-contribuente*, in *Fisco*, 2017, p. 451
- VALENTE P., *Stabile organizzazione ed erosione della base imponibile: aggiornamenti OCSE*, in <http://www.ipsoa.it/documents/fisco/fiscalita-internazionale/quotidiano/2014/11/14/stabile-organizzazione-ed-erosione-della-base-imponibile-aggiornamenti-ocse>,
- VALENTE P., VINCIGUERRA P., *Stabile organizzazione occulta – profili applicativi nelle verifiche*, Milano, 2013
- VALLE L., GRECO G., *Transnazionalità del trattamento dei dati personali e tutela degli interessati, tra strumenti di diritto internazionale privato e la prospettiva di principi di diritto privato di formazione internazionale*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2017, p. 168
- VANNI A., *La stabile organizzazione. gli orientamenti della giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2013, p. 653.
- VANONI E., *Elementi di diritto tributario*, in FORTE F., LONGOBARDI C. (a cura di), *Opere giuridiche*, Milano, 1962, p. 475
- VERCELLONE P., *In tema di diritto all'immagine*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1955, p. 187
- VILLAREAL REGALADO M.C., *Treaty Abuse and Permanent Establishments: Proposed Changes to Articles 5(5) and 5(6) of the OECD MC*, in BLUM D.W., SEILER M. & LANG M., *Series on International Tax Law: Preventing Treaty Abuse*, 2016, p. 386-387

- VIRGA W., *Inadempimento di contratto e sanzioni private nei social network*, in *Ann. it. dir. aut.*, 2011, p. 232
- VOGEL K., *'State of Residence' may as well be 'State of Source' – There is No Contradiction*, in *Bull. for Intl. Taxn.*, 2005, p. 420
- VOGEL K., *Der Grundsatz der Rücksichtnahme im deutschen innerstaatlichen Recht und im Völkerrecht*, in KLEY M. D., SÜNNER E., WILLEMSSEN A., *FS für Ritter*, Colonia, 1997, p. 771
- VOGEL K., *Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, in *Intertax*, 1988, p. 393,
- VOGEL K., *Il diritto tributario internazionale*, in AMATUCCI A. (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1994, p. 2
- WANG D., *International double taxation of income: relief through international agreement 1921-1945*, in *Harvard Law Review*, 1945, p. 73
- WATTEL P. J., MARRES O., *The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties*, in *European Taxation*, 2003, p. 7
- WEBSTER F., *Theories of the information society*, Londra, 1995
- WESTBERG B., *Digital presence - Does it exist?*, in DEL FEDERICO L., RICCI C., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, Milano, 2017, p. 25
- WESTBERG B., *Tassazione del reddito derivante dal commercio elettronico internazionale*, in RINALDI R. (a cura di), *La fiscalità del commercio via Internet: attualità e prospettive*, Torino, 2001, p. 97
- WORLD ECONOMIC FORUM, *Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, 2011
- ZHENG G., PELTSVERGER S., *Web Analytics Overview*, in *Encyclopedia of Information Science and Technology*, 2015, p. 56
- ZWASS V., *Co-creation: toward a taxonomy and an integrated research perspective*, in *International Journal of Electronic Commerce*, 2010, p. 11